Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-3803/2010
{T 0/2}

Zwischenentscheid vom 23. Juni 2010

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz), Richter Claude Morvant,
Richterin Vera Marantelli,
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch
Rechtsanwältin E._____,
B._____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV,
Länggassstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 9,
vertreten durch
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb und/oder
Rechtsanwältin lic. iur. Julia Bhend,
Walder Wyss & Partner AG, Seefeldstrasse 123,
Postfach 1236, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen – Privatisierung Alcosuisse –
Verfahrensausschluss.

Sachverhalt:

A.
Mit Publikation im SIMAP-Forum schrieb die Eidgenössische Alkoholverwaltung (Vergabestelle, EAV) am 17. Februar 2010 einen Dienstleistungsauftrag öffentlich aus. Anlässlich der Totalrevision des Alkoholgesetzes soll auf das Bundesmonopol zur Einfuhr von Ethanol verzichtet und der Ethanolmarkt der Schweiz liberalisiert werden. Im Zuge dieser Liberalisierung soll die Alcosuisse, welche innerhalb der EAV als Profitcenter mit dem Ethanolimport- und vertrieb betraut ist, privatisiert werden. Gegenstand der Beschaffung sind die Dienstleistungen, die zur Beratung und Unterstützung der EAV bei der Vorbereitung und Durchführung der Überführung des Eigentums am Profitcenter Alcosuisse in eine vom Bund unabhängige Trägerschaft notwendig sind.

B.

B.a Gegen die Ausschreibung vom 17. Februar 2010 erhoben die A._____ AG zusammen mit der B._____ AG am 9. März 2010 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-1470/2010) und beantragten, die Ausschreibung sei dahingehend zu ändern, dass Bietergemeinschaften und Subunternehmer inkl. Freelancer zuzulassen seien, dass die Mindestvorgaben für Personalressourcen auf 1 Projektleiter und 2 Consultants reduziert würden, dass die drei nachzuweisenden Referenzmandate nicht Leistungen für öffentlich-rechtliche Kunden beinhalten müssten sowie, dass auf das Eignungskriterium (EK) betreffend Qualitätsmanagement (ISO-Standard oder ähnlicher Standard) zu verzichten sei. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

B.b Mit Zwischenverfügung vom 24. März 2010 ordnete der Instruktionsrichter im Verfahren B-1470/2010 als Einzelrichter im Sinne einer vorsorglichen Massnahme an, dass die Punkte 3.5 (Ausschluss von Bietergemeinschaften) und 3.6 (Ausschluss von Subunternehmungen inkl. Freelancer) sowie das Eignungskriterium 2.3 (Anbieter als Alleinunternehmer) für die A._____ AG und die B._____ AG einstweilen nicht gelten. Den beiden Unternehmungen wurde eine verlängerte Frist zur Einreichung eines Angebots gesetzt und es wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, die eingehenden Offerten zu öffnen. Soweit weitergehend wurde der Antrag auf Erteil-

ung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Diese Anordnung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.c Innert instruktionsrichterlich gesetzter Frist reichte die A._____ AG unter Beizug der B._____ AG und der C._____ AG als Subunternehmerinnen am 9. April 2010 eine Offerte im laufenden Beschaffungsverfahren ein.

B.d Auf entsprechendes Begehren der Vergabestelle um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen verfügte der Instruktionsrichter im Verfahren B-1470/2010 am 16. April 2010, der Vergabestelle werde erlaubt, die eingegangenen Offerten zu öffnen, die Eignungsprüfung durchzuführen und allenfalls ungeeignete Anbieter mit anfechtbarer Verfügung vom laufenden Verfahren auszuschliessen, wobei die Punkte 3.5 und 3.6 der Ausschreibung sowie das Eignungskriterium 2.3 einstweilen für die Beschwerdeführerinnen nicht gälten. Weiter wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, Verhandlungen mit Anbietern zu führen und die Offerten materiell zu evaluieren.

C.
Mit Verfügung vom 6. Mai 2010 schloss die Vergabestelle die A._____ AG unter Berufung auf Art. 8 Abs. 1 Bst. a BöB (siehe E. 1.1 hiernach) vom laufenden Beschaffungsverfahren mangels Eignung aus. Die Vergabestelle brachte zur Begründung zum Einen vor, die von der A._____ AG als Subunternehmerin beigezogene B._____ AG erfülle die Anforderungen gemäss EK 2.5 (Qualitätsmanagement) nicht. Zum Andern habe die von der A._____ AG ebenfalls als Subunternehmerin beigezogene C._____ AG keinerlei Referenzen hinsichtlich Privatisierungen nachweisen können, weshalb auch das EK 3.1 nicht erfüllt werde.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2010 änderte der Instruktionsrichter die vorsorglichen Anordnungen im Verfahren B-1470/2010 auf Antrag der Vergabestelle dahingehend ab, dass der Vergabestelle erlaubt wurde, die eingegangenen Offerten materiell zu evaluieren. Der Vergabestelle wurde jedoch einstweilen untersagt, nach durchgeführter Evaluation den Zuschlag zu erteilen.

E.
Mit Eingabe vom 27. Mai 2010 erhob die A._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen die Ausschluss-

verfügung der Vergabestelle vom 6. Mai 2010. Sie beantragt, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und es sei die Offerte der Beschwerdeführerin in die materielle Evaluierung miteinzubeziehen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und eventualiter, der Vergabestelle sei zu verbieten, nach durchgeführter Evaluation den Zuschlag zu erteilen. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, das vorliegende Verfahren sei bis zum rechtskräftigen Abschluss des beim Bundesverwaltungsgericht hängigen Beschwerdeverfahrens B-1470/2010 zu sistieren. Schliesslich sei die Vergabestelle zu verpflichten, die eingegangenen Offerten der übrigen Anbieter als Beweismittel bei Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die anonymisierten Offertunterlagen bezüglich Qualitätsmanagementsystem und Privatisierungsreferenzen der anderen drei Anbieter zu gewähren.

F.
Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 verfügte der Instruktionsrichter superprovisorisch, der Vergabestelle werde einstweilen untersagt, den Zuschlag zu erteilen.

G.
Die Vergabestelle reichte mit Eingabe vom 8. Juni 2010 die Vorakten ein und nahm zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung. Sie beantragt, auf die Beschwerde und die prozessualen Anträge sei nicht einzutreten. Eventualiter seien die Beschwerde und die Anträge der Beschwerdeführerin betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen und Verfahrenssistierung abzuweisen. Die Akteneinsicht sei nur soweit zu gewähren, als diese keine schützenswerten und vertraulichen Angaben enthielten.

H.
Mit Zwischenverfügung vom 10. Juni 2010 wies der Instruktionsrichter den Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin mit Hinweis auf das im Vergaberecht geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ab.

I.
Mit Instruktionsverfügung betreffend die Akteneinsicht ebenfalls vom 10. Juni 2010 stellte der Instruktionsrichter jeder der seitens der Vergabestelle für geeignet befundenen Anbieterinnen die sie betreffenden Abdeckungsvorschläge zu den Themen Privatisierungsreferenzen und Qualitätsmanagement zu mit der Bitte um umgehende Mitteilung, ob

die fraglichen Unterlagen trotz der geschwärzten Passagen Geschäftsgeheimnisse enthalten, welche der Beschwerdeführerin vorzuenthalten sind. Sämtliche Anbieter erklärten in der Folge ihr Einverständnis mit den Abdeckungsvorschlägen.

J.
Am 17. Juni 2010 unterbreitete der Instruktionsrichter der Anbieterin 2 einen eigenen, weniger weit gehenden Abdeckungsvorschlag in Bezug auf die Beschreibung des Qualitätssicherungskonzepts, welchen diese am 18. Juni 2010 genehmigte. Die Vergabestelle machte mit Eingabe vom 21. Juni 2010 ebenfalls keine entgegenstehenden Interessen geltend.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen den Ausschluss eines Anbieters vom Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst indessen nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Aufgrund des geschätzten Auftragswerts der in Frage stehenden Dienstleistungen von etwa einer halben bis einer Million Franken ist unbestritten, dass der gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB erforderliche Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge erreicht ist. In Art. 2 Abs. 1 Bst. b BöB ist ausserdem ausdrücklich festgehalten, dass die Eidgenössische Alkoholverwaltung diesem Gesetz als Auftraggeberin untersteht. Bei der nachgefragten Leistung handelt es sich um eine gemischte Dienstleistung, die unter den Anwendungsbereich des BöB fällt, wenn der schwergewichtigere Auftragsteil darunter fällt (BVGE 2008/48 E. 4.3 mit Hinweisen). Gemäss dem Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im konnexen Verfahren B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.2 kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass die nachgefragte Leistung aller Wahrscheinlichkeit nach nicht unter das BöB fallt, weshalb auf das formgerecht eingereichte Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung einzutreten ist, ohne dass die Frage nach der exakten Zusammensetzung der beschaffungsgegenständlichen Dienstleistung ab-

schliessend geklärt werden müsste (so bereits Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgericht B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 1.1).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Anträge auf vorsorgliche Massnahmen (Art. 28 Abs. 2 BöB; Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; vgl. Zwischenverfügung B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB, Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3

1.3.1 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist indessen nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will (BVGE 2007/13 nicht publizierte E. 1.3.2). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Beurteilung der aufschiebenden Wirkung in Dreierbesetzung keinen Rechtsnachteil für die Rechtsunterworfenen zur Folge hat (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.3 mit Hinweisen).

Angesichts der in der Regel herausragenden Bedeutung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlages (Art. 22 Abs. 1 BöB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 413, Jean-Baptiste Zufferey/Corinne Maillard/Nicolas Michel, Droit des marchés publics, Fribourg 2002, S. 131), entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über entsprechende Gesuche in ständiger Praxis durch den Spruchkörper in der Hauptsache (zuletzt Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 1.3; vgl. BVGE 2007/13 nicht publizierte E. 1.3.2). Demgegenüber beurteilt der Instruktionsrichter bei angefochtener Ausschreibung das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einzelrichterlich, da diesfalls

auch bei einer Abweisung des Gesuchs nicht in der gleichen Weise Fakten geschaffen werden wie bei der Anfechtung eines Zuschlags (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 1.3).

1.3.2 Vorliegend ist der Ausschluss eines Anbieters wegen fehlender Eignung angefochten. Im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen vor dem Zuschlag erfolgten Ausschluss hat die Abweisung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, anders als wenn eine Zuschlagserteilung angefochten wurde, nicht zur Folge, dass der Vertrag abgeschlossen werden darf (Art. 22 Abs. 1 BöB) und das Bundesverwaltungsgericht diesfalls nur mehr die Widerrechtlichkeit des angefochtenen Aktes feststellen könnte, wenn es die Beschwerde als begründet erachtet (vgl. Art. 32 Abs. 2 BöB). Ein vom Verfahren ausgeschlossener Anbieter kann aber die spätere Zuschlagserteilung nicht mehr anfechten (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2004-015 vom 17. Dezember 2004, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.55 E. 2b/bb) und hat damit in der Regel auch keine Möglichkeit mehr, in einem Verfahren gegen die Zuschlagserteilung vorsorgliche Massnahmen zu erwirken. Da bei einem separaten, d.h. nicht mit der Zuschlagserteilung zusammenfallenden Ausschluss im offenen Verfahren – anders als bei der Präselektion im selektiven Verfahren – die Zuschlagserteilung meist unmittelbar bevorsteht, hat eine Abweisung des Gesuches um Gewährung der aufschiebenden Wirkung in diesen Fällen faktisch regelmässig zur Folge, dass der Vertrag zwischen dem Zuschlagsempfänger und der Vergabestelle noch während Hängigkeit der Beschwerde abgeschlossen wird. Auch im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache hat der Beschwerdeführer diesfalls keine Chance mehr, den Auftrag zu erhalten. Es ist deshalb jedenfalls im offenen Verfahren angezeigt, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht nur im Rahmen der Beurteilung eines Zuschlags, sondern auch – wie vorliegend – im Falle der Anfechtung einer Ausschlussverfügung in Dreierbesetzung zu beurteilen.

2.

2.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin lautend auf Ertei-

lung der aufschiebenden Wirkung bzw. auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen. 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. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Auch vorsorgliche Massnahmen können Gegenstand des zu treffenden Zwischenentscheides sein (Zwischenentscheid B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2).

2.2 Das BöB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu 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, BGE 117 V 185 E. 2b; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; Pierre Moor, Droit administratif, Band II, 2. Aufl., Bern 2002, S. 680 f.). 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 (BVGE 2007/13 E. 2.1 mit Hinweisen; Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, publiziert in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.37 E. 2c; Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., S. 418; Martin Beyeler, Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Baurecht Sonderheft 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90, mit Hinweisen; Beat Denzler/Heinrich Hempel, Die aufschiebende Wirkung – Schlüsselstelle des Vergaberechts, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 313 ff., insb. S. 317 ff.).

2.3 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, so ist die anbegehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde

hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der BRK, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin 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. 2.2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin. 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). 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, AS 2003 196 ff.) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids 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.

Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin einerseits wegen Nichterfüllens des Eignungskriteriums 2.5 (Qualitätsmanagement) und andererseits wegen Nichterfüllens des Eignungskriteriums 3.1 (Erfahrung bei Privatisierung) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Da Eignungskriterien von den Anbietenden kumulativ zu erfüllen sind, kann vorliegend die aufschiebende Wirkung – unter der Voraussetzung, dass das Gleichbehandlungsgebot bei der Durchführung der Eignungsprüfung eingehalten wurde (vgl. dazu E. 4 hiernach) – schon dann nicht gewährt werden, wenn sich im Rahmen einer prima facie-

Würdigung zeigt, dass die Beschwerdeführerin eines der genannten Eignungskriterien offensichtlich nicht erfüllt.

3.1

3.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt zunächst vor, die Vergabestelle habe sich in unzulässiger Weise auf den Standpunkt gestellt, dass das Eignungskriterium 2.5 nicht bloss von der (als Anbieterin auftretenden) Beschwerdeführerin habe erfüllt werden müssen, sondern auch von den Subunternehmerinnen. Im Gegensatz zur Angebotseingabe bei Bietergemeinschaften müssten bei Subunternehmen lediglich diejenigen Nachweise erbracht werden, welche mit der Erbringung ihres Leistungsanteils in direktem Zusammenhang stünden. Die Beschwerdeführerin verweist diesbezüglich auf Schulungsunterlagen des Bundesamts für Bauten und Logistik (BBL), wonach Mitglieder von Bietergemeinschaften alle Eignungskriterien nachzuweisen haben, während bei der Angebotseinreichung durch einen Generalunternehmer die Eignungskriterien insgesamt erfüllt werden müssen (Beschwerde vom 27. Mai 2010, S. 4).

3.1.2 Die Vergabestelle macht demgegenüber geltend, beim Qualitätsmanagement handle es sich um eine Querschnittsaufgabe, die sämtliche Leistungsteile der Ausschreibung betreffe, weshalb auch Subunternehmungen ein Qualitätsmanagementsystem (QMS) nachweisen müssten. Die Generalunternehmung könne kein QMS betreiben für Leistungen, die sie selber nicht erbringe und die ihr nicht vertraut seien. Andernfalls könne letztlich ein Generalunternehmer vorgeschoben werden, der zwar die Eignungskriterien erfülle, selbst aber gar keine Leistungen erbringe (Stellungnahme vom 8. Juni 2010, Rz. 14 ff.).

3.1.3 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.1; Entscheid der BRK 2004-007 vom 22. September 2004 E. 2b; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., S. 143 mit Hinweisen). Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, bestimmte Nachweise für ihre Leistungsfähigkeit zu erbringen. Diese Bestimmung wird durch Art. 9 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche

Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter [...] Unterlagen erheben und einsehen kann. Im Anhang 3 zur VöB, der eine Enumeration möglicher Eignungsnachweise enthält, ist in Ziffer 10 die Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems explizit aufgeführt.

Bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise trägt die Vergabestelle Art und Umfang des Auftrages Rechnung (Art. 9 Abs. 2 VöB). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.1). Bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu, in welches die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2 mit Hinweisen; Entscheid der BRK 2005-002 vom 30. Mai 2005, publiziert in VPB 69.105, nicht veröffentlichte E. 2b/aa). Aber auch bei der Beurteilung der Anbieter aufgrund der gewählten Eignungskriterien und -nachweise geniesst die Vergabestelle einen erheblichen Spielraum (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 6.1; Entscheid der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5b; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 349).

3.1.4 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, bei der Angebotseinreichung durch eine Generalunternehmung würden sich die Eignungsanforderungen prinzipiell nur an die sich gegenüber der Vergabestelle verpflichtende Generalunternehmung und nicht auch an Subunternehmen richten, kann diesem Vorbringen nicht gefolgt werden. Welche Anforderungen an die Leistungsfähigkeit von Subunternehmen zu stellen sind, beziehungsweise welche diesbezüglichen Nachweise mit der Angebotseinreichung verlangt werden dürfen, richtet sich vielmehr nach dem konkreten Auftrag und dem vom Subunternehmer zu erbringenden Teil der beschaffungsgegenständlichen Leistung. Soll – wie vorliegend – durch den Nachweis eines Qualitätsmanagementsystems sichergestellt werden, dass der Anbieter die Leistung in hinreichender Qualität erbringen kann, so ist der Vergabestelle jedenfalls für den Fall, dass der Subunternehmer mit insbesondere qualitativ wesentlichen Aufgaben betraut ist, keine Gewähr für eine

ordentliche Auftragserfüllung geboten, wenn lediglich der Generalunternehmer den entsprechenden Nachweis zu erbringen vermag. Aus den gleichen Überlegungen hat das Verwaltungsgericht Zürich im Entscheid VB.2004.00562 vom 13. Juli 2005 E. 4.2 festgehalten, es liege im Ermessen der Vergabestelle, ob und in welchem Umfang Referenzen eines Subunternehmers berücksichtigt würden. Es sei, so das Verwaltungsgericht weiter, nicht zu beanstanden, wenn die Fachkenntnisse und die Erfahrung der Subunternehmer uneingeschränkt Berücksichtigung fänden.

Würde entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführerin verfahren, wonach die Eignungsnachweise zwar von allen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, nicht aber von Subunternehmungen beizubringen seien, würde es zudem ins Belieben der anbietenden Unternehmungen gestellt, je nach Konstituierung als Konsortium oder als Anbieter mit Subunternehmen einzelne Leistungserbringer vom Nachweis ihrer Eignung auszunehmen. Mit einer solchen rein formalen Betrachtungsweise könnte die Qualitätsgewähr im Ergebnis umgangen werden, was den Zielen der Vergaberechts zuwiderlaufen würde. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin muss es deshalb möglich sein, dass auch die Eignung von Subunternehmungen, die wesentliche Leistungsteile erbringen, anhand von Nachweisen überprüft werden kann. Indessen braucht im vorliegenden Fall nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, ob die Beschwerdeführenden des zum vorliegenden konnexen Verfahrens B-1470/2010 aufgrund der einführend dargestellten Überlegungen nicht (wie ursprünglich geplant) als Bietergemeinschaft, sondern als Anbieterin und Subunternehmerin ein Angebot eingereicht haben.

3.2

3.2.1 Ob die Vergabestelle auch von der Subunternehmerin B._____ AG den Nachweis eines Qualitätsmanagementsystems (QMS) verlangen durfte, hängt nach dem Gesagten davon ab, ob diese einen derart wesentlichen Teil der Leistung erbringt, dass zum Darlegen ihrer fachlichen Eignung ein QMS angezeigt erscheint. Bei der gerichtlichen Nachprüfung hat das Bundesverwaltungsgericht dabei den Ermessensspielraum der Vergabestelle zu achten; es schreitet entsprechend nur bei einem qualifizierten Ermessensfehler ein (Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2010 E. 6.1).

3.2.2 Gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin vom 9. April 2010 ist die Subunternehmerin B._____ AG zuständig für die juristische Begleitung des ausgeschriebenen Privatisierungsprojekts (Angebot vom 9. April 2010, S. 5). Nach der eingereichten Projektorganisation macht sie in einer ersten Phase A "juristische Abklärungen", in einer späteren Phase C ist sie zuständig für die "juristische und steuerliche Beratung" (Angebot vom 9. April 2010, S. 13). D._____, Partner der B._____ AG, gehört in der Funktion "Jurist (Senior Level)" dem sogenannten "dedizierten Team" an, welches für die Projektabwicklung verantwortlich ist (Angebot vom 9. April 2010, S. 6). Wer innerhalb der B._____ AG für die juristischen und steuerlichen Abklärungen zuständig ist, ist dem Angebot nicht zu entnehmen. Den Angebotsunterlagen liegt aber eine Zusammenstellung aller bei der B._____ AG tätigen Juristen bei. Es ist damit davon auszugehen, dass je nach Fragestellung und Bedarf unterschiedliche Personen der Subunternehmerin am Projekt beteiligt werden. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sie als Generalunternehmerin gegenüber der Vergabestelle die alleinige Verantwortung trage und sämtliche für das Lead Advisory (Abwicklung der Transaktion von A-Z) relevanten Leistungen erbringe (Angebot vom 9. April 2010, S. 13).

3.2.3 Welchen prozentualen Anteil die juristische beziehungsweise steuerliche Begleitung des Privatisierungsprojekts am Gesamtauftrag ausmacht, ist weder dem eingereichten Angebot noch den Unterlagen der Vergabestelle präzise zu entnehmen. Dies namentlich deshalb, weil Privatisierungsprojekte wie das vorliegende im Einzelfall sehr unterschiedlich ablaufen und sich wesentliche juristische Problemstellungen erst im Rahmen des laufenden Projekts zeigen. Während die Beschwerdeführerin darzulegen versucht, dass die juristische beziehungsweise steuerliche Begleitung des Projekts einen eher untergeordneten Teil am Gesamtauftrag ausmache (Beschwerde vom 27. Mai 2010, S. 5), betont die Vergabestelle die Bedeutung des entsprechenden Leistungsanteils (Stellungnahme vom 8. Juni 2010, Rz. 20). Aufgrund der vorliegenden Akten, namentlich der eingereichten Angebote, und den Ausführungen der Parteien ist aber erstellt, dass die Projektabwicklung einerseits wesentlich vom Leistungsanteil der B._____ AG geprägt ist und es sich andererseits bei der juristischen und steuerlichen Begleitung des Privatisierungsprojekts um eine anspruchsvolle Dienstleistung handelt. Von der Erbringerin einer solchen Dienstleistung darf durchaus gefordert werden, dass sie

ein Qualitätsmanagement betreibt und nachweisen kann, dass ihre Prozesse organisiert, gepflegt und weiterentwickelt werden. Die Vergabestelle hat ihr Ermessen jedenfalls nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt, indem sie auch von den Subunternehmungen den Nachweis eines Qualitätsmanagementsystems verlangte, zumal sie sich nicht auf den ISO-Standard festlegte, sondern alternativ einen ähnlichen Standard zuliess (vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.6).

3.3

3.3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vergabestelle hätte jedenfalls bereits in der Ausschreibung beziehungsweise nach Ergehen der vorsorglichen Anordnungen im Verfahren B-1470/2010 vom 24. März 2010 durch Erwirken entsprechender gerichtlicher Anordnungen vorgeben müssen, dass auch die Subunternehmungen ihre Eignung mit einem Qualitätsmanagementsystem darzulegen haben.

3.3.2 Dass der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen keine Hinweise zu entnehmen sind, auch Subunternehmungen müssten ihre Eignung mit einem Qualitätsmanagementsystem darlegen, ist – wie die Vergabestelle korrekt ausführt – Folge des in der Ausschreibung vorgegebenen Ausschlusses von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen, welcher erst mit Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 für die Beschwerdeführerinnen dieses Verfahrens einstweilen aufgehoben wurde. Es kann daraus nicht abgeleitet werden, die Vergabestelle habe bereits durch die Ausschreibung auf den Nachweis eines Qualitätsmanagementsystems von Subunternehmen verzichtet.

3.3.3 Die Vergabestelle bringt des Weiteren vor, eine nachträgliche Ergänzung der Eignungskriterien im Hinblick auf die einstweilige Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen durch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 sei aufgrund der Natur des Eignungskriteriums 2.5 nicht nötig gewesen. Es liege auf der Hand, dass alle Leistungserbringer, welche wesentliche Leistungen erbringen, diese Anforderungen erfüllen müssten. In der Tat hat die Vergabestelle mit der Ausschreibung deutlich gemacht, dass sie nur Anbieter als zur Auftragserfüllung geeignet ansieht, welche ein Qualitätsmanagementsystem betreiben. Da sie keine Subunternehmungen zum Vergabeverfahren zulassen wollte, bestand für sie kein Anlass, speziell darauf hinzu-

weisen, dass auch allfällige Subunternehmungen einen entsprechenden Nachweis einzureichen haben. Wohl wäre es – wie die Beschwerdeführerin darlegt – denkbar gewesen, nach Ergehen des Zwischenentscheides des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 bei Gericht eine vorsorgliche Anordnung betreffend die für die Beschwerdeführenden dieses Verfahrens geltenden Eignungskriterien und -nachweise zu erwirken. Aus dem Kontext des Verfahrens mussten aber alle Beteiligten nach Treu und Glauben schliessen, dass die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise für alle Erbringer wesentlicher Leistungen gelten, das heisst auch für denkbare Mitglieder einer Bietergemeinschaft und Subunternehmen (vgl. zum Verständnis von Eignungskriterien nach Treu und Glauben, welches auch die Vergabestellen verpflichtet, etwa den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 12. August 2009 E. 4.3.1 mit Hinweisen, und GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 533). Im Übrigen scheint auch die Beschwerdeführerin davon ausgegangen zu sein, der Nachweis eines Qualitätsmanagementsystems sei auch von den Subunternehmungen beizubringen, hat sie doch in ihrem Angebot für die beiden Subunternehmungen Angaben hierzu gemacht, ohne einen entsprechenden Vorbehalt zu formulieren (Angebot der Beschwerdeführerin vom 9. April 2010, S. 5 sowie Beilagen 3.2.5.2 und 3.2.5.3). Nach dem Gesagten ist die Vergabestelle prima facie zu Recht davon ausgegangen, das als Eignungskriterium vorgegebene Qualitätsmanagementsystem müsse auch von gerichtlich einstweilen zugelassenen Subunternehmungen nachgewiesen werden.

3.4

3.4.1 Im Sinne einer Eventualbegründung bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe in ihrem Angebot vom 9. April 2010 hinreichend dargelegt, dass die B._____ AG das Eignungskriterium Qualitätsmanagementsystem erfülle. Sie weist insbesondere darauf hin, dass sie Prozessabläufe in Checklisten festhalte und ihr gesammeltes Know-how durch die laufende Aktualisierung ihrer umfassenden Mustersammlung verwalte. Auch an den regelmässig abgehaltenen Geschäftsleitungs- und Teamsitzungen sei die Know-how-Verwaltung, die Verbesserung der Prozessabläufe und die Kundenzufriedenheit zentrales Thema. Zudem werde die B._____ AG jährlich von der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) des Kantons Bern durch ein Expertenteam kontrolliert, wobei bei dieser Prüfung

insbesondere grossen Wert auf die internen Prozesse und die Einhaltung der vorgegebenen Standards gelegt werde. Es fände demnach eine regelmässige Überwachung der Prozesse statt (Beschwerde vom 27. Mai 2010, S. 6).

3.4.2 Die Vergabestelle führt in ihrer Eingabe vom 8. Juni 2010 demgegenüber aus, die Vorbringen der Beschwerdeführerin hätten mit einem strukturierten und dokumentierten Prozess nichts gemein (Rz. 27). Checklisten und Mustersammlungen reichten zur Erfüllung der berechtigten Anforderungen einer staatlichen Vergabestelle an ein Qualitätsmanagementsystem nicht aus (Rz. 35). Die Beschwerdeführerin habe im Übrigen auch kein einziges Blatt der QMS-Dokumentation oder des Qualitätsmanagement-Handbuchs ihrer Subunternehmerin B._____ AG eingereicht (Rz. 38).

3.4.3 Zunächst ist unbestritten, dass vorliegend nicht zwingend ein Qualitätsmanagementsystem nach ISO-Standard beizubringen war, sondern das Eignungskriterium auch mit einem QMS mit einem "ähnlichen Standard" nachgewiesen werden konnte. Daraus ist zu schliessen, dass die Vergabestelle solche alternativen Qualitätsmanagementsysteme aufgrund der Vorgaben, welche zur Erreichung einer ISO-Zertifizierung zu erbringen sind, zu beurteilen hat. Gemessen an den detaillierten Anforderungen gemäss ISO Norm 9001:2008, welche auf den Grundlagen von klar formulierten Managementgrundsätzen beruhen (vgl. dazu die entsprechende Dokumentation International Standard, ISO 9001, Quality management systems – Requirements, Fourth edition 2008), erweist sich das Qualitätsmanagement der B._____ AG gemäss Angebot der Beschwerdeführerin vom 9. April 2010, bestehend aus den vier Punkten Überprüfung durch die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) des Kantons Bern, Revision durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), die Systematisierung von wiederkehrenden Vorgängen und deren Erfassung in Checklisten sowie die Einhaltung von IT- und Betriebssicherheitsvorschriften von Bundesämtern, als jedenfalls weniger system- und prozessorientiert. Die Vergabestelle weist auch zutreffend darauf hin, dass die Aufsicht durch die kantonale Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion den Fokus auf die Einhaltung der für die Berufsausübung geltenden Vorschriften für Notare sowie die Buchhaltung legt (Art. 38 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern vom 22. November 2005 [NG; BSG 169.11] sowie Art. 18 ff. der Notariatsverordnung des Kantons Bern vom 26. April 2006 [NV; BSG 169.112])

und die Revision durch die FINMA die Tätigkeit der B._____ AG als Untersuchungsbeauftragte der FINMA betrifft.

3.5 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabestelle prima facie ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie davon ausging, die B._____ AG erfülle das Eignungskriterium 2.5 betreffend Qualitätsmanagementsystem nicht. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als offensichtlich unbegründet.

4.
Es bleibt nach dem Gesagten einzig zu prüfen, ob die Vergabestelle das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die in Frage stehende Eignungsprüfung eingehalten hat. Demgegenüber ist es unerheblich, ob die Vergabestelle zu Recht davon ausgegangen ist, sie habe von der C._____ AG Referenzen betreffend die "Projekterfahrung bei Privatisierungen" verlangen dürfen und es seien keine genügenden Referenzen eingereicht worden.

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt in Bezug auf die Gleichbehandlung der Anbietenden vor, die Vergabestelle habe offensichtlich nach Argumenten gesucht, um die Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren ausschliessen zu können. Sie bezweifelt, dass bei den andern Anbietern hinsichtlich des Qualitätsmanagements der gleiche Massstab angewendet worden ist. Ihr sei bekannt, dass nicht alle Abteilungen der grossen Revisionsgesellschaften ISO-zertifiziert seien beziehungsweise über ein genügendes Qualitätsmanagementsystem verfügten. Erfülle beispielsweise nur die Steuerabteilung einer der anderen Anbieter über ein genügendes Qualitätsmanagementsystem, so sei nicht ersichtlich, weshalb dies als hinreichend angesehen werde, während von der Beschwerdeführerin verlangt werde, sie müsse auch ein Qualitätsmanagementsystem der Subunternehmungen nachweisen (Beschwerde vom 27. Mai 2010, S. 5).

4.2 Die Vergabestelle weist die gerügte Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin als unsubstanziiert und unbegründet zurück. Gestützt auf die pauschalen Vorwürfe der Beschwerdeführerin habe die Vergabestelle jedenfalls keinen Anlass, an der Richtigkeit der durch die anderen Anbieter eingereichten Nachweise zu zweifeln (Stellungnahme vom 8. Juni 2010, Rz. 45 ff.).

4.3

4.3.1 Dem Evaluationsbericht "Eignungskriterien WTO-Projekt 'Sirius' – Privatisierung Alcosuisse" vom 4. Mai 2010 ist unter Ziffer 2.5 zum Eignungskriterium Qualitätsmanagementsystem zu entnehmen, der Anbieter 1 habe schriftlich zugesichert, über ein QMS auf der Basis des ISO-Standards 9001 zu verfügen. Entsprechend erfülle er das Eignungskriterium. Der Anbieter 3 hat seinerseits in seiner Offerte zugesichert, "den International Standard on Quality Control 1 (ISQC 1) implementiert" zu haben. Dieser Standard sei vom unabhängigen International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB) der Internationalen Federation of Accountants (IFAC) erlassen worden. Es werde durch die Eidgenössische Revisionsaufsicht (RAB) jährlich kontrolliert, dass das Qualitätsmanagementsystem "wirkungsvoll gelebt und damit ISQC 1 eingehalten" werde. Im Evaluationsbericht wird festgehalten, der International Standard on Quality Control 1 sei mit dem Standard ISO 9001 vergleichbar. Anbieter 3 erfülle entsprechend das Eignungskriterium 2.5.

In der Eingabe der Vergabestelle vom 8. Juni 2010 wird unter Rz. 47 ausgeführt, der Vergabestelle lägen keinerlei Anhaltspunkte vor, die Zweifel an den Angaben der Anbieter 1 und 3 wecken könnten. Die Vergabestelle sei deshalb zu Recht davon ausgegangen, das Eignungskriterium Qualitätsmanagement werde sowohl von Anbieter 1 wie auch von Anbieter 3 erfüllt.

4.3.2 Anbieter 2 führt in seiner Offerte vom 31. März 2010, S. 57, aus:

> "Die Qualitätssicherung ist ein wichtiger Eckpfeiler erfolgreicher Projekte. Deshalb werden, wie in der Projektorganisation verankert, entsprechende Ressourcen explizit vorgesehen und eingesetzt.
>
> Auf der Seite von [Anbieter 2] übernimmt [intern] ..., [ein] Partner, die Gesamtverantwortung in der Qualitätssicherung und steht dem Projektteam und der Strategischen Projektleitung jederzeit zur Verfügung. Die Qualitätssicherung auf der Seite von [Anbieter 2] umfasst:
>
> - die kritische Begleitung der Planungs- und Arbeiten in der Projektdurchführung sowie die Prüfung der einzelnen Analyse- und Ergebnisdokumente durch einen unabhängigen [Anbieter 2] Partner
> - die [Anbieter 2] interne Unterstützung und Beratung des gesamten Projektteams
> - die [Anbieter 2] internen Vorhaben zu Qualitätssicherung in Projekten
> - einen Verhaltenskodex, der einen ethischen Rahmen liefert und auf dem unsere Entscheidungen und Handlungen beruhen. [...]
>
> Qualität ist die Grundlage unseres Dienstleistungskonzepts. Indem wir unsere Dienstleistungen ganz auf Ihre Bedürfnisse zuscheiden, können wir Ihnen einen Kundenservice von höchster Qualität bieten und eine Beziehung

mit Ihnen aufbauen. Hierzu haben wir eine Reihe bewährter Qualitätsprozesse eingerichtet, darunter:

Die weltweite Organisation von [Anbieter 2] setzt ein Programm ein, das die Übereinstimmung mit Vorschriften und Verfahren jährlich beurteilt. Die Arbeit der Prüfungspartner wird über einen Zeitraum von drei Jahren auszugsweise überprüft. Anhand der Ergebnisse aus diesem Programm können wir die Qualitätskontrolle unseres Unternehmens und die Leistungen der Mitarbeiter bewerten sowie Bereiche ermitteln, die einer Verbesserung bedürfen [...]."

Schliesslich folgen Ausführungen zum "weltweit akzeptierten Ethikkodex" des Anbieters 2, welcher als Verhaltenskodex ein "ethisches Fundament" für die Entscheidungen und Handlungen der Mitarbeitenden des Anbieters 2 bilde.

4.3.3 Dem Evaluationsbericht der Vergabestelle ist zum Qualitätsmanagement des Anbieters 2 zu entnehmen, dieser nenne in seinem Angebot "einen externen, nicht näher bekannten Partner", der die Planung, die Projektführung sowie die Analyse- und die Ergebnisdokumentation kritisch überprüfe. Weiter wird ausgeführt: "Obwohl Anbieter 2 den externen Partner bei der Qualitätskontrolle nicht nennt, scheinen die diesbezüglichen Bestrebungen zur Erfüllung des Eignungskriteriums ausreichend zu sein, zumal auch die internen Prüfungsarbeiten stichprobenartigen Kontrollen unterstehen."

In der Stellungnahme der Vergabestelle vom 8. Juni 2010, S. 16 f., wird festgehalten, Anbieter 2 habe zum Nachweis des Qualitätsmanagements Dokumente eingereicht, die Zuständigkeiten und Kompetenzen detailliert beschreiben würden. Das Qualitätsmanagement des Anbieters 2 liege in der Verantwortung einer unabhängigen Fachstelle, die Einhaltung der Vorschriften werde jährlich überprüft. Überdies habe Anbieter 2 Standards und Regeln schriftlich festgelegt, an welche sich die Mitarbeitenden zu halten hätten. Kunden und Mitarbeitende könnten sich bei Beschwerden zudem an eine unabhängige Stelle wenden, was zur Qualitätskontrolle und -verbesserung beitrage. Zusammenfassend entspreche das Qualitätsmanagement von Anbieter 2 in allen wesentlichen Teilen dem ISO-Standard.

4.4 Das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot verlangen, dass die Eignungsprüfung aller Anbieter zeitgleich erfolgt (Entscheid der BRK 2004-015 vom 17. Dezember 2004, publiziert in VPB 69.55 E. 2 b/bb), was vorliegend geschehen ist. Neben der zeitgleichen Evaluation ist aber auch gefordert, dass die Überprüfung von Eignungskriterien bei allen Anbietern nach den gleichen Massstäben und

mit derselben Prüfungsdichte erfolgt. BEYELER spricht insoweit von "Bewertungsgleichbehandlung" (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Zürich 2008, Rz. 187). Das Gleichbehandlungsgebot ist im Rahmen der Eignungsprüfung namentlich verletzt, wenn die Vergabestelle einen Anbieter deswegen nicht berücksichtigt, weil er ein bestimmtes Eignungskriterium nicht erfüllt, sie aber bei einem anderen Anbieter, der sich "nicht in erheblicher Weise" vom ausgeschlossenen Anbieter unterscheidet, über diese Nichterfüllung hinwegsieht (Entscheid der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, publiziert in VPB 68.120 E. 2d/bb/bbb; BEYELER, a.a.O., Rz. 215). Auch ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung bei einem oder mehreren als geeignet bezeichneten Anbietern bedeutet einen Verstoss gegen die Gleichbehandlungspflicht (Zwischenentscheid der BRK 2004-004 vom 4. Mai 2004, teilweise publiziert in VPB 68.89, nicht publizierte E. 2b/cc; BEYELER, a.a.O., Rz. 215).

4.5

4.5.1 Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in Bezug auf die als geeignet beurteilten Anbieter (1-3) bei der Überprüfung des Eignungskriteriums 2.5 (Qualitätsmanagement) gestützt auf entsprechende Zusicherungen auf eine Überprüfung der Angaben, welche mit dem Vorgehen gegenüber der Beschwerdeführerin vergleichbar gewesen wäre, verzichtet. Dies scheint jedenfalls in Bezug auf die Prüfung der Eignung des Anbieters 2 nicht unproblematisch, macht doch dieser – wie die B._____ AG – nicht geltend, über ein standardisiertes Qualitätsmanagement zu verfügen. Wohl weist die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 8. Juni 2010 auf unternehmensinterne Standards und Regeln des Anbieters 2 hin, welche einem QMS entsprächen, diese werden im Evaluationsbericht aber nicht thematisiert und weiterführende Unterlagen lagen dem Evaluationsteam offenbar auch nicht vor. Es kommt hinzu, dass das Evaluationsteam die Ausführungen des Anbieters 2 in seiner Offerte möglicherweise missverstanden hat: Während aus den eingereichten Unterlagen zu schliessen ist, die "kritische Begleitung der Planungs- und Arbeiten in der Projektdurchführung sowie die Prüfung der einzelnen Analyse- und Ergebnisdokumente" erfolge durch einen zwar projektunabhängigen, aber unternehmensinternen Partner des Anbieters 2, ging das Evaluationsteam offenbar davon aus, es handle sich dabei um einen externen Partner.

4.5.2 Bei der Beschwerdeführerin hat die Vergabestelle demgegenüber die bloss stichwortartige Zusicherung des Bestehens eines Qualitätsmanagementsystems nicht genügen lassen. Wenn der Beschwerdeführerin zudem zum Vorwurf gemacht wird, sie habe kein einziges Blatt der QMS-Dokumentation oder des Qualitätsmanagement-Handbuchs ihrer Subunternehmerin B._____ AG eingereicht, um ihr Qualitätsmanagement zu belegen (vgl. E. 3.4.2 hiervor), kann diese Aussage gerade nicht dazu dienen, den Vorwurf, es sei bei der Beschwerdeführerin im Vergleich zu den übrigen Anbietern im Rahmen der Eignungsprüfung ein strengerer Massstab an die Erbringung des Eignungsnachweises angelegt worden, als unhaltbar erscheinen zu lassen. Nach dem Gesagten kann die Rüge der Beschwerdeführerin, sie sei im Rahmen der Eignungsprüfung in formeller Hinsicht rechtsungleich behandelt wurde, indem sich die Vergabestelle bei anderen Anbietern mit einer blossen Zusicherung zufrieden gab und davon ausging, die "diesbezüglichen Bestrebungen" des Anbieters 2 zur Erfüllung des Eignungskriteriums "scheinen" ausreichend zu sein, nicht jede Berechtigung abgesprochen werden. Indem das Evaluationsteam wesentlich darauf abgestellt hat, dass die Verantwortung für die Qualitätskontrolle des Anbieters 2 bei einem externen Partner liege, wobei die diesbezüglichen Ausführungen des Evaluationsteams möglicherweise auf einem Missverständnis beruhen, ist auch insofern eine Ungleichbehandlung nicht auszuschliessen. Zwar könnten die Bekanntheit der Anbieterin 2 als grosses, im relevanten Markt tätiges Unternehmen und die bestehenden Unterschiede im dargelegten Qualitätssicherungssystem der Anbieterin 2 zum Anbieter 4 im Ergebnis allenfalls in gewissem Umfang eine differenzierte Behandlung bei der tatsächlich durchzuführenden Überprüfung der eingereichten Nachweise beziehungsweise Zusicherungen im Vergleich zum wenig bekannten, kleineren Anbieter 2 rechtfertigen. Es kann sich allenfalls auch erweisen, dass der möglicherweise substanziellere Gehalt der Ausführungen des Anbieters 2 im Vergleich zu denjenigen der B._____ AG eine gewisse Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte, soweit diesfalls nicht Rückfragen erforderlich sind. Indessen erscheint die erhobene Rüge betreffend die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots nicht als offensichtlich unbegründet. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich im Rahmen einer unbestrittenermassen korrekten Eignungsprüfung allenfalls herausstellt, dass alle anderen Anbieter im Ergebnis zutreffenderweise als geeignet beurteilt worden sind. Es ist denn auch nicht Sache des Gerichts, entgegen Art. 31 BöB die Eignungsprüfung selbst

vorzunehmen und sein Ermessen an die Stelle der Beurteilung der Vergabestelle zu setzen.

5.
Nach dem Gesagten kann im Rahmen der vorliegenden prima facie-Würdigung jedenfalls nicht gesagt werden, die Beschwerde erweise sich in vollem Umfang als offensichtlich unbegründet. Ob die aufschiebende Wirkung zu gewähren ist, ist deshalb im Rahmen einer Abwägung der auf dem Spiel stehenden öffentlichen und privaten Interessen zu entscheiden.

5.1 Die Vergabestelle macht geltend, der Zeitplan für das Projekt sei knapp terminiert und von politischen Prozessen abhängig. Sie wolle am Leistungsbeginn der Arbeiten im August 2010 festhalten, wozu die materielle Evaluation der Angebote rasch abgeschlossen und der Zuschlag erteilt werden können müsse. Eine besondere Dringlichkeit im Sinne eines erheblichen finanziellen Schadens oder gar einer Gefahr für Polizeischutzgüter macht die Vergabestelle nicht geltend und auch für das Gericht ist kein in diesem Sinne erheblicher Schaden bei einer Verzögerung der Privatisierung des Alcosuisse zu erkennen. Auch ohne eine solche besondere Dringlichkeit ist aber das öffentliche Interesse an einer möglichst raschen Durchführung des Privatisierungsprojekts anzuerkennen (siehe E. 2.3 hiervor; vgl. zudem das Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Es bestehen damit – wenn auch nicht besonders gewichtige – öffentliche Interessen, das beantragte Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, damit das Vergabeverfahren fortgeführt und durch Erteilung des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu einem Abschluss gebracht werden kann.

5.2 Die privaten Interessen der Beschwerdeführerin gehen – wie bereits unter E. 2.3 hiervor erörtert – grundsätzlich dahin, durch Aufhebung der Ausschlussverfügung die Chancen auf die Erteilung des Zuschlages und damit auf die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages zu wahren. Besteht keine besondere Dringlichkeit, sind die privaten Interessen an der Ausführung des Auftrages regelmässig höher zu gewichten als die öffentlichen Interessen an einer raschen Realisierung der Beschaffung. Eine Abweichung von dieser Regel kann auch nicht damit begründet werden, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium E. 2.5 prima facie nicht erfüllt (vgl. E. 3 hiervor) und damit für den Auftrag nicht in Frage kommt. In diesem

Sinne wären die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung dann höher zu gewichten als die entgegenstehenden öffentlichen Interessen, wenn eine erneute unbestrittenermassen korrekte Eignungsprüfung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zum Ergebnis führen würde, dass auch andere Anbietende über kein hinreichendes Qualitätsmanagementsystem verfügen. Ein solches Ergebnis einer erneuten Eignungsprüfung ist aber im vorliegenden Fall sehr unwahrscheinlich, handelt es sich doch bei den drei zu beurteilenden Anbietern um grosse, im relevanten Markt bekannte Unternehmungen. Die Tatsache, dass nur offensichtlich etablierte Unternehmen offeriert haben, ist denn auch Streitgegenstand im Parallelverfahren B-1470/2010, wo die einschränkende Natur der Eignungskriterien – prima facie grossenteils erfolglos – beanstandet worden ist (vgl. dazu den Zwischenentscheid im Verfahren B-1470/2010 vom 24. März 2010, insb. E. 4). Namentlich beim Anbieter 2 darf die Etabliertheit der Unternehmung jedenfalls als klares Indiz gewertet werden, dass auch dieser in der Lage ist, hinreichend zu belegen, über ein dem Standard ISO 9001 vergleichbares Qualitätsmanagement zu verfügen. Es ist damit prima facie davon auszugehen, dass die formelle Ungleichbehandlung zu keinem materiell falschen Entscheid betreffend die Eignung der Anbietenden geführt hat. Angesichts dieser Ausgangslage sind die öffentlichen Interessen an einer zügigen Fortführung des Vergabeverfahrens höher zu gewichten als die privaten Interessen der Beschwerdeführerin. Der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen.

6.

Der von der Beschwerdeführerin gestellte Eventualantrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen verfolgt die gleiche Absicht wie der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung, soll damit doch der Abschluss des Vergabeverfahrens unterbunden werden. Aus den unter E. 5 hiervor dargestellten Gründen ist deshalb auch der Eventualantrag abzuweisen.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vergabestelle sei zu verpflichten, die eingegangenen Offerten der übrigen Anbieter als Beweismittel bei Gericht einzureichen und der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die anonymisierten Offertunterlagen bezüglich Qualitätsmanagementsystem und Privatisierungsreferenzen der anderen drei

Anbieter zu gewähren. E contrario liegt kein Akteneinsichtsantrag vor in Bezug auf den Evaluationsbericht und die Korrespondenz zwischen der Vergabestelle und den anderen Anbietern betreffend Ergänzungsfragen im Rahmen der Evaluation und deren Beantwortung. Die Vergabestelle stellt mit Eingabe vom 8. Juni 2010 zur Akteneinsicht das Begehren, es sei der Beschwerdeführerin in die Akten und Beilagen Einsicht nur soweit zu gewähren, als diese keine schützenswerten und vertraulichen Angaben enthalten. Insbesondere seien die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Aktenstücke von der Akteneinsicht auszunehmen der Beschwerdeführerin sei nur in die (mit separater Eingabe eingereichten) geschwärzten Auszüge Einsicht zu gewähren.

7.2 Die in den Art. 26 ff. VwVG getroffene Regelung zur Akteneinsicht erweist sich als Konkretisierung der allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht (BGE 115 V 297 E. 2d S. 301 f., 120 IV 242 E. 2c/aa S. 244; vgl. WALDMANN/OESCHGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 26 N 10). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24 E. 3a). So bestand für das Verfahren vor der BRK ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB 68.120 E. 1 f.; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 899). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht mit Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000, veröffentlicht in Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts [Pra] 89/2000 Nr. 134, E. 2c, festgehalten, dass das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten habe (bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts

2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2; vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.1 mit Hinweisen).

7.3 Soweit die Anträge der Vergabestelle sinngemäss in Zusammenhang mit der Begründung so zu verstehen wären, dass die Einsicht in die Konkurrenzofferten gar nicht gewährt werden kann (vgl. dazu die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.4 mit Hinweisen), wäre eine derartige generelle Beschränkung in Bezug auf Ausführungen zur Eignung und die entsprechenden Eignungsnachweis unverhältnismässig. Jedenfalls wenn nicht ganze Qualitätssicherungshandbücher zu beurteilen sind – was vorliegend nicht der Fall ist – spricht die Erfahrung dafür, dass im Unterschied zu Angaben über die technische Lösung oder die Kalkulation, welche eine Offerte kennzeichnen, weite Teile der Anbieterangaben zur Eignung und der entsprechenden Nachweise regelmässig keine vertraulichen Angaben enthalten. Das gilt namentlich für ISO-Zertifikate und dergleichen Bescheinigungen. Auch das Beschleunigungsgebot steht insoweit einer beschränkten Akteneinsicht bereits mit Ergehen des Zwischenentscheids nicht entgegen. Demnach ist im vorliegenden Fall, welcher ausschliesslich die Eignungsprüfung zum Gegenstand hat, jedenfalls unter der Voraussetzung, dass das Einverständnis der betroffenen Anbieter vorliegt (vgl. dazu E. 7.4 hiernach), die Akteneinsicht unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Anbieterinnen zu gewähren. Dabei ist namentlich durch geeignete Abdeckungen dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen (Art. 27 Abs. 2 VwVG; MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 245 f. mit Hinweisen).

7.4 Selbst am Verfahren – wie vorliegend – nicht beteiligten Anbietern ist in Bezug auf ihre Geheimhaltungsinteressen das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. dazu die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. November 2007 im Verfahren B-3604/2007 E. 2.4 in fine mit Hinweisen). In diesem Sinne sind die drei seitens der Vergabestelle als geeignet befundenen Anbieter mit Verfügung vom 10. Juni 2010 aufgefordert worden, umgehend zu den Abdeckungsvorschlägen der Vergabestelle Stellung zu nehmen. Sämtliche Anbieter haben in der Folge diesen Abdeckungsvorschlägen zugestimmt. Demnach können der Beschwerdeführerin die in Frage stehenden Aktenstücke zu den Punkten Qualitätsmanagement und Privati-

sierungsreferenzen in dieser Form zugestellt werden. In Bezug auf die Privatisierungsreferenzen sind der Projektbeschrieb und die Anzahl der Anbieter, welche nach Anbieterangaben jeweils vom in Frage stehenden Privatisierungsvorhaben betroffen waren, angegeben, nicht aber die jeweilige Auftraggeberin. Was die Aussagen zum Qualitätsmanagement betrifft, waren die Abdeckungsvorschläge der Vergabestelle insofern durch einen richterlichen Abdeckungsvorschlag zu modifizieren, als der ursprünglich Abdeckungsvorschlag so weitgehend war, dass aus der vorgeschlagenen Version nicht mehr hervorgegangen wäre, dass die Anbieterin 2 ein unternehmensinternes Qualitätssicherungssystem ausweist und keinen externen Partner benennt (vgl. Aktennotiz vom 18. Juni 2010). Demnach sind der Beschwerdeführerin die in Frage stehenden Dokumente in wie beschrieben abgedeckter Form auszuhändigen. Aufgrund der ihr somit zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 6). Soweit weitergehend sind die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin demgegenüber einstweilen abzuweisen bzw. im weiteren Verlauf des Verfahrens zu beurteilen.

8.

Über die Festsetzung und Verlegung der Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

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

2.
Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.

3.
Den Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen. Soweit weitergehend werden die Akteneinsichtsbegehren einstweilen abgewiesen.

4.
Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax; mit Akten gemäss Erwägung 7)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Einschreiben mit Rückschein, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Marc Steiner	Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tage seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 24. Juni 2010