Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-6876/2013

Zwischenentscheid vom 20. Februar 2014

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy

Parteien

ARGE X._____,
bestehend aus:
1. **A.**_____ **AG,**
2. **B.**_____ **AG,**
beide vertreten durch Dr. iur. Beat Denzler,
Schiller Rechtsanwälte, Kasinostrasse 2,
Postfach 1507, 8401 Winterthur,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Rechtsdienst und Landerwerb, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Ausschlussentscheid vom 15. November 2013 und Zuschlagsentscheid vom 14. November 2013 betreffend Ausschreibung N2P, EP Schöllenen / Gotthard Passstrasse, Baulos SA – SIMAP Meldungsnummer 798265 (Projekt-ID 101725).

Sachverhalt:

A.
Am 12. Juli 2013 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Filiale Zofingen (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "N2P, 090098, EP SCHÖLLE, EP Schöllenen / Gotthard Passstrasse, Kreisel Göschenen bis Kreisel Andermatt, Baulos SA (Galerie Tanzenbein – Kreisel Andermatt) einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus. Als Offerteingabetermin wurde der 27. September 2013 festgesetzt (Punkt 1.4 der Ausschreibung).

B.
In der Folge gingen fristgerecht 4 Angebote (zusätzlich 2 Varianten) ein, darunter dasjenige der ARGE X._____ sowie dasjenige der ARGE Y._____.

C.
Der Zuschlag vom 14. November 2013 an die ARGE Y._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), wurde am 15. November 2013 unter der SIMAP-Meldungsnummer 798265 veröffentlicht. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die ARGE X._____, über den Zuschlag sowie über den Ausschluss ihres Angebots von der Bewertung orientiert. Zur Begründung wurde angeführt, ihr Angebot habe bezüglich der Punkte "Terminoptimierung" und "Reserven, Beschleunigungsmassnahmen" gegen zwingende Vorgaben verstossen, weshalb dieses als ausschreibungswidrig auszuschliessen sei.

D.
Gegen die Zuschlagsverfügung und den Ausschlussentscheid erhoben die Mitglieder der ARGE X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 5. Dezember 2013 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der angefochtene Ausschlussentscheid und der angefochtene Zuschlagsentscheid seien aufzuheben;

2. die Sache sei an die Vergabestelle zurückzuweisen zur Auswertung auch des Angebots der Beschwerdeführerinnen und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerinnen;

3. eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zur Auswertung der Angebote (unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerinnen) zurückzuweisen;

4. subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Ausschlussentscheids und des Zuschlagsentscheids festzustellen;

5. es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

6. es sei der Vergabestelle bis zum rechtskräftigen Entscheid über Antrag 5 superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen;

7. es sei den Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung die Gelegenheit einzuräumen, zu den diesbezüglichen Argumenten der Vergabestelle ergänzend Stellung zu nehmen;

8. es seien die Vorakten beizuziehen und den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren;

9. es sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zu geben, die Beschwerde nach der Akteneinsicht zu ergänzen und zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung zu nehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle.

E.
Mit superprovisorischer Anordnung vom 9. Dezember 2013 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

F.
Die Zuschlagsempfängerin, welcher mit Verfügung vom 9. Dezember 2013 Frist bis zum 20. Dezember 2013 zur freigestellten Stellungnahme angesetzt worden war, äusserte sich innert Frist nicht zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen.

G.
Die Vergabestelle beantragte in der Vernehmlassung vom 20. Dezember 2013 (Posteingang: 23. Dezember 2013) die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Als Beilage reichte die Vergabestelle die Vorakten ein, die sie teilweise als vertraulich deklarierte.

Mit Verfügung vom 24. Dezember 2013 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Vernehmlassung der Vergabestelle sowie die im Doppel eingereichten Vernehmlassungsbeilagen, nicht jedoch die eigentlichen Akten des Vergabeverfahrens zu, und gab ihnen Gelegenheit, eine Replik einzureichen.

Mit Replik vom 10. Januar 2014 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren ursprünglich gestellten Rechtsbegehren fest und nahmen eingehend zur Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung.

Die Vergabestelle beantragte mit Duplik vom 20. Januar 2014 die Abweisung des Begehrens um aufschiebende Wirkung.

Mit Verfügung vom 21. Januar 2014 wurde die Duplik den Beschwerdeführerinnen zugestellt.

H.
Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist, soweit erforderlich, in den Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungs-

wesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

1.4 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 12. Juli 2013 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produkteklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens. Der Preis des berücksichtigten Angebots von CHF 35'134'101.50 überschreitet zweifelsfrei den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 (AS 2011 5581). Demnach fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle und die Beschwerdeführerinnen ausgehen. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

1.5 Als nicht berücksichtigte bzw. ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 1.4). Die Anfechtung der am 15. November 2013 publizierten Zuschlagsverfügung bzw. des mit Schreiben vom 15. November 2013 mitgeteilten Ausschlusses sind fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat sich rechtsgenüglich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.6 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenent-

scheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

2.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1339 i.V.m. Rz. 1331). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

2.1 Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts prima facie aller Voraussicht nach nicht gegeben ist (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Be-

gehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind, nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe ihre Offerte rechtswidrig ausgeschlossen. Insbesondere der Vorwurf, die Beschwerdeführerinnen hätten die Ausschreibungsbedingungen missachtet, erweise sich als unhaltbar. Die Beschwerdeführerinnen hätten wie verlangt, Überlegungen zur Optimierung des Bauablaufs und zu Reserven unterbreitet. Zudem hätten sie dargelegt, dass die vorgegebenen Termine bei günstigen Verhältnissen ohne die sozial unerwünschte Samstagsarbeit eingehalten werden könnten. Schliesslich hätten sie aufgezeigt, dass die Samstage (ohne Mehrkosten) dazu hätten

benutzt werden können, allfällige Rückstände auf das Bauprogramm aufzuholen.

3.2 Demgegenüber wendet die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 20. Dezember 2013 ein, die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen sei aussichtlos, weshalb ihr die aufschiebende Wirkung zu verweigern sei. Als Begründung macht die Vergabestelle geltend, dass die Beschwerdeführerinnen durch das Nichteinhalten von zwingenden Vorgaben die Ausschreibungsunterlagen abgeändert und damit einen Formfehler begangen hätten. Darum habe die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen zulässigerweise von der Bewertung ausgeschlossen.

3.3

3.3.1 Der Ausschluss von Anbietenden bzw. ihren Angeboten vom Submissionsverfahren wird auf Bundesstufe in den Art. 11 und 19 BöB geregelt.

Vorliegend erfolgte der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 19 Abs. 3 BöB. Nach dieser Bestimmung schliesst die Auftraggeberin Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus. Daraus wird ersichtlich, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht ein hoher Stellenwert zukommt. Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, würde das Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden verletzen. Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 f.).

3.3.2 Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten. Publikationstransparenz besteht, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicherweise die Parameter von Leistung und Verfahren bekanntgibt (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 44). Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikation) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

3.3.3 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern (Entscheid der BRK vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

3.3.4 Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388).

3.4 Es ist nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Vergabestelle die gestellten Anforderungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise bekannt gegeben hat. Strittig ist, ob die Vorgaben der Vergabestelle über die Samstagsarbeit und den Zweischichtbetrieb zwingend sind und ob diese aus den Ausschreibungsunterlagen als solche ersichtlich waren.

3.4.1 Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im "herkömmlichen" Sinn versteht, d.h. so wie es der angesprochene Kreis von Fachleuten verstehen durfte und musste. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen. Dies hat die BRK zunächst mit Bezug auf Zuschlagskriterien festgehalten (Entscheid BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, publiziert in VPB 65.94, E. 3d mit Hinweis auf das Urteil BE.98.00173 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 1998, publiziert in AGVE 1998 S. 394, E. 3b/bb). Dasselbe muss auch in Bezug auf Eignungskriterien und technische Spezifikatio-

nen gelten (vgl. bezüglich der Eignungskriterien etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen und GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566). Diese Regel garantiert nicht nur das Verhalten der Vergabestelle nach Treu und Glauben, sondern ist zugleich mit Blick auf die sich aus dem Transparenzgebot gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB ergebende Bindung der Auftraggeberin an die bekannt gegebenen Kriterien zwingend (vgl. dazu etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit Hinweisen).

3.4.2 Im vorliegenden Fall wird in den Ausschreibungsunterlagen (Besondere Bestimmungen Bau) festgehalten, dass der Grundsatz "Verkehr vor Bau" gelten solle. Um die Verkehrsbehinderungen möglichst gering zu halten, waren die Unternehmer aufgefordert, mit geschickten Arbeitsabläufen und mit optimalem Einsatz von Personal, Maschinen und Geräten, unter Einhaltung der vorgegebenen Rahmenbedingungen wie Bauphasen, Arbeitszeiten usw. den vorgegebenen Ablauf (vorgesehene Teilstrecken pro Jahr) gemäss Beilage "Richtbauprogramm" zwingend einzuhalten (Besondere Bestimmungen Bau Pos. 621.100).

Die Baubetriebszeit wurde als die von der Bauherrschaft vorgeschriebene Zeit definiert, während der auf der Baustelle vom Beauftragten Tätigkeiten ausgeübt werden dürfen (Besondere Bestimmungen Bau Pos. 624.400).

Unter derselben Ziffer wurde bezüglich "Arbeitszeit" Folgendes festgehalten:

> …ist die individuelle Arbeitszeit der Arbeitnehmenden, für deren Einhaltung ausschliesslich der Arbeitgebende zuständig ist.
>
> Die Arbeiten sind zwingend wie folgt auszuführen:
>
> - April bis Juni und September bis November in Tages- und Abendarbeit von Montag bis Freitag, zwischen 05.00 Uhr und 22.00 Uhr, im 2-Schicht-Betrieb; am Samstag, zwischen 05.00 Uhr und 17.00 Uhr im 1-Schicht-Betrieb.
>
> - Juli und August (Sommerferienzeit) in Tages- und Abendarbeit von Montag bis Donnerstag, zwischen 05.00 Uhr und 22.00 Uhr, im 2-Schicht-Betrieb; am Freitag, zwischen 05.00 Uhr und 14.00 Uhr im 1-Schicht-Betrieb.

- Tunnel Urnerloch (während Tunnelsperrzeit gem. Kap. 641 ff.) von Montag bis Sonntag, zwischen 00.00 Uhr und 24.00 Uhr, im 3-Schicht-Betrieb.

Unter Pos. 624.500 "Besondere Bestimmungen Bau" wird dem Unternehmer die Pflicht auferlegt, alle erforderlichen Massnahmen zur Einhaltung der vertraglichen Fristen zu treffen, wie beispielsweise die zweckmässige Anpassung der Baustelleneinrichtungen, Erhöhung der Zahl der Arbeiter oder die Arbeit in zusätzlichen Schichten.

In Pos. 624.600 "Besondere Bestimmungen Bau" wird zudem unter dem Titel "Verwaiste Baustellen" Folgendes ausgeführt:

> Die zeitliche Abwicklung dieser Baustelle ist von grossem öffentlichen Interesse. Daher darf die Baustelle selbst bei einem Vorsprung auf das vereinbarte Bauprogramm, auch nur kurzzeitig, nicht ohne ausdrückliches Einverständnis der Bauleitung verlassen werden. Die vereinbarten täglichen Baubetriebszeiten (gem. Pos. 624 ff.) dürfen nur ausnahmsweise unterschritten werden.

3.4.3 Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf Ziff. 6 der Richtlinien des ASTRA betreffend den "Betrieb NS – Allgemein verbindliche Bestimmungen zu den Richtlinien der Teilprodukte" (Version 2011). Darin wird Folgendes festgehalten:

> Es soll keine unbemannten und verwaisten Baustellen geben. Sobald die Arbeiten beendet oder unterbrochen sind, muss die Verkehrsbehinderung unmittelbar und rasch aufgehoben werden. Betriebliche Fahrstreifensperrungen, auf denen nicht gearbeitet wird, verärgern den Verkehrsteilnehmer und sind der Imagepflege des Nationalstrassenunterhaltes abträglich.

Mit Bezug auf diese Richtlinie argumentieren die Beschwerdeführerinnen, dass ein Verwaisungsverbot nicht der Einhaltung von Terminen, sondern der Imagepflege dienten. In diesem Kontext sei auch Pos. 624.600 "Besondere Bestimmungen Bau" zu lesen. Verwaisung deute auf einen Dauerzustand, jedenfalls auf einen längeren Stillstand hin. Entsprechend sei eine Baustelle, auf welcher von Montag bis Freitag gearbeitet werde, am Wochenende nicht verwaist. Auch sei die Bestimmung, wonach die täglichen Baubetriebszeiten (gem. Pos. 624 ff.) nur ausnahmsweise unterschritten werden dürften, dahingehend zu interpretieren, dass damit lediglich der zeitliche Rahmen gesteckt werde, welchen die Unternehmer ausschöpfen, aber nicht überschreiten dürften.

Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen (Besondere Bestimmungen Bau Pos. 624.400) insbesondere gefordert, dass die Anforderungen bezüglich Arbeitszeit zwingend zu erfüllen sind. Unter anderem wurde gefordert, dass von April bis Juni und September bis November an Samstagen, zwischen 05.00 Uhr und 17.00 Uhr im 1-Schicht-Betrieb zu arbeiten ist.

Es ist nicht ersichtlich, inwieweit diese Anforderung Anlass zu einem Missverständnis hätte geben können. Sowohl die geforderte Leistung (Samstagarbeit im erwähnten Umfang) als auch der Umstand, dass die Vergabestelle die Samstagsarbeit als zwingendes Erfordernis ansah, werden aus den Ausschreibungsunterlagen ohne weiteres ersichtlich.

Der Hinweis der Beschwerdeführerinnen auf die Bestimmungen betreffend die Verwaisung von Baustellen ist unbehelflich. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen geht es nicht um die Frage, was allgemein unter einer "verwaisten Baustelle" zu verstehen ist. Gerade in Pos. 624.600 "Besondere Bestimmungen Bau" wird festgehalten, dass die vereinbarten täglichen Baubetriebszeiten nur ausnahmsweise und mit dem ausdrücklichen Einverständnis der Bauleitung unterschritten werden dürfen. Auch daraus wird ersichtlich, dass die Vergabestelle eben gerade nicht regelmässig auf die Leistung von Samstagsarbeit verzichten wollte.

3.4.4 In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen bei der Erarbeitung ihrer Offerte zwingende Anforderungen hinsichtlich Samstagsarbeit – wie die Vergabestelle behauptet - tatsächlich nicht eingehalten haben.

3.4.4.1 Die Beschwerdeführerinnen führen in ihrer Offerte aus, dass Samstagarbeit in ihrem Bauprogramm nicht vorgesehen sei, weshalb diese als Reserve und somit als Beschleunigungsmassnahme betrachtet werden könne (vgl. unter Unternehmerangaben Pos. 3.1.3). Sie machen nun im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geltend, dass sie die zeitlichen Vorgaben bei normalen Verhältnissen auch ohne die sozialpolitisch unerwünschte Samstagsarbeit einhalten könnten. Sie hätten überdies in den Terminprogrammen lediglich eine Darstellung gewählt, welche die Periode bis Dezember 2018 umfasse und in Monate und Kalenderwochen aufgeteilt worden sei. Dabei seien die Samstagarbeit, die Feiertage oder spezifische Schichtmodelle nicht dargestellt worden. Als Alternative hätten alle Reservetage an den Schluss der jeweiligen Arbeiten gesetzt werden können. Entsprechend sei die Samstagarbeit in der Kostenanaly-

se einkalkuliert worden. Zudem liessen die in der Offerte aufgeführten Angaben zur Arbeitsleistung, wenn man den Leistungsanteil der Subunternehmer hinzurechne, den Schluss zu, dass die Kalkulationen der Beschwerdeführerinnen auf einer 6-Tage-Woche basieren würden.

3.4.4.2 Es ist richtig, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte betreffend Angaben zur Arbeitsleistung (vgl. Unternehmerangaben Pos. 3.1.2) nebst den im Detail aufgeführten Eigenleistungen noch geltend machen, dass in etwa noch einmal die gleiche Belegschaft von Subunternehmern auf der Baustelle sein werde. Diese Aussage betreffend Umfang der Subunternehmerleistungen wird in der Offerte (Unternehmerangaben Pos. 2.5) und in den Eingaben der Beschwerdeführerinnen vor dem Bundesverwaltungsgericht dahingehend korrigiert, als dass der Anteil der Subunternehmerleistungen auf ca. 30 % beziffert wird.

Die Vergabestelle hat in der Beschwerdeantwort und in der Duplik - ausgehend von den Offertangaben der Beschwerdeführerinnen - eine Kalkulationsaufschlüsselung pro Schicht vorgenommen und schliesst aus dem Ergebnis, dass die Kalkulation der Beschwerdeführerinnen die geforderten Vorgaben eines Zweischichtbetriebs mit Samstagarbeit (mit Einschichtbetrieb von April bis Juni und September bis November) nicht erfüllen würden.

Die Beschwerdeführerinnen kalkulierten gemäss ihrer Offerte (Unternehmerangaben Pos. 3.1.2) für das Baujahr 2014 (37 Arbeitswochen) insgesamt 25'800 Stunden. Dies ergibt eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 697.30 Stunden. Es sollten dafür als Eigenleistung 17 Personen eingesetzt werden. Da gemäss den besonderen Bestimmungen Bau grundsätzlich im Zweischichtbetrieb gearbeitet werden soll, ergibt dies 2 (Schichten) x 8.5 Personen (je Schicht) x 8.5h (Arbeitsstunden pro Tag), was einer Stundenanzahl von 144.5 pro Tag entspricht. Bei kalkulierten 697.30 Arbeitsstunden pro Woche, ergibt das ein Arbeitspensum von wöchentlich 4.83 Tagen. Ausgehend von diesen Vorgaben (Angaben Beschwerdeführerinnen, Zweischichtbetrieb, nur Eigenleistungen), ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen die Samstagsarbeit nicht einkalkuliert haben.

Werden zu dieser Berechnung noch 30% an Subunternehmerleistungen hinzugerechnet, ergibt sich Folgendes:

11.05 (8.5 + 30%) Mitarbeiter pro Schicht leisten 8.5h Arbeit pro Tag. Dies ergibt bei 2 Schichten ein Total von 187 Arbeitsstunden pro Tag. Bei einer vorgesehenen Wochenarbeitszeit von 906.49h (697.3h + 209.19 [30%]) ergibt das eine Arbeitsleistung von 4.8 Tagen pro Woche. Auch unter Berücksichtigung der Subunternehmerleistungen von 30%, wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen keine regelmässige Samstagsarbeit in die Kalkulation eingerechnet haben.

3.4.4.3 Auch das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Samstage als Reserve für Beschleunigungsmassnahmen zu verwenden, ist nicht stichhaltig, zumal ja die Samstagsarbeit gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen, zwingend in der Offerte hätte ausgewiesen werden müssen. Aus diesem Grund kann die Samstagsarbeit, wie die Vergabestelle zu Recht erwähnt, nicht als Reserve bzw. Beschleunigungsmassnahme eingesetzt werden, ohne dass dadurch die Ausschreibungsunterlagen abgeändert würden.

3.4.4.4 Selbst wenn die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass sie bei günstigen Verhältnissen die zeitlichen Vorgaben allenfalls mit einem Zweischichtbetrieb und einer Fünftagewoche einhalten können, wären sie gehalten gewesen, die Samstagsarbeit nachvollziehbar zu offerieren. Denn gemäss den Ausschreibungsunterlagen hätte die Baustelle selbst bei einem Vorsprung auf das vereinbarte Bauprogramm nicht ohne ausdrückliches Einverständnis der Bauleitung verlassen werden dürfen (Besondere Bestimmungen Bau Pos. 624.600). Auch gestützt auf diese Bestimmung hätte somit ein allfälliger zeitlicher Vorsprung auf das Bauprogramm nicht notwendigerweise gleichzeitig die Möglichkeit des Verzichts auf Samstagarbeit beinhaltet.

3.4.4.5 Die Vergabestelle begründet die vorgegebenen Arbeitszeiten, darunter das Erfordernis der Samstagsarbeit, unter anderem mit dem Hinweis auf die besonderen klimatischen Bedingungen und die topographische Lage der Schöllenenstrasse. Es sind keine Gründe ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle dadurch ihren breiten Ermessenspielraum (vgl. Ziff. 3.3.4 hiervor) überschritten hätte.

3.4.5 Indem die Beschwerdeführerinnen die Samstagsarbeit nicht nachvollziehbar in die Offerte einkalkuliert bzw. die Samstage als Reservetage bezeichnet haben, haben sie sich nicht an die Ausschreibungsunterlagen gehalten und sind von zwingenden Vorgaben der Vergabestelle abgewichen. Dies selbst dann, wenn sie in der mit dem Angebot eingereichten

Kalkulationsanalyse diverse Samstagszuschläge ausgewiesen haben. Denn gemäss Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002, E. 3.3). Gerade dieses Ziel wird mit der zum Teil widersprüchlichen und aufgrund der eigenmächtig vorgenommenen Abweichungen von den Angebotsbedingungen in der eingereichten Offerte der Beschwerdeführerinnen nicht erreicht. Da die Mängel der Offerte nicht als unbedeutend anzusehen sind, hat die Vergabestelle ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie das Angebot der Beschwerdeführerinnen aus formellen Gründen ausgeschlossen hat, dies selbst dann, wenn es sich bei der Offerte der Beschwerdeführerinnen um das wirtschaftlich günstigste Angebot handeln sollte (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Verweis auf Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999 S. 341 ff. E. 3c/cc).

3.4.6 Zu prüfen ist noch, ob die Offerte der Beschwerdeführerinnen allenfalls als sogenannte Unternehmervariante entgegenzunehmen gewesen wäre. Gemäss Art. 22a Abs. 1 VöB steht es den Anbietern nämlich frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit jedoch beschränken oder ausschliessen. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung) abweicht (Entscheid der BRK vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc mit Hinweis). Die sich aus dem Wortlaut von Art. 22a Abs. 1 VöB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird neben der Aufgabe der Vergabestelle, alle Offerten vergleichbar zu machen, auch damit begründet, diese Pflicht der Anbieter solle sicherstellen, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt.

Da die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Fall keine dem Amtsvorschlag entsprechende Grundofferte eingereicht haben, ist auch unter diesem Gesichtspunkt auf Unvollständigkeit der Offerte zu schliessen, was grundsätzlich zu deren Ausschluss führt (vgl. BVGE 2007/13 E. 5.1; Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.78 E. 3a; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 750).

3.4.7 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Beschwerde aufgrund einer prima facie-Würdigung als offensichtlich unbegründet erweist, weshalb das Ersuchen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. E. 2.2 hiervor).

4.
Über das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen kann angesichts des Verfahrensausgangs zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden. Demnach ist dieses einstweilen abzuweisen, soweit es durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht erledigt ist. Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

5.
Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Die Anträge der Beschwerdeführerinnen auf Akteneinsicht werden, soweit diesen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist, einstweilen abgewiesen.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Dieser Entscheid geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. K464-0305/Mek; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Zuschlagsempfängerin (A-Post, vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. Februar 2014