



Abteilung II
B-1470/2010
{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 24.März 2010

In der Beschwerdesache

Parteien

1. **A.**_____ **AG**,
handelnd durch B._____ und C._____,

2. **F.**_____ **AG**,
handelnd durch G._____ und H._____,

beide vertreten durch Rechtsanwältin E._____,
A._____AG
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

Beschaffungswesen - Ausschreibung - Privatisierung
Alcosuisse,

Sachverhalt:**A.**

Mit Publikation im SIMAP-Forum schrieb die Eidgenössische Alkoholverwaltung (Vergabestelle, EAV) unter der Meldungs-Nr. 456879 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 vertraut 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. Gemäss den in der Ausschreibung genannten Bedingungen werden Bietergemeinschaften (Ziff. 3.5) sowie Subunternehmer (inkl. Freelancer; Ziff. 3.6) nicht zugelassen. Die Vergabestelle hat über die Erfahrung im Rechnungswesen und mit Restrukturierungen hinaus weitere restriktive Eignungskriterien (EK) definiert. Als Frist für die Einreichung der Angebote wurde der 31. März 2010, 16.30 Uhr, genannt.

B.

Die A._____AG und B._____ AG erhoben am 9. März 2010 gegen die Ausschreibung Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei die Ausschreibung wie folgt aufzuheben bzw. abzuändern:

- Bietergemeinschaften sind zuzulassen (Ziff. 3.5).
- Subunternehmer inkl. Freelancer sind zuzulassen (Ziff. 3.6, und Ziff. 3.7, EK 2.3).
- Mindestvorgaben für Personalressourcen: 1 Projektleiter, 2 Consultants (Ziff. 3.7, EK 1.3)
- Der Anbieter hat seit 1. Januar 2000 bis heute mindestens drei Referenzmandate nachzuweisen, für die er vergleichbare Leistungen erbracht hat (Ziff. 3.7, EK 1.4).
- Auf das Eignungskriterium betreffend Qualitätsmanagement (ISO-Standard oder ähnlicher Standard; Ziff. 3.7, EK 2.5) wird verzichtet.

Des Weiteren beantragen sie, die Ausschreibung vom 17. Februar 2010 zur Privatisierung der Alcosuisse sei unter Ansetzung einer

neuen Eingabefrist zur Offertstellung neu zu publizieren. Eventualiter stellen sie den Antrag, die Ausschreibung an die Vergabestelle zur Neuformulierung und Neupublikation der Ausschreibung unter Ansetzung einer neuen Eingabefrist zur Offertstellung zurückzuweisen. Subeventualiter beantragen die Beschwerdeführerinnen, das Gericht möge die Rechtswidrigkeit der vorgenannten Bestimmungen der Ausschreibung feststellen. Schliesslich ersuchen sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Zur Begründung führen die Beschwerdeführerinnen zunächst zur Beschwerdelegitimation aus, sie seien als mittelgrosse Wirtschaftsrechtskanzlei einerseits (Beschwerdeführerin 1) und führendes unabhängiges Mergers & Acquisitions- bzw. Corporate Finance-Beratungsunternehmen andererseits (Beschwerdeführerin 2) als Bietergemeinschaft aufgrund ihres Know-hows für die gemeinsame Übernahme des Mandats prädestiniert und allein aufgrund der seitens der Vergabestelle gewählten Bedingungen und Eignungskriterien vom Kreis der Anbieter ausgeschlossen. Materiell rügen sie insbesondere den Ausschluss von Bietergemeinschaften. Der Ausschluss wiege besonders schwer, weil gleichzeitig der Beizug von Subunternehmern (inkl. Freelancern) ebenfalls nicht zugelassen sei. Eine Begründung für den Ausschluss beider Konstituierungsformen für Anbieter liege nicht vor und lasse sich auch nicht erstellen.

C.

Mit Verfügung vom 10. März 2010 stellte der Instruktionsrichter fest, dass bei der Anfechtung von Ausschreibungen das Verfahren in der Regel nicht gestoppt und daher der Offerttermin vom 31. März 2010 beibehalten werde. Den Beschwerdeführerinnen sei es prima facie trotz des nicht unerheblichen Aufwandes zuzumuten, zu diesem Termin eine Offerte einzureichen. Die Frist für die Vergabestelle zur Einreichung einer Stellungnahme und der Vergabeakten wurde auf den 22. März 2010 angesetzt.

D.

Mit einer zweiten Verfügung vom 12. März 2010 wies der Instruktionsrichter die Parteien zum einen darauf hin, dass die in der Ausschreibung vorgenommene Klassifizierung der zu beschaffenden Dienstleistungen keine Auskunft darüber gebe, ob und inwieweit diese dem Regime des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) unterstehen. Zum anderen sei in materieller Hinsicht nicht unwe-

sentlich, ob der in der Ausschreibung vorgenommene Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern (inkl. Freelancern) einen Grossteil der Wettbewerber ausschliesse. Die Vergabestelle wurde dementsprechend aufgefordert, zu diesen zwei Fragestellungen ebenfalls bis zum 22. März 2010 Stellung zu nehmen; den Beschwerdeführerinnen wurde eine diesbezügliche Äusserung innert gleicher Frist freigestellt.

E.

In ihrer Eingabe vom 19. März 2010 führen die Beschwerdeführerinnen zur Frage der Unterstellung der Beschaffung unter das BöB aus, der unter Ziff. 2.4 angegebene Common Procurement Vocabulary (CPV) Code 79000000 (recte: 79000000-4) könne folgenden Dienstleistungen der provisional Central Product Classification (CPCprov) zugewiesen werden:

- CPC 862: Buchführung, -haltung und -prüfung
- CPC 864: Markt- und Meinungsforschung
- CPC 865/866: Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten
- CPC 861: Rechtsberatung.

Während die Rechtsberatung (CPC 861) Taxation (CPC 863) gemäss dem Anhang 1a zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht dem BöB unterstehe, sei das für die Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten (CPC 865/866) sowie für Buchführung, -haltung und -prüfung (CPC 862) der Fall. Bei sogenannten gemischten Geschäften komme es darauf an, dass der gewichtigere Auftragsteil – wie vorliegend – dem BöB unterstellt sei. Hinsichtlich des verbleibenden Anbieterkreises gehen die Beschwerdeführerinnen davon aus, dass aufgrund der aufgestellten Bedingungen und Eignungskriterien nicht einmal zehn Anbieter in der Lage seien, die Kriterien zu erfüllen.

F.

Die Vergabestelle liess sich mit Eingabe vom 22. März 2010 vernehmen. Sie beantragt, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. In prozessualer Hinsicht verlangt sie, dass die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Aktenstücke von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Sie macht zur Eintretensfrage insbesondere geltend, den Beschwerdeführerinnen fehle es an der erforderlichen Legitimation. Bietergemeinschaften seien nur unter der Massgabe beschwerdeberechtigt, dass alle Mitglieder gemeinsam Be-

schwerde erheben würden. Die Beschwerdeführerinnen seien nicht in der Lage, die geforderte Leistung aus eigener Kraft zu erbringen, und würden dies auch nicht behaupten. Damit sei die Beschwerde nur von einigen Mitgliedern einer potentiellen Bietergemeinschaft erhoben, worden, denen für sich genommen keine Beschwerdeberechtigung zukomme.

Eventualiter sei jedenfalls die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen, weil die Beschwerde offensichtlich aussichtslos sei. Die Beschwerdeführerinnen begründeten ihre Rechtsbegehren mit strukturpolitischen Argumenten, zu deren Umsetzung das Vergaberecht nicht verwendet werden dürfe. Der Vergabestelle komme bei der Festlegung der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu. Die Unangemessenheit der Eignungskriterien dürfe gemäss Art. 31 BöB nicht gerügt werden. Weiter weist sie die Behauptung der Beschwerdeführerinnen zurück, durch die Eignungskriterien würde der Wettbewerb ausgeschlossen. Da bereits 13 Anbieter Unterlagen angefordert hätten, könne von einem fehlenden Wettbewerb nicht die Rede sein. Die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung sei jedenfalls aufgrund der Interessenabwägung geboten. Die Privatisierung der Alcosuisse sei eng an die Totalrevision des Alkoholgesetzes gebunden, die ihrerseits nicht durch eine Neuausschreibung aufgeschoben werden dürfe.

G.

Mit Verfügung vom heutigen Tage wurden den Beschwerdeführerinnen das Aktenverzeichnis sowie sämtliche von der Vergabestelle nicht als vertraulich bezeichneten Aktenstücke zugestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1996 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b 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 1 Million Franken ist unbestritten, dass der gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b 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. Auf die Frage, ob die nachgefragte Dienstleistung ihrem Gegenstand nach dem BöB untersteht, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden (vgl. dazu E. 3.2 hiernach).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), 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).

1.3 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, BBI 2001 4393). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden in Vergabesachen Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags praxisgemäss in Dreierbesetzung beurteilt (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen). Vorliegend richtet sich die Beschwerde indessen gegen eine Ausschreibung, mit welcher im Unterschied zum Zuschlag auch bei Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht in der gleichen Weise Fakten geschaffen werden wie dies der Fall ist, wenn nach der Anfechtung eines Zuschlags über die aufschiebende Wirkung zu befinden ist. Deshalb rechtfertigt sich die Beurteilung der prozessualen Anträge durch den Instruktionsrichter (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 1.3).

2.

Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Da Art. 28 Abs. 1 BöB

im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG vorsieht, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Auch vorsorgliche Massnahmen können Gegenstand des Zwischenentscheides betreffend die aufschiebende Wirkung sein (Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde entsprechende Begehren.

2.1 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-3402 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, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzu beziehen 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 BVGer 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 (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). 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 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass auf die Beschwerde prima facie nach aller Voraussicht nicht eingetreten werden kann, dringen die Beschwerdeführerinnen mit prozesualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, teilweise publiziert in BVGE 2009/17, E. 3.2 mit Hinweisen).

3.2 Auftragsinhalt ist gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung die Beratung und Unterstützung bei der Vorbereitung und Durchführung der Privatisierung der Alcosuisse. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA (BVGE 2008/48 E. 2.3). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Vorliegend ist eine gemischte Dienstleistung zu beurteilen, und die anwaltlich vertretene Vergabestelle geht davon aus, dass diese Dienstleistung, umfassend Business-Consulting, Strategie-Consulting zuzüglich Revisionsdienstleistungen, Rechts- und Steuerberatung sowie Projektmanagement, dem BöB untersteht, weil die CPC-Kategorien 865 (Management consulting services) und 866 (Services related to management consulting) überwiegen (Stellungnahme vom 22. März 2010, S. 6). Da gemischte Dienstleistungen dem BöB unterstehen, wenn der schwergewichtigere Auftragsteil darunter fällt (Urteil des

BVGE 2008/48 E. 4.3 mit Hinweisen), kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass aller Wahrscheinlichkeit nach auf die Beschwerde wegen fehlender Zuständigkeit nicht eingetreten werden kann.

3.3 Die Vergabestelle beantragt Nichteintreten auf die Beschwerde wegen fehlender Legitimation. Dazu ist vorab zu bemerken, dass das Erfordernis der formellen Beschwer im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle spielt (vgl. entsprechend zur freihändigen Vergabe BVGE 2009/17 E. 2 mit Hinweisen). Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (BVGE 2009/17 E. 3 mit Hinweisen). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, als mittelgrosse Wirtschaftsrechtskanzlei einerseits (Beschwerdeführerin 1) und führendes unabhängiges Mergers & Acquisitions- bzw. Corporate Finance-Beratungsunternehmen andererseits (Beschwerdeführerin 2) seien sie als Bietergemeinschaft aufgrund ihres Know-hows für die gemeinsame Übernahme des Mandats prädestiniert und allein aufgrund der seitens der Vergabestelle statuierten Bedingungen und Eignungskriterien vom Kreis der Anbieter ausgeschlossen. Die Vergabestelle bestreitet demgegenüber die Legitimation der Beschwerdeführerinnen mit dem Hinweis darauf, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Bietergemeinschaften wie die Beschwerdeführerinnen nur dann beschwerdeberechtigt seien, wenn sie gemeinsam in notwendiger Streitgenossenschaft Beschwerde führen. Dies sei vorliegend indessen nicht der Fall. Die Beschwerdeführerinnen allein könnten nur etwa ein Drittel der Leistungen aus eigener Hand erbringen, weswegen sie nur einen Teil der notwendigen Bietergemeinschaft darstellten.

3.4 Die Vergabestelle hält zwar zu Recht fest, dass sich das Bundesverwaltungsgericht in Abkehr von der Rechtsprechung der Rekurskommission diejenige des Bundesgerichts zu eigen gemacht hat (BVGE 2008/7 E. 2.2.2 und B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.4) und neu davon ausgeht, dass die Mitglieder einer Bietergemeinschaft nur gemeinsam Beschwerde führen können. Dies trifft indessen nur auf diejenigen Fälle zu, in denen mit der Beschwerde etwa ein Zuschlag oder der Entscheid über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen im selektiven Verfahren angefochten wird und sich die Bietergemeinschaft folglich bereits konstituiert hat. Anders liegt es hingegen

in Fällen wie dem vorliegenden, in welchem mit der Beschwerde eine Ausschreibung angefochten wird und noch keine Offerte vorliegt, womit die Bildung der Bietergemeinschaft naturgemäss noch nicht abgeschlossen sein kann. Für den Fall der Anfechtung einer Ausschreibung hat das Bundesverwaltungsgericht daher darauf hingewiesen, dass in Bezug auf die Legitimation die Möglichkeit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu berücksichtigen sein könnte (Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.3.2.2; vgl. zur freihändigen Vergabe den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 4.3). Demnach kann im vorliegenden Fall selbst unter der Annahme, dass die Beschwerdeführerinnen nach den Angaben der Vergabestelle nicht mehr als einen Drittel der nachgefragten Dienstleistung aus eigener Hand erbringen können, nicht gesagt werden, dass die Legitimation der Beschwerdeführerinnen aller Voraussicht nach zu verneinen ist, womit das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht mit dieser Begründung abgewiesen werden kann. Damit ist nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob das Ansetzen der Legitimationshürde für Vergabebeschwerden durch Bietergemeinschaften bei der Anfechtung einer Ausschreibung in gleicher Höhe wie bei der Anfechtung etwa eines Zuschlags nicht dazu führen würde, dass gerade die Rüge des gemäss Art. 21 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) unzulässigen Ausschlusses von Bietergemeinschaften kaum je gerichtlich überprüft werden könnte.

4.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen mit ihren materiellen Anträgen in mehreren Punkten eine Korrektur der Ausschreibung in Bezug auf die Eignungskriterien. Sie beanstanden, dass ihnen deren Definition das Einreichen einer Offerte verunmögliche, obwohl die Beschwerdeführerin 1 mehrere Privatisierungsprojekte begleitet habe und seit Jahren eine enge Zusammenarbeit mit hochqualifizierten Steuer- und Treuhandunternehmen pflege (Beschwerde, S. 3). Dazu zähle die Beschwerdeführerin 2 als Mergers & Acquisitions- bzw. Corporate Finance-Beratungsunternehmen, welches sich insbesondere auf Unternehmenskäufe und -verkäufe sowie Business Planning und Restrukturierungen spezialisiert habe (Beschwerde, S. 3). Entsprechend werfen die Beschwerdeführerinnen der Vergabestelle namentlich vor, durch die Definition der Eignungskriterien den Wettbewerb übermässig und ausserdem in einer die Interessen von kleinen und mittelstän-

dischen Unternehmen (KMU) nicht berücksichtigenden Weise einzuschränken.

4.1 Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf. Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter [...] Unterlagen erheben und einsehen kann. Dabei trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung (Art. 9 Abs. 2 VöB). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBI 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. Die Eignungskriterien dürfen nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen.

4.2 Die Eignungskriterien müssen grundsätzlich auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009, E. 5.3 in fine; so schon mit Bezug auf die in Erwägung 4.1 hiervor zitierten Materialien PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999, S. 19). Sie dürfen in Bezug auf die Herkunft des Anbieters nicht diskriminierend sein (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 347 mit Hinweis). Ausserdem ist bei Referenzen darauf zu achten, dass nicht in wettbewerbsbeschränkender Weise solche verlangt werden, die vom Auftragsvolumen her weit über den in Frage stehenden Auftrag hinausgehen. Dabei kommt der Vergabebehörde sowohl bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien als auch bei der Bewertung anhand der Eignungskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu (Zwischenentscheid im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5b mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2 mit Hinweisen). Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende anders lautende Interessen an der Festlegung

derselben den wirksamen Wettbewerb unnötig behindern, indem sie Vorgaben machen, die nur von einem oder zwei Anbietern erfüllt werden können (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 363).

4.3 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden in erster Linie den Ausschluss von Bietergemeinschaften gemäss Punkt 3.5 der Ausschreibung und den Ausschluss von Subunternehmern und Freelancern gemäss Punkt 3.6 der Ausschreibung. Es seien vorliegend keine sachlichen Gründe für eine derartige Beschränkung des Wettbewerbs ersichtlich.

Gemäss Art. 21 Abs. 1 VöB sind Bietergemeinschaften grundsätzlich zugelassen. In begründeten Einzelfällen kann die Auftraggeberin diese Möglichkeit in der Ausschreibung jedoch beschränken. Vorgaben in Bezug auf die Organisation einer Bietergemeinschaft zur Sicherung eines Ansprechpartners der Vergabestelle fallen als mildere Massnahme im Vergleich zum Ausschluss von Bietergemeinschaften in Betracht (Zwischenentscheid des BVGer B-2562/2009 vom 29. Juni 2009, E. 3.2, und dazu unter S61 die Urteilsanmerkung MARTIN BEYELER, in: Baurecht 2009, S. 174). Dabei kann auch verlangt werden, dass das federführende Unternehmen der für den Auftrag einschlägigsten Branche angehört (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 25. Oktober 2005, in: Baurecht 2006, S. 91 S31). Der Ausschluss von Bietergemeinschaften kann durch die Zulassung von Subunternehmern aus den anderen auftragsrelevanten Branchen kompensiert werden (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 20. Oktober 2005 und vom 16. November 2005, beide in: Baurecht 2005, S. 91 S30 und S29). Die Zulassung von Subunternehmern dient jedenfalls ihrerseits wiederum dem Wettbewerb etwa in der Baubranche, wo die Anbieter aufgrund des in Teilbereichen entwickelten hohen Spezialisierungsgrades oftmals überhaupt nicht in der Lage sind, die nachgefragten Leistungen in Gänze im eigenen Betrieb auszuführen (vgl. dazu etwa rechtsvergleichend HEINZ INGENSTAU/HERMANN KORBION, VOB Teile A und B, Kommentar, 17. Auflage, Köln 2010, Rz. 8 zu § 2 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen [VOB]/Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen [A]). Andererseits dürfen an die Begründung des Ausschlusses von Bietergemeinschaften und Subunternehmern auch nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden. Den Materialien ist kein Hinweis zu entnehmen, wie restriktiv die "begründeten Einzelfälle" auszulegen sind. In der Lehre ist dazu im Sinne einer sehr zurückhaltenden Auslegung

erwogen worden, dass (jedenfalls) Fälle gemeint sind, in welchen der Markt so klein ist, dass (nur) durch den Ausschluss von Konsortien die Konkurrenzsituation aufrecht erhalten werden könnte (PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 286 mit Fn. 10). Andererseits ist zu beachten, dass eine derart restriktive Auslegung die Vergabestelle des ihr im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 9 BöB zugestandenen Ermessensspielraums (vgl. dazu E. 4.2 hiervor) im Ergebnis berauben würde. Die Vergabestelle weist in diesem Zusammenhang richtigerweise daraufhin, dass Art. 21 VöB nicht als strukturpolitischer KMU-Förderungsartikel verstanden werden kann; ein justizialer Anspruch auf Bildung von Bietergemeinschaften und Subunternehmern auch in Fällen, in welchen trotz diesbezüglich restriktiver Eignungsanforderungen ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. dazu E. 5 hier-nach), bedürfte im Übrigen wohl einer formell-gesetzlichen Grundlage (vgl. dazu mutatis mutandis den Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.3). Zusammenfassend kann indessen nicht gesagt werden, dass die Beschwerde in diesem Punkt, jedenfalls soweit der kumulative Ausschluss sowohl von Bietergemeinschaften als auch von Subunternehmern beanstandet wird, offensichtlich unbegründet ist. Dafür spricht auch der Umstand, dass das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich im Rahmen der Beurteilung eines planerischen Dienstleistungsauftrages mit Hinblick auf gewisse Risiken des Beizugs von Subunternehmern zwar einen Bewertungsabzug zulasten des in höherem Masse Subunternehmer beziehenden Anbieters unter dem Kriterium "Leistungsfähigkeit" geschützt hat (Urteil VB.2005.00514 vom 1. November 2006 E. 6). Indessen hat es ergänzend festgehalten, der generellen Benachteiligung kleinerer Unternehmen werde durch die bloss 10-prozentige Gewichtung des in Frage stehenden Kriteriums entgegengetreten (a.a.O., E. 6.3). So oder anders ist es im Übrigen jedenfalls zulässig, "Leistung aus einer Hand" im Rahmen der Offertbewertung im Sinne eines Bewertungsvorteils zu berücksichtigen (vgl. dazu etwa das Urteil WBE.2009.160 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer, vom 18. November 2009 E. 3.3.3.1).

4.4 Die Beschwerdeführerinnen wenden sich nicht gegen das Eignungskriterium EK 1.1, wonach der Anbieter über eine der Aufgabenstellung angemessene Grösse und Marktstellung verfügen und in der für die Leistungserbringung massgebenden Unternehmenseinheit im Jahre 2009 einen Umsatz von mindestens Fr. 7'500'000 erwirtschaftet

haben soll. Beanstandet wird indessen das EK 1.3, mit welchem qualitative und quantitative Vorgaben gemacht werden in Bezug auf die personellen Ressourcen, indem der Anbieter über mindestens drei Projektleiter, drei Projektmanager (senior level), fünf Consultants (senior level) und fünf Analysten (senior level) mit einem Beschäftigungsgrad von mindestens 80 Prozent und einer Mindestanstellungsdauer von einem Jahr per 31. Januar 2010 verfügen muss. Da die Alcosuisse eine kleine Verwaltungseinheit sei, erweise sich für die Privatisierung derselben ein Team von 1 bis 2 Projektleitern und zwei weiteren Consultants als genügend; die geforderten Personalressourcen seien für das vorliegende Projekt völlig überdimensioniert (Beschwerde, S. 10). Die Vergabestelle führt dazu aus, es sei zwar richtig, dass die in Frage stehende Einheit klein sei, welche privatisiert werden soll. Indessen seien die Ansprüche hoch; der Prozess werde von Politik, Personal und potenziellen Erwerbem mit Argusaugen verfolgt; es sei zu erwarten, dass auch der kleinste Fehler medial "amplifiziert" werde. Mangels Ressourcen und Spezialwissen seitens der Vergabestelle wäre die enge Führung und Koordination eines heterogenen Projektteams nicht möglich. Daher werde auf Seiten der Anbieter höchste Professionalität und Flexibilität erwartet (Stellungnahme der Vergabestelle vom 22. März 2010, S. 23 f.). Soweit in dieser Ausgangslage nicht sogar eine hinreichende Begründung für den Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern zu sehen ist, macht sie jedenfalls ein Sicherheitsbedürfnis der Vergabestelle in Bezug auf das zur Verfügung stehende Personal ohne Weiteres nachvollziehbar. Ausserdem ist aufgrund des politischen Umfelds ein "Stop-and-Go-Ansatz" in gewissem Umfang wohl unvermeidlich (Stellungnahme der Vergabestelle vom 22. März 2010, S. 24). Wenn die Aufgabe trotzdem zeitgerecht erfüllt werden soll, muss verlorene Zeit beschleunigt wieder gutgemacht werden können. Damit erscheint es naheliegend, dass die Vergabestelle im Dispositiv mehr Ressourcen einsetzt als bei gleichmässigem Arbeitsrhythmus erforderlich wären. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als offensichtlich unbegründet.

4.5 Gemäss EK 1.4 macht die Vergabestelle zur Kundenstruktur folgende Vorgabe: "Der Anbieter kann für den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2005 bis heute mindestens drei öffentlich-rechtliche Kunden oder Verbände bzw. Non-Profit-Organisationen nachweisen, für die er mit dem Gegenstand dieser Ausschreibung hinsichtlich Dauer, Bedeutung und Ressourcenbedarf vergleichbare Leistungen erbracht hat."

Die Beschwerdeführerinnen verlangen die Zulassung auch älterer Referenzen, da es in den letzten fünf Jahren nur wenige vergleichbare Aufträge gegeben habe. Ausserdem sei die Begrenzung auf öffentlich-rechtliche Kunden und Non-Profit-Organisationen sachlich nicht nachvollziehbar und verenge den Kreis der in Frage kommenden Anbieter erheblich; es gehe um "normale Privatisierungs- bzw. M&A-Prozesse" (Beschwerde, S. 11). Die beiden Eignungskriterien führen nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen zum Ausschluss von KMU. Die Vergabestelle führt dazu aus, als Referenzprojekte kämen unter anderem der Bund, 26 Kantone und mehr als 2'500 Gemeinden in Frage. Darüber hinaus werde der Kreis von Referenzkunden auf Verbände und Non-Profit-Organisationen erweitert. Deren Anforderungen seien oft ähnlich mit dem Profil, welches öffentliche Stellen erwarten. Die Vergabestelle möchte von Vorkenntnissen und Erfahrungen profitieren, sich aber nicht mit einer "Lernkurve" von Anbietern konfrontiert sehen (Stellungnahme vom 22. März 2010, S. 25 f.). Damit wird auch gesagt, dass sich diese Projekte von "normalen Privatisierungs- bzw. M&A-Prozessen" aufgrund ihres Umfelds unterscheiden. Diese Feststellung der Vergabestelle ist nicht zu beanstanden. Es liegt auch zweifelsfrei in deren Ermessen, für eine komplexe Dienstleistung mit interdisziplinärem Charakter hohe Eignungsanforderungen zu stellen und entsprechende Referenzen zu verlangen, jedenfalls solange nicht Referenzen für weitaus grössere als das in Frage stehende Projekt verlangt werden (vgl. dazu E. 4.2 hiervor). Dass dadurch der Markt kleiner wird, ist solange unbedenklich, als noch ein hinreichender Wettbewerb verbleibt (vgl. dazu E. 5 hiernach). Es gibt vor allem keinen Rechtsanspruch auf KMU-Förderung in diesem Zusammenhang. Die Vergabestelle kann in gewissem Umfang KMU-Förderung betreiben, ist aber dazu vergaberechtlich nicht verpflichtet. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als offensichtlich unbegründet.

4.6 Unter EK 2.5 wird unter Qualitätsmanagement Folgendes verlangt: "Der Anbieter betreibt ein Qualitätsmanagement und muss nachweisen, dass er seine Prozesse organisiert, pflegt und weiterentwickelt (z.B. gemäss ISO-Standard oder einem ähnlichen Standard)." Diese Anforderung liegt jedenfalls für komplexe Dienstleistungen wie die vorliegende ohne Weiteres im Ermessen der Vergabestelle, zumal sie sich nicht auf den ISO-Standard festlegt, sondern alternativ einen ähnlichen Standard zulässt. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist offensichtlich unbegründet.

5.

Im vorliegenden Fall sind beide Parteien aufgefordert worden, sich zu den Verhältnissen im relevanten Markt und zur Wettbewerbssituation zu äussern. Dies vor dem Hintergrund, dass die Vergabebehörde in der Regel Auftragsvolumen und Anforderungen an die Anbieter nicht so definieren darf, dass diese dazu führen, dass nur zwei Anbieter die in Frage stehende Leistung erbringen können (Urteil VB.98.00362 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999, Minderheitsmeinung; der Minderheit zustimmend GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 363; vgl. zum Ganzen auch das Urteil VB.2005.00155 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2005, insbes. E. 5). Die Beschwerdeführerinnen geben dazu an, es sei nur wenigen Unternehmen möglich, an der vorliegenden Vergabe teilzunehmen. Nebst den vier grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (KPMG, Ernst & Young, Pricewaterhouse-Coopers und Deloitte Touche Tohmatsu) kommen nach Abklärungen der Beschwerdeführerinnen höchstens noch einige wenige grössere Treuhandgesellschaften in Frage; ausserdem sei es der KPMG aufgrund ihrer Vorbefassung nicht möglich, an der vorliegenden Ausschreibung teilzunehmen. Die Anzahl der möglichen Anbieter werde insbesondere durch die Breite des Dienstleistungsspektrums auf ein Minimum beschränkt (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 22. März 2010, S. 6 f.). Die Vergabestelle führt dazu aus, die Angebotsunterlagen seien von dreizehn interessierten Anbietern angefordert worden; es gebe etwa fünfzehn Anbieter, die als "global players" zugleich mit "target Switzerland" operieren. Selbst wenn man davon noch einige ausscheiden müsste, weil sie nicht im gewünschten Umfang Referenzen mit der öffentlichen Hand, Verbänden oder Non-Profit-Organisationen vorweisen können (vgl. dazu E. 4.5 hiervor), stünde prima facie immer noch eine hinreichende Anzahl Wettbewerber im relevanten Markt zur Verfügung. Damit kann aufgrund der Akten auch nicht gesagt werden, dass die in Frage stehenden Eignungskriterien in ihrer Summe den Wettbewerb ausschliessen, womit ihre Zulässigkeit allenfalls bereits deshalb fraglich erscheinen könnte (vgl. zum Ganzen mutatis mutandis den Zwischenentscheid BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.2).

6.

Nachdem sich die Beschwerde in Bezug auf den vollständigen Ausschluss sowohl von Bietergemeinschaften als auch von Subunternehmern im Rahmen der Eignungskriterien (vgl. dazu 4.3 hiervor)

nicht als offensichtlich unbegründet erweist, ist im Hinblick auf das weitere Vorgehen eine sorgfältige Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erforderlich (vgl. E. 2.2 hiervor). Dabei ist sicherzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht ihrer Chance, ein Angebot einzureichen, beraubt werden. Andererseits soll die Vergabe auch nicht vollständig blockiert werden. Dieses Ergebnis wird dadurch erreicht, dass einerseits auf eine vorsorgliche Aufhebung der angefochtenen Ausschreibung verzichtet wird. Andererseits wird den Beschwerdeführerinnen die Offerteingabefrist vom 31. März 2010 abgenommen und richterlich auf den 9. April 2010 festgesetzt. Für die Beschwerdeführerinnen gelten dabei die Punkte 3.5 und 3.6 der Ausschreibung bzw. das EK 2.3 betreffend den Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmern einstweilen nicht. Indessen tun die Beschwerdeführerinnen gut daran, eine Lösung zu offerieren, welche wenigstens insofern "aus einer Hand" ist, als die federführende Anbieterin sämtliche Koordinationsaufgaben übernimmt und als alleinige Ansprechpartnerin der Vergabestelle dient. Alle anderen Anforderungen gemäss der angefochtenen Ausschreibung beanspruchen indessen uneingeschränkt Geltung. Die durch die richterliche Festsetzung der Offerteingabefrist entstehende Ungleichbehandlung mit allen anderen Anbietern, für welche die Frist vom 31. März 2010 bestehen bleibt, rechtfertigt sich dadurch, dass die Beschwerdeführerinnen aufgrund der prima facie mehrheitlich als rechtskonform beurteilten Eignungskriterien gezwungen sind, bezüglich der Bildung von Bietergemeinschaften und des Bezugs von Subunternehmern neue Optionen zu prüfen. Der Vergabestelle ist es einstweilen zu untersagen, die eingehenden Offerten zu öffnen. Soweit weitergehend ist das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

7.

Den Beschwerdeführerinnen ist mit separater Verfügung vom heutigen Tage teilweise Einsicht in die Verfahrensakten, namentlich in die Dokumente betreffend die Angebotsunterlagen (Griff 1-3) und in wesentlichen Teilen in die an die Vergabestelle gerichteten Fragen ("Frequently Asked Questions") und die Antworten (Griff 6) gewährt worden. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen sind die Beschwerdeführerinnen in der Lage, sich ein hinreichendes Bild von der Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/ 2008 vom 20. Oktober 2008 E. 6).

8.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1

Die Punkte 3.5 und 3.6 der Ausschreibung sowie das EK 2.3 gelten für die Beschwerdeführerinnen einstweilen nicht.

1.2

Die Offerteingabefrist gemäss Punkt 1.4 der Ausschreibung gilt für die Beschwerdeführerinnen bzw. für Bietergemeinschaften, an welchen diese beteiligt sind, nicht. Die Offerteingabefrist wird für diese richterlich auf den 9. April 2010 festgesetzt. Im Übrigen bleibt die Offerteingabefrist für Dritte gemäss Ausschreibung uneingeschränkt gültig.

1.3

Der Vergabestelle wird einstweilen untersagt, die eingehenden Offerten zu öffnen.

1.4

Soweit weitergehend wird der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

2.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Diese Zwischenverfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Einschreiben, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Ref-Nr. 432723; Einschreiben, vorab per Fax)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

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 Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 24. März 2010