



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

## Zwischenverfügung vom 16. April 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

Parteien

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) 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.

**B.**

Die A.\_\_\_\_\_ AG und die F.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) erhoben am 9. März 2010 gegen die Ausschreibung Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht und beantragten in prozessualer Hinsicht, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

**C.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. März 2010 traf der Instruktionsrichter als Einzelrichter folgende vorsorglichen Anordnungen:

"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."

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

**D.**

Mit Verfügungen vom 1. und vom 8. April 2010 nahm der Instruktions-

richter das Begehren der Vergabestelle vom 31. März 2010, es sei zu bestätigen, dass die eingegangenen Offerten am 13. April 2010 geöffnet und evaluiert werden können, als Antrag auf Aufhebung beziehungsweise Abänderung der vorsorglichen Anordnungen vom 24. März 2010 entgegen und wies diesen nach Gewährung des rechtlichen Gehörs einstweilen ab mit der Begründung, es sei keine Veränderung der Verhältnisse seit Ergehen der Verfügung vom 24. März 2010 ersichtlich.

**E.**

Die Beschwerdeführerinnen teilten dem Gericht mit Eingabe vom 9. April 2010 mit, dass sie im strittigen Beschaffungsverfahren ein Angebot eingereicht haben. Gemäss den Angaben der Vergabestelle ist bei ihr am 13. April 2010 ein Paket der Beschwerdeführerinnen eingegangen.

**F.**

Mit Eingabe vom 13. April 2010 beantragt die Vergabestelle, es sei ihr nunmehr zu gestatten, die eingegangenen Offerten zu öffnen und diese, unter provisorischem Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerinnen, formell und materiell zu evaluieren. Eventualiter sei der Vergabestelle zu gestatten, die eingegangenen Offerten zu öffnen und, unter provisorischem Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerinnen, die Eignungsprüfung durchzuführen und allenfalls nicht geeignete Anbieter mit separater Verfügung vom Verfahren auszuschliessen.

**G.**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit Eingabe vom 14. April 2010, die prozessualen Anträge der Vergabestelle vom 13. April 2010 seien vollumfänglich abzuweisen und eventualiter, die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. März 2010 sei insofern abzuändern, als dass der Vergabestelle die Öffnung und Evaluierung der Offerten erst erlaubt werde, nachdem sie materiell zur Beschwerde der Beschwerdeführerinnen Stellung genommen hat, und dass ihr bis zum materiellen Endentscheid zu verbieten sei, die Anbieter zu kontaktieren, Verhandlungen mit ihnen zu führen und/oder einem Anbieter den Zuschlag zu erteilen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Mit – noch nicht rechtskräftiger – Zwischenverfügung vom 24. März 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Verfahren vorsorgliche Massnahmen erlassen (vgl. zur Zuständigkeit insb. E. 1.1 und E. 3.2). Dementsprechend ist es auch zuständig zur Beurteilung von Anträgen auf Abänderung derselben (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 17. Dezember 2008 E. 1 und 3, je mit Hinweisen). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Zuständig für Entscheide betreffend vorsorgliche Anordnungen im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung ist gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG der Instruktionsrichter (vgl. die Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 E. 1.3 mit Hinweisen).

### **2.**

**2.1** Die Abänderung vorsorglicher Massnahmen von Amtes wegen oder auf Antrag hin setzt voraus, dass die Voraussetzungen zu ihrem Erlass dahingefallen sind oder die getroffenen Anordnungen an neue Verhältnisse anzupassen sind (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 17. Dezember 2008 E. 3.3; REGINA KIENER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum VwVG, Bern 2008, Rz. 13 zu Art. 56 VwVG mit Hinweisen u.a. auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 26. März 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61.77 E. 2c; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 3.18 in fine mit Hinweisen).

**2.2** Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen sei trotz Ablauf der Eingabefrist und der Bestätigung, dass sie innert der mit Verfügung vom 24. März 2010 gesetzten Frist eine Offerte eingereicht hat, nicht ersichtlich, inwiefern sich die Verhältnisse seit Erlass der Zwischenverfügung vom 24. März 2010 geändert haben sollen. Es sei bereits zu

diesem Zeitpunkt voraussehbar und zu erwarten gewesen, dass die Beschwerdeführerinnen eine Offerte einreichen würden.

**2.3** Für die Frage, ob vorsorgliche Massnahmen anzupassen sind, kann entgegen den entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht entscheidend sein, ob eine Veränderung der Verhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses der vorsorglichen Massnahmen voraussehbar war. Ziel der "auf Zusehen hin" getroffenen vorsorglichen Anordnungen ist es gerade, rasch auf die aktuell bestehende Sach- und Informationslage reagieren zu können (vgl. dazu THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 27 N. 23). Andernfalls müssten Anordnungen in Variantenform getroffen werden, wozu der Richter jedenfalls nicht dadurch gezwungen werden kann, dass Veränderungen der Tatsachenlage antizipierbar gewesen wären. Damit kann offen bleiben, ob das Gericht aufgrund mehrerer prima facie erfolglos angefochtener Eignungskriterien mit der Einreichung einer Offerte rechnen musste, wie dies die Beschwerdeführerinnen behaupten. Jedenfalls haben sich die Verhältnisse seit Erlass der vorsorglichen Massnahmen am 24. März 2010 insoweit geändert, als dass mittlerweile bekannt ist, dass die Beschwerdeführerinnen als Bietergemeinschaft eine Offerte eingereicht haben und sich damit am strittigen Beschaffungsverfahren als Anbieterinnen beteiligen. Damit können die getroffenen Massnahmen abgeändert werden. Inwieweit dies angezeigt erscheint, wird im Folgenden zu prüfen sein.

### **3.**

**3.1** Die Vergabestelle führt in erster Linie prozessökonomische Überlegungen an, welche eine Anpassung der vorsorglichen Anordnungen geböten. Es sei sinnvoll, die Eignung der Beschwerdeführerinnen aufgrund der definitiv feststehenden Eignungskriterien – das heisst mit Ausnahme des mit Verfügung vom 24. März 2010 auf die Beschwerdeführerinnen einstweilen für nicht anwendbar erklärten EK 2.3 – rasch und wie vorgesehen zu prüfen und damit nicht bis zum Ende des Beschwerdeverfahrens zu warten (Eingabe vom 13. April 2010, S. 4).

**3.2** Die Beschwerdeführerinnen bringen diesbezüglich vor, ein Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren müsse nicht das Ende des Beschwerdeverfahrens bedeuten. Sollten die Beschwerdeführerinnen bereits während laufendem Beschwerdeverfahren vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, sähen sie sich

allenfalls gezwungen, die Verfügung mit Beschwerde anzufechten und das Beschwerdeverfahren so weiter auszudehnen (Eingabe vom 14. April 2010, S. 5).

**3.3** Bei einem rechtskräftigen Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerinnen mangels Eignung könnten jedenfalls die vorsorglichen Massnahmen aufgehoben werden und damit das Vergabeverfahren seinen ordentlichen Fortgang nehmen. Auch unter der Annahme, dass die Beschwerdeführerinnen einen allfälligen Ausschluss anfechten würden, würden wiederum für den Fall, dass sich die entsprechende Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweisen sollte, möglicherweise vorsorgliche Massnahmen im seitens der Beschwerdeführerinnen erwogenen zweiten Verfahren abgelehnt, was zugleich im vorliegenden Verfahren mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zur Aufhebung sämtlicher getroffenen vorsorglichen Anordnungen führen würde. Damit muss die Vergabestelle – soweit dies lediglich mit Blick auf die Prozessökonomie zu beurteilen ist – zumindest die Möglichkeit haben, diese Lösung ins Auge zu fassen, wenn sie diese aufgrund der Sachlage für aussichtsreich hält. Dies gilt jedenfalls, soweit nicht andere Interessen entgegenstehen, was die Beschwerdeführerinnen denn auch geltend machen.

### **3.4**

**3.4.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, sie hätten bereits bei der Beurteilung der Eignungskriterien während laufendem Beschwerdeverfahren aufgrund des seitens des Gerichts erzwungenen "vorläufigen Einbezugs" schlechtere Chancen, zumal die angefochtene Ausschreibung nicht auf die Zulassung von Bietergemeinschaften beziehungsweise auf den Beizug von Subunternehmungen ausgerichtet sei (Eingabe vom 14. April 2010, S. 3).

**3.4.2** Bei der Eignungsprüfung anhand der im vorliegenden Fall gewählten und seitens des Gerichts prima facie nicht beanstandeten Kriterien ergeben sich – ebenfalls prima facie – wenige Beurteilungsspielräume durch unpräzise formulierte Anforderungen. Soweit die Beschwerdeführerinnen namentlich das Kriterium des Qualitätsmanagements als "schwammig" bezeichnen, ist dem entgegenzuhalten, dass mit der Vorgabe "z.B. gemäss ISO-Standard oder einem ähnlichen Standard" klare Anforderungen gestellt wurden, deren Einhaltung durch die Vergabestelle und – im Beschwerdefall – durch das Gericht problemlos geprüft werden kann (vgl. dazu die Zwischenverfügung im

vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 E. 4.6, und zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 155 f. mit Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts Graubünden U 06 86 vom 5. Oktober 2006 E. 3). Demnach genügen die seitens der Beschwerdeführerinnen geäusserten Bedenken nicht, um mit Blick auf eine allfällige Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Eignungsprüfung das Verfahren vollständig zu blockieren.

### 3.5

**3.5.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, ein Nachteil einer vorzeitigen Öffnung der Offerten bestünde darin, dass die Vergabestelle Erkenntnisse aus den Angeboten in die Beschwerdeantwort einfließen lassen könnte. Der Vergabestelle würde damit ein Wissensstand zugestanden, welcher ihr im Beschwerdeverfahren einen unzulässigen Wissensvorsprung gegenüber den Beschwerdeführerinnen verschaffen würde (Eingabe vom 14. April 2010, S. 3).

**3.5.2** Der seitens der Beschwerdeführerinnen beanstandete Wissensvorsprung der Vergabestelle ist dem Vergabeverfahren inhärent, zumal nicht nur während des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 26 Abs. 2 BöB), sondern auch vor Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kein Anspruch der Beschwerdeführer auf Einsicht in die Konkurrenzofferten besteht (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-3604/2007 vom 16. November 2007 E. 2.1 mit Hinweisen). Es gibt namentlich keinen Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf in diesem Sinne "unverfälschte" Erstattung der Beschwerdeantwort, wie diese geltend machen. Dies scheint auch im Ergebnis insoweit unproblematisch, als dass das Gericht den Sachverhalt ohnehin von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 12 VwVG). Zudem haben die Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 31 VwVG Anspruch darauf, zu neuen rechtserheblichen Vorbringen der Vergabestelle Stellung zu nehmen, bevor das Gericht einen Entscheid in der Sache fällt.

Mit Blick auf das soeben Gesagte ist im vorliegenden Verfahren zwar tatsächlich davon auszugehen, dass die Vergabestelle aus den Offerten Erkenntnisse namentlich über die Wettbewerbssituation gewinnen kann (vgl. E. 5 des Zwischenentscheides im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 mit Hinweis auf den Zwischenentscheid des

Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.2), welche für den Entscheid in der Sache von Bedeutung sein können. Dass solche Argumente möglichst frühzeitig ins Verfahren eingebracht werden können, ist aber aus prozessökonomischen Überlegungen zu begrüssen. Damit ist nicht näher darauf einzugehen, ob sich solche Erkenntnisse allenfalls auch zugunsten der Beschwerdeführerinnen auswirken können, namentlich wenn sich zeigen sollte, dass entgegen der Annahme im Zwischenentscheid vom 24. März 2010 (E. 5) nur derart wenige Offerten von geeigneten Anbietern eingegangen sind, dass nicht von einem funktionierenden Wettbewerb ausgegangen werden könnte. Das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich damit als nicht stichhaltig.

#### 4.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 24. März 2010 angezeigt erscheint. Indessen bleibt zu prüfen, ob der Vergabestelle nicht nur die Eignungsprüfung, sondern auch die Evaluation der Offerten zu erlauben ist, wie diese beantragt. Die Beschwerdeführerinnen machen dazu geltend, es sei für Sie von Nachteil, wenn mit den anderen Anbietern bereits Verhandlungen geführt werden könnten, wogegen Verhandlungen zwischen ihnen und der Vergabestelle aufgrund der provisorischen Natur ihrer Teilnahme nicht zielführend und unzweckmässig seien (Eingabe vom 14. April 2010, S. 3). Diesen Bedenken kann namentlich darum Rechnung getragen werden, weil die Vergabestelle nach abgeschlossener Eignungsprüfung frei ist, aufgrund der sich dann ergebenden Ausgangslage neue Anträge zu stellen. Der Vergabestelle ist demnach zwar im Sinne des ihrerseits gestellten Eventualantrags zu erlauben, 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 EK 2.3 einstweilen für die Beschwerdeführerinnen nicht gelten. Die materielle Evaluation der Offerten sowie das Führen von Verhandlungen mit den Anbietern ist der Vergabestelle demgegenüber einstweilen zu untersagen.

#### 5.

Ob die strittige Beschaffung besonders dringlich ist, wie dies die Vergabestelle behauptet, und ob eine allenfalls bestehende Dringlichkeit selbstverschuldet wäre, wovon die Beschwerdeführerinnen ausgehen (Eingabe vom 14. April 2010, S. 4), kann aufgrund der Aufhebung des

Offertöffnungsverbots im Sinne der in E. 4 hiervoor dargestellten Anordnungen einstweilen offen bleiben.

**6.**

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

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Zustellung der Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 14. April 2010 an die Vergabestelle zur Kenntnis.

### **2.**

#### **2.1**

In Abänderung der Ziff. 1.3 des Dispositives der Zwischenverfügung vom 24. März 2010 wird der Vergabestelle 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 EK 2.3 einstweilen für die Beschwerdeführerinnen nicht gelten. Es wird der Vergabestelle einstweilen untersagt, Verhandlungen mit Anbietern zu führen und die Offerten materiell zu evaluieren.

#### **2.2**

Soweit weitergehend wird der Antrag der Vergabestelle auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen abgewiesen.

### **3.**

Über die Kosten dieser Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden.

### **4.**

Diese Zwischenverfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Einschreiben, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Ref-Nr. 432723; Einschreiben, vorab per Fax; mit Beilage gemäss Ziff. 1 hiervor)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Einzelrichter:

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 Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.