



Abteilung II
B-3875/2016

Urteil vom 12. Oktober 2016

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,
KBB / Rechtsdienst, Fellerstrasse 21, 3003 Bern,
vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Stefan Scherler
und/oder lic. iur. Patrick Schütz,
Marktgasse 1, 8401 Winterthur,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen, Projekt "(b16004)
Umnutzung Archive im Bundesarchiv,
Archivstrasse 24 Bern",
SIMAP-Meldungsnummer 917569,
SIMAP-Projekt-ID 136318.

Sachverhalt:**A.**

Am 12. Februar 2016 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP das Projekt „(b16004) Für die Umnutzung der Archive in neue Arbeitsplätze und Nebenräume im Bundesarchiv an der Archivstrasse 24 in Bern wird ein Generalplanerteam gesucht“ (vgl. Ziffer 2.2 der Ausschreibung) im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 901701; Projekt-ID 136318). Gemäss der Ausschreibung war das Gebäude an der Archivstrasse 24 im Jahr 1899 als Bundesarchiv errichtet worden und befindet sich im Besitz des Bundes. Die oberirdischen Archive werden heute nur noch teilweise als Archivräume benutzt. Daher soll ein Flügel in Arbeitsplätze umgenutzt werden. Es müssen auch die notwendigen Nebenräume erstellt werden, wie z.B. WC-Anlage, Druckerraum, Sitzungszimmer. Der Umbau muss unter Betrieb erfolgen. Für die Umnutzung liegt eine Machbarkeitsstudie vom 7. August 2014 vor. Mittels eines Vorprojekts sollen die Machbarkeit vertieft abgeklärt, die maximal möglichen Arbeitsplätze aufgezeigt und die Kosten ermittelt werden. Dabei muss ein besonderes Augenmerk auf die Arbeitsplatzanforderungen SECO, Brandschutz, Statik, Belüftung und Heizung gelegt werden. Nach Vorliegen des Vorprojekts wird aufgrund der Wirtschaftlichkeit und Finanzierbarkeit über die Fortführung des Projektes entschieden. Die Generalplanerleistungen umfassen die Teilleistungen gemäss LM SIA 112, Phasen 31, 32, 33, 41, 51, 52 und 53 sowie die Fachgebiete BKP 291 Architekt (Federführung mit Generalplanerfunktion), BKP 293 Elektroingenieur mit Beleuchtungsplanung, BKP 294 HLKK Ingenieur, BKP 295 Sanitäringenieur und BKP 298 Gebäudeautomationsingenieur (MSRL) (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung).

Die Angebote waren bis zum 29. März 2016 einzureichen (vgl. Ziffer 1.4 der Ausschreibung).

B.

In der Folge gingen bei der Vergabestelle 18 Angebote ein, darunter dasjenige der X. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

C.

Am 1. Juni 2016 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 917569), dass sie den Zuschlag am 30. Mai 2016 an die Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt habe. Gleichentags teilte die Vergabestelle dies der Beschwerdeführerin auch per E-Mail mit.

D.

Mit E-Mail vom 7. Juni 2016 gab die Vergabestelle der Beschwerdeführerin auf Anfrage bekannt, dass sie eine Gesamtpunktzahl von 367 Punkten erreicht habe und auf dem 3. Platz liege, und teilte ihr die bei den Zuschlagskriterien Z1-Z4 erteilten Noten und Punktzahlen mit. Als wesentlichen Grund für die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin gab die Vergabestelle an, die angegebenen Referenzen der Schlüsselpersonen seien kaum mit der gestellten Aufgabe vergleichbar. Anlässlich eines telefonischen Debriefings mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin erläuterte die Vergabestelle die Bewertung weiter.

E.

Gegen den Zuschlag vom 1. Juni 2016 erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 21. Juni 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt namentlich, es sei die Zuschlagsverfügung vom 1. Juni 2016 aufzuheben und der Zuschlag sei ihr selbst zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei dies in einem ersten Schritt superprovisorisch zu geschehen habe, und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin aus, die von ihr beim Eignungskriterium E1 (Technische Leistungsfähigkeit, E1.1 Referenz des Architekten) und beim Zuschlagskriterium Z1 (Qualifikation Schlüsselpersonen des Architekten, Referenzen der Schlüsselpersonen) angegebenen Referenzprojekte seien mit dem Projekt in der vorliegenden Ausschreibung vergleichbar. Die Vergabestelle habe den ihr zustehenden Ermessensspielraum überschritten und willkürlich gehandelt, als sie die Referenzen der angegebenen Schlüsselpersonen mit der Note 1.67 bewertet habe; gerechtfertigt wäre mindestens die Note 3.0 gewesen. Dies umso mehr, als die gleichen Referenzen schon bei der Prüfung der Eignung berücksichtigt und offensichtlich als genügend bewertet worden seien. Im Weiteren müsse das Zuschlagskriterium Z2 (Qualität der Auftragsanalyse) bei richtiger Bewertung mit der Note 4.5 statt mit der Note 4.0 bewertet werden. Bei korrekter Bewertung müsste ihr Angebot deswegen zusätzlich 40 Punkte beim Zuschlagskriterium Z1 und 15 Punkte beim Zuschlagskriterium Z2 erhalten. Damit würde das Total ihrer Punktzahl das Total der Punktzahlen der erst- und zweitrangierten Anbieterinnen von 377 bzw. 373 Punkten übersteigen.

Die Beschwerdeführerin bemängelt überdies, es sei methodisch unzulässig, weil nicht so angekündigt, dass die Benotung der Beschwerdeführerin aufgrund eines Quervergleichs mit dem Angebot der Zuschlagsempfängerin erfolgt sei. Damit verlasse die Vergabestelle die Ausschreibungsgrundlage und verletze den Transparenzgrundsatz.

Im Ergebnis sei die Beschwerde nicht als aussichtslos zu qualifizieren. Eine besondere Dringlichkeit der Angelegenheit lasse sich nicht ausmachen, weshalb das Interesse der Beschwerdeführerin am Primärrechtsschutz höher zu gewichten sei als dasjenige der Vergabestelle.

F.

Mit Verfügung vom 22. Juni 2016 untersagte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle, bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

G.

Die Zuschlagsempfängerin teilt mit Eingabe vom 4. Juli 2016 mit, dass sie nicht als Beschwerdegegnerin am Verfahren teilnehmen wolle.

H.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Vernehmlassung vom 5. Juli 2016. Sie beantragt, das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen und es sei die Beschwerde ohne weiteren Schriftenwechsel abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Eventualiter, im Fall des Eintretens auf die Beschwerde, sei das Begehren um Akteneinsicht gutzuheissen, soweit keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen Dritter entgegenstünden.

Insgesamt hätten 18 Anbieterinnen Angebote eingereicht, von welchen 17 die Eignungskriterien erfüllt hätten. Die Beschwerdeführerin sei bezüglich der Erfüllung des Eignungskriteriums E.1.1 (Technische Leistungsfähigkeit, Referenz des Architekten) lediglich mit Vorbehalt zugelassen worden. Die von ihr vorgelegten Referenzen seien weder unter dem Aspekt „Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes“ noch unter dem Aspekt „Bauen unter Betrieb“ ausreichend. Die Beschwerdeführerin erfülle daher das Eignungskriterium der technischen Leistungsfähigkeit, Referenz des Architekten (E.1.1) nicht und sei daher vom Verfahren auszuschliessen.

Die Vergabestelle bestreitet, bei der Bewertung der Zuschlagskriterien unzulässige Quervergleiche vorgenommen zu haben. Sie habe zur Beurteilung sowohl auf die bekannt gegebenen Kriterien (absolut) als auch subsidiär auf einen Quervergleich (relativ) abgestützt, was nicht zu beanstanden sei.

Die vorliegende Beschwerde sei offensichtlich unbegründet, da es der Beschwerdeführerin nicht gelinge, die Zuschlagsempfängerin zu überholen. Eine Interessenabwägung erübrige sich daher.

I.

Mit Replik vom 19. Juli 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie sei für die vorgesehene Aufgabe geeignet und ihre Offerte würde, sofern rechtskonform bewertet, zu einer höheren Punktezahl führen als die Zuschlagsempfängerin und/oder Zweitplatzierte erhalten hätten. Die Beschwerdeführerin beantrage, dass ihr über die bisher zugänglichen Akten hinaus Akteneinsicht gewährt werde, soweit nicht mit Sicherheit gesetzliche Gründe dagegen sprechen würden.

J.

Die Vergabestelle reicht mit Eingabe vom 3. August 2016 eine Duplik ein und erneuert darin ihre Anträge.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m.H.).

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

Das BöB erfasst 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, m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auf-

traggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

Die Vergabestelle ist Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 12. Februar 2016 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. 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. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. Massgebend sind insoweit die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC; BVGE 2011/17 E. 5.2.1 f.).

Gemäss der Ausschreibung beinhaltet der Beschaffungsgegenstand die Generalplanerleistungen für die Umnutzung eines Flügels des Bundesarchivs in Arbeitsplätze und die Erstellung von Nebenräumen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.5). In der Ausschreibung wies die Vergabestelle die Beschaffung der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorie 71000000 „Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen“ zu (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Die Angabe "CPV: 71000000 „Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen“ entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der CPC-Referenznummer 867 (Architektur; technische Beratung und Planung und integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung, vgl. Ziffer 2.1 der Ausschreibung), welche unter anderem im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Der Beschaffungsgegenstand fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei Fr. 510'038.– (ohne MWSt.) und übersteigt damit zweifelsfrei den für Dienstleistungsaufträge geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V. mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor.

Die vorliegend angefochtene Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (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 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde nicht ihr erteilt – besonders berührt (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

Diese formelle Beschwerde und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG): Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann.

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, sofern die Beschwerde gutgeheissen und der Zuschlag aufgehoben würde, die Wirkung dieses Ent-

scheidet nicht auf die Anfechtenden beschränkt wäre. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz platziert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten zum Zuge kämen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

Die Frage, ob der unterlegene, beschwerdeführende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären, oder aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m.H.).

Im vorliegenden Fall vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, dass ihre Eignung nachgewiesen sei, und rügt, sie hätte korrekterweise beim Zuschlagskriterium Z1 (Qualifikation Schlüsselpersonen) und beim Zuschlagskriterium Z2 (Qualität der Auftragsanalyse) höhere Noten und damit insgesamt 55 Punkte mehr erhalten müssen.

Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt, so würde ihre Offerte nicht ausgeschlossen und mit einer Punktzahl von 422 Punkten die vor ihr platzierten Offerten überholen. Damit hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, selbst den Zuschlag zu erhalten.

Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig

ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall erfüllt.

2.

In ihrer E-Mail vom 7. Juni 2016 an die Beschwerdeführerin begründete die Vergabestelle den angefochtenen Zuschlag an eine Konkurrentin damit, dass die Offerte der Beschwerdeführerin eine Gesamtpunktzahl von 367 Punkten erreicht habe und damit lediglich auf dem 3. Platz liege. Der wesentliche Grund dafür sei, dass die angegebenen Referenzen der Schlüsselpersonen kaum mit der gestellten Aufgabe vergleichbar seien. In ihrer Vernehmlassung vom 5. Juli 2016 macht sie nun geltend, anlässlich der Evaluation sei die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Eignungskriterium E.1.1 (Technische Leistungsfähigkeit, Referenz des Architekten) lediglich mit Vorbehalt zugelassen worden. Die von ihr vorgelegten Referenzen seien weder unter dem Aspekt „Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes“ noch unter dem Aspekt „Bauen unter Betrieb“ ausreichend. Die Beschwerdeführerin erfülle dieses Eignungskriterium nicht und sei daher vom Verfahren auszuschliessen.

Die Beschwerdeführerin rügt, mit diesem Vorgehen bzw. mit dieser Argumentation verstosse die Vergabestelle gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens. Anlässlich der Evaluation sei sie von der Vergabestelle – wenn auch mit Vorbehalt – als geeignet qualifiziert worden. Hätte sie die Eignungskriterien nicht erfüllt, dann hätte sie von der Vergabestelle aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Eine solche Ausschlussverfügung sei aber nie ergangen. Die Vergabestelle habe sie weder mit E-Mail vom 1. Juni 2016 noch mit E-Mail vom 7. Juni 2016 über ihre Nichteignung informiert. Dadurch habe die Vergabestelle offensichtlich zum Ausdruck gebracht, dass die Frage der Eignung kein wesentlicher Grund für die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin gewesen sei. Erst anlässlich der telefonischen Besprechung vom 17. Juni 2016 habe die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass die Eignung der Beschwerdeführerin „möglicherweise“ nicht gegeben sei. Die Vergabestelle habe sich damit widersprüchlich und treuwidrig verhalten. Es sei auch zu vermuten, dass die Vergabestelle völlig überspitzte Eignungs-Anforderungen erst mit Blick auf das vorliegende Beschwerdeverfahren formuliert und ausschliesslich bei der Beschwerdeführerin zur Anwendung gebracht habe.

Damit habe sie das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Auch wenn die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 5. Juli 2016 nun definitiv die Nichteignung der Beschwerdeführerin behauptete, stelle sie keinen entsprechenden Antrag. Aufgrund des Devolutiveffekts wäre aber das Bundesverwaltungsgericht zu einem solchen Entscheid zuständig, nicht die Vergabestelle.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, sie habe die Referenzen des Architekten der Beschwerdeführerin – im Gegensatz zur technischen Eignung sämtlicher 17 Mitbewerberinnen – von Anfang an als kritisch beurteilt und einen Vorbehalt angebracht. Die Eignung der Beschwerdeführerin sei zu keinem Zeitpunkt bejaht worden. Der Ausschluss wegen Nichterfüllung eines Eignungskriteriums sei nach ihrer Praxis „ultima ratio“. Sie habe in Nachachtung dieser Praxis alle Offerten bezüglich der Zuschlagskriterien beurteilt. Bei der Beschwerdeführerin hätten bezüglich der Referenzen grosse Abzüge bzw. tiefe Noten resultiert. Ein formeller Ausschluss bei fehlender Eignung während des Verfahrens sei nicht zwingend. Zulässig sei auch, einem Anbieter erstmals im Verlauf eines Beschwerdeverfahrens aufgrund einer nachträglichen vertieften Beurteilung der Eignungsnachweise die Eignung abzusprechen. Unzutreffend sei, dass sie sich treuwidrig oder widersprüchlich verhalten habe, denn sie habe sich zu keinem Zeitpunkt vorbehaltlos dahin gehend geäußert, dass die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfülle.

2.1 Aktenmässig erstellt ist, dass die Vergabestelle im Rahmen der Evaluation bei der Frage der Eignung der Beschwerdeführerin in ihrem internen Evaluationsbericht einen „Vorbehalt“ angebracht hatte (vgl. Prüfbericht Beschaffung von Planerleistungen vom 23. Mai 2016; Blatt „Eignungsprüfung“).

Unbestritten ist ferner, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin erstmals anlässlich des telefonischen Debriefings vom 17. Juni 2106 über diesen Vorbehalt informierte. Das durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin verfasste Protokoll dieses Gesprächs enthält diesbezüglich folgende Passage:

„(Frage des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin:) Wie erklärt sich, dass meine Klientin auf der Grundlage der betreffend Eignung abgegebenen Referenzen offenbar als geeignet qualifiziert wurde, bei der Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien aber eine Benotung von 1.67 erfolgte, d.h. das Zuschlagskriterium „Qualifikation der Schlüsselpersonen des Architekten“ als sehr schlecht bis ungenügend erfüllt qualifiziert wurde?

Antwort: Wir sind beim Bewerten liberal. Es ist so, dass wir eher mal jemanden mitnehmen. Haben unter Vorbehalt von Ausschluss weiterbewertet.“

2.2 Die Auftraggeberin kann einen Anbieter, der die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt, vom Verfahren ausschliessen (vgl. Art. 11 Bst. a BöB i.V.m. Art. 9 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580). Der Ausschluss kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submitenten erfolgen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 450).

Eine Pflicht dazu, sämtliche Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, in jedem Fall formell vom Verfahren auszuschliessen, auch wenn die Frage insofern in Bezug auf den Zuschlag nicht relevant ist, weil ein anderer Anbieter, der seinerseits die Eignungskriterien erfüllt, das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat, ergibt sich weder direkt noch indirekt aus dem Gesetz, noch wird eine derartige Pflicht in Lehre oder Rechtsprechung propagiert.

2.3 In einem Entscheid aus dem Jahr 2003 erachtete es die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) als zulässig, dass die Vergabebehörde den beim Zuschlag unterlegenen Beschwerdeführerinnen erstmals im Verlauf des Beschwerdeverfahrens (konkret erst in der Duplik) aufgrund einer nachträglichen vertieften Beurteilung der Eignungsnachweise die Eignung absprach. Entscheidend sei allerdings, dass diese nachträgliche Eignungsprüfung in Bezug auf die darin involvierten Anbietenden nach gleichen Gesichtspunkten und nach gleichen Massstäben erfolge (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 568; Entscheid der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004 E. 2c und d/aa).

Dieser Entscheid der BRK wurde in der Lehre dahingehend kritisiert, dass es einem Bieter, der nicht geeignet sei, nichts bringe, mit der Vergabestelle Verhandlungen zu führen und dahingehenden Aufwand zu betreiben. Er sei daran interessiert, im Fall seiner Nichteignung möglichst früh hierüber informiert und jedenfalls nicht auch noch zu (zwecklosen) Verhandlungen eingeladen zu werden (vgl. MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 211).

Wie es sich damit verhält, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da die Vergabestelle den Anbietern in der Zeit zwischen der Of-

fer teingabe und dem Zuschlag unbestrittenermassen keinen weiteren Aufwand verursacht hat.

2.4 Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle völlig überspitzte Eignungsanforderungen erst mit Blick auf das vorliegende Beschwerdeverfahren formuliert habe oder die Eignung der übrigen Anbieter, insbesondere der Zuschlagsempfängerin, nach weniger strengen Kriterien beurteilt hätte, wie die Beschwerdeführerin behauptet, sind nicht ersichtlich. Vielmehr ist die Darstellung der internen Entscheidabläufe durch die Vergabestelle in sich schlüssig und wird durch den Vorbehaltsvermerk im Evaluationsbericht bestätigt.

2.5 Vorliegend erkannte die Vergabestelle bei der Evaluation, dass ihrer Auffassung nach die Eignung der Beschwerdeführerin möglicherweise nicht gegeben war. Sie behielt sich den Entscheid über diese Frage aber vor bis nach der Beurteilung der Zuschlagskriterien, aufgrund derer sich herausstellte, ob die Offerte der Beschwerdeführerin als die wirtschaftlich günstigste erschien oder nicht. In der Folge liess sie, nachdem sie zum Schluss gekommen war, dass die Offerte der Beschwerdeführerin ohnehin nicht die wirtschaftlich günstigste sei, die vorbehaltene Eignungsfrage vorerst weiter offen und erteilte den Zuschlag dem ihrer Meinung nach wirtschaftlich günstigsten Angebot. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

2.6 Ob die Vergabestelle allenfalls dadurch, dass sie der Beschwerdeführerin nicht bereits in den ersten E-Mails klar mitgeteilt hat, dass ihre Offerte wegen fehlender Eignung auszuschliessen sei, gegen Treu und Glauben oder gegen ihre Begründungspflicht verstossen hat, kann offen gelassen werden, denn es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein allfälliger diesbezüglicher Fehler der Vergabestelle einer Berufung auf eine allfällige Nichterfüllung der Eignungskriterien durch die Beschwerdeführerin entgegenstehen sollte.

2.7 Nicht stichhaltig ist ferner das Argument der Beschwerdeführerin, die erst in der Vernehmlassung vorgebrachte Argumentation der fehlenden Eignung der Beschwerdeführerin sei darum nicht zu hören, weil wegen des Devolutiveffekts nur die Rechtsmittelinstanz zu einem derartigen Entscheid zuständig sei und die Vergabestelle keinen diesbezüglichen Antrag gestellt habe.

Der Devolutiveffekt bewirkt, dass die Behandlung der Sache, die Gegenstand einer mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz übergeht (vgl. Art. 54 VwVG). Die Vorinstanz verliert dadurch die Befugnis, sich mit der Sache zu befassen, insbesondere die Befugnis, darüber materiell zu entscheiden und den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären. (vgl. HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 54 N. 3 ff. S. 1114). Vorbehalten ist einzig die Möglichkeit, die angefochtene Verfügung zu Gunsten des Beschwerdeführers in Wiedererwägung zu ziehen (vgl. Art. 58 Abs. 1 VwVG; SEILER, a.a.o., Art. 54 N. 30; Urteil des BVGer B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 4.2).

Anfechtungs- und Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren ist der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin und die darin implizit mitverfügte Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin. Ob diese Nichtberücksichtigung darauf zurückzuführen ist, dass die Zuschlagsempfängerin das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht hat, oder darauf, dass das Angebot der Beschwerdeführerin wegen fehlender Eignung der Beschwerdeführerin auszuschliessen ist, stellt demgegenüber eine reine Begründungsfrage dar.

Mit der Argumentation in der Vernehmlassung vom 5. Juli 2016, wonach die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium der technischen Leistungsfähigkeit, Referenz der Architekten (E1.1) nicht erfülle, und vom Verfahren auszuschliessen sei, hält die Vergabestelle zwar erstmals ausdrücklich fest, dass sie die Beschwerdeführerin für nicht geeignet halte. Die Feststellung beinhaltet aber keinen Entscheid über eine Sache, über die die Vergabestelle mit der Zuschlagsverfügung vom 1. Juni 2016 nicht bereits entschieden hätte.

Das diesbezügliche Vorbringen der Beschwerdeführerin erweist sich somit als nicht begründet.

2.8 Als Zwischenergebnis ist somit festzustellen, dass es der Vergabestelle unbenommen ist, geltend zu machen, die Beschwerdeführerin erfülle das Eignungskriterium E1.1 nicht, weshalb ihre Offerte auszuschliessen sei. In der Folge ist daher materiell zu prüfen, wie es sich diesbezüglich verhält.

3.

Die Vergabestelle macht geltend, die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Referenzen seien weder unter dem Aspekt „Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes“ noch unter dem Aspekt „Bauen unter Betrieb“ ausreichend. Die Beschwerdeführerin erfülle daher das Eignungskriterium E1.1 nicht und sei vom Verfahren auszuschliessen.

3.1 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 (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren.

Art. 9 Abs. 1 BöB lautet:

"Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf."

Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. VöB, Anhang 3 Ziff. 8).

Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

3.2 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über

einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1).

Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der BRK 2004-003 und CRM 2004-004 vom 22. März 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 442). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

3.3 Im vorliegenden Fall musste gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung und Ziffer 2.1 der Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren für Planerleistungen für das Eignungskriterium 1 "technische Leistungsfähigkeit" unter anderem der folgende Nachweis erbracht werden:

"- E1.1 Referenz des Architekten über die Ausführung von 1 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren realisierten Projekts (insbesondere bezüglich Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes, Auftragsvolumen und Bauen unter Betrieb) in den letzten ca. 8 Jahren. (...)"

Im Kontext der Fragebeantwortung auf dem SIMAP-Frageforum änderte die Vergabestelle diese Anforderung wie folgt:

„Abweichend zu den Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren, 2.1 Eignungskriterien, dürfen 2 Referenzen (Formular 3) abgegeben werden. Wichtig ist, dass sowohl der Nachweis für einen Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes als auch für Bauen unter Betrieb für eine ähnliches Auftragsvolumen erbracht wird.“

3.4 In der Folge reichte die Beschwerdeführerin als Teilreferenz „Umbau eines denkmalgeschützten Gebäudes“ das Projekt 1 „Villa A._____“ ein.

3.4.1 Bei diesem Referenzobjekt „Villa A._____“ handelt es sich gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerin um die Instandsetzung einer im Jahr 1905 errichteten und unter Denkmalschutz stehenden Villa. Die Leistungen der Beschwerdeführerin an diesem Eigenobjekt betrafen die SIA Phasen 31-53 und die Auftragssumme belief sich auf Fr. 305'000.–. Die instandgesetzte Villa war in ihrem originalen Bestand beinahe vollkommen erhalten (Raumstruktur, Fenster und Vorfenster, äussere Abschlüsse, gesamtes Holzwerk, alle Bodenbeläge). Die reversiblen Einbauten wurden zurückgebaut und die Oberflächen originalgetreu instand gestellt. Beim Dach erfolgten der Einbau eines Unterdachs auf bestehende Sparren und der Ersatz der Ziegeleindeckung. Die Arbeiten beinhalteten auch die Ausbesserung des Verputzes, den Farbstrich, die Reinigung und Ausbesserungen von Fassadeneinschlüssen und Sandsteingewänden, die lokale Reparatur und Ausbesserung der Fenster, Roll- und Drehläden sowie den lokalen Ersatz schadhafter Teile des in Originalsubstanz erhaltenen Holzwerks bzw. von Metallbauteilen (vgl. Offerte der Beschwerdeführerin, Formular 3.1 und Dokumentation A4-Seite).

3.4.2 Die Vergabestelle bestreitet nicht, dass es sich beim Referenzobjekt 1 um ein denkmalgeschütztes Gebäude handelt. Sie wendet aber ein, das Projekt „Villa A._____“ sei unter dem Aspekt „Umbau“ nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar. Die beim Projekt „Villa A._____“ aufgeführten Arbeiten entsprächen allesamt dem Wesen einer Instandstellung und wiesen keine Merkmale eines Umbaus, einer Änderung der Nutzung, der Raumaufteilung oder Raumausstattung auf. Bei einem Umbau gehe es um einen wesentlich tiefgreifenderen Eingriff in die Gebäudesubstanz als bei einer Instandstellung, gegebenenfalls mit einer

Anpassung oder Änderung der Nutzung. Das zu vergebende Projekt betreffe einen solchen Umbau mit einer Änderung der Nutzung (Umwandlung der Hauptmagazine in Büroarbeitsplätze). Insbesondere die Umnutzung von Archivräumen in Arbeitsplätze und der Einbau von WC, Druckerraum und Sitzungszimmer erforderten tiefgreifende bauliche Eingriffe. Für die Vergleichbarkeit sei nicht allein die Komplexität, sondern insbesondere auch die Eigenschaft des Bauobjekts als Verwaltungsgebäude und die damit zusammenhängenden Nutzerbedürfnisse entscheidend. Der in Frage stehende Umbau des Bundesarchivs sei zwar weniger komplex als andere Verwaltungsgebäude; im Vergleich zu einem Eigenobjekt wie der „Villa A. _____“ aber komplexer. Auch sei beim Umbau des Bundesarchivs von anderen Rahmenbedingungen auszugehen, dies unter anderem mit Bezug auf die unterschiedlichen Nutzerbedürfnisse inkl. Sicherheitsvorgaben des Bundessicherheitsdienstes, die Einbindung in das Informatiknetz des Bundes, Vorgaben des SECO und die Hindernisfreiheit. Im Ergebnis seien die ausgeschriebene Aufgabe und das Referenzobjekt „Villa A. _____“ nicht vergleichbar.

3.4.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet dies und legt dar, bei der in Frage stehenden Umnutzung eines Flügels des Gebäudes des Bundesarchivs gehe es nicht um den Umbau eines ganzen Gebäudes. Die Anforderungen an die Eignung seien vor diesem Hintergrund zu beurteilen. Die Vergabestelle verwende in der Ausschreibung den Begriff „Umbau“ nur einmal (Ziffer 2.5), in der Machbarkeitsstudie nur zweimal (Ziffer 6.2 und Kapitel 2, Seite 3) und in den Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren für Planerleistungen überhaupt nicht. Auch im Planervertrag und im Angebotsformular sei von Umbau nicht die Rede. Ferner handle es sich gemäss der Vergabestelle nicht um ein Bauwerk mit hohem Komplexitätsgrad und es bestehe kein Betriebs- und Nutzungskonzept. Die nicht komplexe Aufgabe habe in der „Umnutzung“ eines Flügels des Bundesarchivs (zwei Stöcke) in Arbeitsplätze und der Erstellung von Nebenräumen bestanden. Der nirgends definierte „Umbau“ könne nur von untergeordneter Bedeutung sein und im Wesentlichen die Nebenräume betreffen. Die bauliche Eingriffstiefe sei jedenfalls viel geringer als bei einem Umbau. Die Beschwerdeführerin habe beim Projekt „Villa A. _____“ die reversiblen Einbauten zurückgebaut, ein Unterdach eingebaut und die Ziegeleindeckung ersetzt. Auch habe sie spätere, das heisst nach der Erstellung der Villa erfolgte Einbauten entfernt und die Nutzungsansprüche an die ursprüngliche Grundrissorganisation angepasst. Dies seien alles Umbauarbeiten. Sie habe mit der Referenz „Villa A. _____“ das Eignungskriterium E1 (Technische Leistungsfähigkeit) übererfüllt.

3.4.4 Die Ausschreibung eines Auftrags gilt als selbstständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 Bst. b BöB). Anforderungen, die in der Ausschreibung selbst gestellt wurden, können daher in Rechtskraft erwachsen, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können. Dies gilt jedenfalls soweit, als Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-364/2014 vom 8. April 2014 E. 4.4 und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1, m.H.; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa, m.H.; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leopold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., S. 412, m.H.).

Soweit die Beschwerdeführerin die Anforderung "Umbau", welche die Vergabestelle an ein Referenzprojekt für das Eignungskriterium E.1.1 gestellt hatte, an sich in Frage stellen will, kann sie daher nicht gehört werden. Geprüft werden kann lediglich, welche Bedeutung dieser Anforderung im Kontext der Vergleichbarkeit mit dem vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand zukommt bzw. ob die diesbezügliche Auslegung der Vergabestelle rechtlich haltbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 3.10.3).

3.4.5 Vorliegend gehen die konkret mit dem ausgeschriebenen Projekt verbundenen Arbeiten aus den Detailpositionen nach Baukostenplan im Anhang zur Machbarkeitsstudie vom 7. August 2014 hervor, welche ihrerseits Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet. Gemäss den dort aufgeführten Detailpositionen fallen im Zusammenhang mit dem Projekt Umnutzung der Archivräume (abgesehen von Honorarkosten) bei den folgenden Positionen voraussichtlich Kosten an: BKP 10: Vorbereitungsarbeiten (Bestandesaufnahme und Demontagen), BKP 21: Rohbau 1 (Baumeisterarbeiten, Montagebau in Stahl), BKP 22: Rohbau 2 (Fenster, Aussentüren, Tore; Dichtungen und Dämmungen; äussere Abschlüsse, Sonnenschutz; Lamellenstoren), BKP 23: Elektroanlagen (Elektro Stark- und Schwachstrom inkl. Beleuchtung, Bauprovisorien), BKP 24: Heizungs-, Lüftungs- und Klimaanlage (Wärmeverteilung, Lüftungsanlagen), BKP 25: Sanitäreanlagen (Sanitärleitungen), BKP 27: Ausbau 1 (Gipsarbeiten, Metallbauarbeiten, Schreinerarbeiten, Verglasungen); BKP 28: Ausbau 2 (Bodenbeläge, Wandbekleidungen, Wandbeläge, Oberflächenbehandlungen, Malerarbeiten, Baureinigung); BKP 51: Bewil-

ligungen und Gebühren sowie BKP 52: Muster, Modelle, Vervielfältigungen und Dokumentation.

Die mit dem ausgeschriebenen Projekt der Umnutzung der Archive in neue Arbeitsplätze und Errichtung von Nebenräumen anstehenden Arbeiten beinhalten somit neben der eigentlichen Erstellung neuer Räume (WC-Anlage, Druckerraum, Sitzungszimmer), auch den Abbruch bestehender Einrichtungen (Regale), die Änderung der Raumaufteilung und Raumausstattung und den Einbau von Lüftungs- und Klimaanlage, von Sanitärleitungen, die Anbringung von speziellen Verglasungen, Metallbauarbeiten, das Anbringen von Lamellenstoren, die Sicherung oder den Ersatz der Glasböden und -decken, Malerarbeiten, Arbeiten betreffend die Bodenbeläge und Wandbekleidungen, Oberflächenbehandlungen sowie bauliche Massnahmen im Bereich Elektro und Informatik. Der überwiegende Teil der mit der Umnutzung der Archivräume verbundenen Arbeiten hat erhebliche Eingriffe in die Bausubstanz zur Folge. Sodann ist die Nutzungsänderung bedeutend, denn anstelle der Archivbestände sollen gemäss der Machbarkeitsstudie 52 Arbeitsplätze auf den insgesamt vier Etagen des umzunutzenden Flügels eingerichtet werden. Die Anforderung „Umbau“ hat daher im vorliegenden Kontext die Bedeutung einer erheblichen baulichen Massnahme im Zusammenhang mit einer kompletten Änderung der bisherigen Nutzung der betroffenen Räumlichkeiten.

Das von der Beschwerdeführerin angegebene Referenzprojekt „Villa A. _____“ betrifft zwar ebenfalls die Phasen 31-53 im Leistungsmodell der SIA Ordnung 112, indessen spricht die Beschwerdeführerin selbst ausdrücklich von einer Instandsetzung, bei der die in ihrem originalen Bestand beinahe vollkommen erhaltene Villa (Raumstruktur, Fenster und Vorfenster, äussere Abschlüsse, gesamtes Holzwerk, alle Bodenbeläge) originalgetreu instand gestellt worden sei. In Bezug auf das Referenzobjekt „Villa A. _____“ fand demnach unbestrittenermassen keine Änderung der Nutzung statt, vielmehr war das Ziel die Erhaltung der ursprünglichen Baute. Bauliche Eingriffe fanden zwar in einem gewissen Umfang statt, sie beschränkten sich aber auf den Rückbau reversibler Einbauten, den Einbau eines Unterdachs und die Ersetzung der Ziegeleindeckung. Insbesondere wurden weder neue Räume erstellt noch zusätzliche sanitäre Einrichtungen eingebaut.

3.4.6 Ob die Vergabestelle unter diesen Umständen die Instandstellung der „Villa A. _____“ zulässigerweise nicht als mit dem mit dem ausge-

schriebenen Projekt vergleichbaren Umbau eingestuft hat, kann indessen offen gelassen werden.

3.5 Die Beschwerdeführerin reichte zum Kriterium 3.5 „Bauen unter Betrieb für ein ähnliches Auftragsvolumen“ das Referenzprojekt 2 „(...) Ersatzneubau Verwaltungsgebäude“ ein.

3.5.1 Gemäss ihrer eigenen Darstellung in ihrer Offerte wurde bei diesem Referenzobjekt über dem erhaltenen Untergeschoss der Ersatzneubau des Verwaltungsgebäudes errichtet. Dabei handelte es sich um einen Bürobau, der unter Aufrechterhaltung des Logistik- und Infrastrukturbetriebs auf dem gesamten Areal und des Werkstattbetriebs in der direkt angrenzenden Werkstatthalle erstellt wurde. Das Objekt bildete einen Baustein einer etappierten Erneuerung.

3.5.2 Die Vergabestelle ist der Meinung, aus einer Referenz für „Bauen unter Betrieb“ müsse hervorgehen, dass während des Umbaus von Gebäudebereichen in direkt angrenzenden und anderen Bereichen *ein und desselben* Gebäudes die bisherige bzw. weiterhin vorgesehene Nutzung (d.h. der Betrieb) fortgeführt werden könne. Die Beschwerdeführerin habe mit dem Projekt „(...) Verwaltungsbau“ keine Referenz für das Bauen unter Betrieb vorgelegt. Sie habe auf einem grösseren Areal ein Gebäude abgerissen, das Untergeschoss erhalten und einen Ersatzneubau errichtet. Der Betrieb im fraglichen Gebäude habe nicht aufrecht erhalten werden können, was sich indirekt unter anderem daraus ergebe, dass bis auf das Untergeschoss ein Ersatzneubau errichtet worden sei. Es genüge nicht, dass der Betrieb in einem Nachbargebäude oder auf dem übrigen Areal aufrechterhalten bleibe. Im ausgeschriebenen Projekt wäre die Weiterführung des Betriebs nicht möglich, wenn Lärm, Verunreinigungen, Staubflug, Erschütterungen etc. so intensiv wären, dass die Arbeit in einem Verwaltungs- bzw. Archivgebäude gefährdet oder verunmöglicht würde. Auch müsse die Zugänglichkeit der während des Umbaus genutzten Bereiche gewährleistet werden. Das Referenzprojekt „(...) Verwaltungsbau“ zeige diese Aspekte nicht auf, insbesondere hätten dort eine massive Grenzmauer zwischen dem angrenzenden Werkstattgebäude und dem Verwaltungsgebäude als Barriere für Staubflug, Lärm und Erschütterungen sowie unterschiedliche Ein- und Ausgänge bestanden. Auch weise ein Werkstattgebäude nicht dieselbe Lärmempfindlichkeit auf wie ein Verwaltungs- oder Archibau. Die Beschwerdeführerin habe somit den Eignungsnachweis des Bauens unter Betrieb für ein ähnliches Auftragsvolumen nicht erbracht.

3.5.3 Die Beschwerdeführerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, auch mit Bezug auf das Erfordernis „Bauen unter Betrieb“ müsse die ausgeschriebene Aufgabe den Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Vergleichbarkeit bilden. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe nicht hervor, dass die Archivierung während allfälliger baulicher Massnahmen weiterhin aufrecht erhalten werde oder die zu erstellenden Arbeitsplätze bereits während allfälliger baulicher Massnahmen (Nebenträume) benutzt werden sollten. Auch gebe es kein Betriebs- und Nutzungskonzept. Dies deute darauf hin, dass die Vergabestelle selber nicht davon ausgehe, dass die umzunutzenden beiden Stockwerke während der Umnutzungsmassnahmen unter Betrieb gehalten werden sollten. Hingegen sollten die von der Umnutzung nicht betroffenen Gebäudeteile des Bundesarchivs – der andere Flügel und die übrigen Stockwerke – weiterhin unter Betrieb gehalten werden. Das von der Beschwerdeführerin genannte Referenzprojekt sei – abgesehen von der Auftragssumme – auch deshalb mit dem vorliegenden Beschaffungsobjekt vergleichbar, als auch neue Büros und Arbeitsplätze (Einzel- und Mehrplatzbüros sowie Multifunktionszonen) unter laufendem Betrieb geschaffen worden seien. Es habe sich um eine komplexe Erweiterung gehandelt, die unter laufendem Betrieb und ohne Ausfall von Infrastrukturen auf dem ganzen Areal stattgefunden habe. Der Betrieb sei sowohl im Untergeschoss des Ersatzneubaus als auch in den direkt angrenzenden Raumbereichen (keine Nachbargebäude, sondern ein Werkstattbau derselben Wirtschaftseinheit) als auch auf dem gesamten Areal aufrechterhalten worden. Unverständlich sei daher, dass die Vergabestelle reklamiere, es genüge nicht, dass der Betrieb in einem Nachbargebäude oder auf dem übrigen Areal aufrechterhalten bleibe.

3.5.4 Wiederum ist festzuhalten, dass, soweit die Beschwerdeführerin die Anforderung "Bauen unter Betrieb", welche die Vergabestelle an ein Referenzprojekt für das Eignungskriterium E1.1 gestellt hatte, an sich in Frage stellen will, sie nicht gehört werden kann. Geprüft werden kann lediglich, welche Bedeutung dieser Anforderung im Kontext der Vergleichbarkeit mit dem vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand zukommt bzw. ob die Auslegung der Vergabestelle rechtlich haltbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 3.10.3).

3.5.5 Aus den Ausführungen der Vergabestelle ergibt sich, dass der Ausdruck "Bauen unter Betrieb" im vorliegenden Fall den Aspekt beinhalten soll, dass der angestammte Betrieb in dem vom Bauen direkt betroffenen Gebäude selbst nicht unterbrochen werden solle. Diese Bedeutung der

Formulierung „Bauen unter Betrieb“ wird von der Vergabestelle nachvollziehbar und umfassend begründet und ist nicht zu beanstanden. Vorliegend ist unbestritten, dass es sich beim Referenzobjekt um einen Bürobau handelt, das bis auf das Untergeschoss abgerissen und dessen Erdgeschoss und Obergeschosse neu errichtet wurden. Offensichtlich konnte unter diesen Umständen kein Bürobetrieb aufrechterhalten werden. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach im Untergeschoss dieses Gebäudes der Betrieb weitergeführt worden sei, ist weder belegt, noch hat die Beschwerdeführerin auch nur substantiiert, worin denn der Betrieb im Untergeschoss des abgerissenen Bürogebäudes bestanden haben sollte. In der von ihr als Beilage zum Formular 3.2 eingereichten A4-Dokumentation wird dann auch nur die Aufrechterhaltung des Logistik- und Infrastrukturbetriebs auf dem gesamten Areal und des Werkstattbetriebs in der direkt angrenzenden Werkstatthalle hingewiesen. Eine Fortführung des Betriebs im Untergeschoss während der Errichtung des Ersatzneubaus wird dagegen nicht erwähnt.

3.5.6 Im Ergebnis ist daher die Beurteilung der Vergabestelle, wonach das Referenzobjekt „(...) Ersatzneubau Verwaltungsgebäude“ nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar sei, nachvollziehbar.

3.6 Die Beschwerdeführerin hat zu Recht nicht geltend gemacht, die Vergabestelle habe ihre Referenzprojekte in rechtsungleicher Weise strenger bewertet als diejenigen der Zuschlagsempfängerin. Auch aus den Akten ergeben sich dafür keinerlei Anhaltspunkte.

3.7 Wie dargelegt, greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt, da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565, m.H.).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwieweit die Vergabestelle mit ihrer Beurteilung, die Beschwerdeführerin habe aufgrund der von ihr genannten Referenzprojekte die technische Leistungsfähigkeit nicht ausreichend nachgewiesen, einen derartigen qualifizierten Ermessensfehler begangen hätte.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle die Eignung der Beschwerdeführerin als nicht gegeben erachtet, weshalb auch die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin nicht gegen Bundesrecht verstößt.

5.

Nach dem Gesagten ist es nicht erforderlich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen, insbesondere nicht auf ihre Rügen, ihre Offerte habe unter verschiedenen Zuschlagskriterien zu schlechte Noten erhalten.

6.

Der Beschwerdeführerin wurden mit Verfügung vom 6. Juli 2016 die teilweise abgedeckten Beilagen A zur Vernehmlassung der Vergabestelle zugestellt, darunter insbesondere der Frage-Antwort-Katalog vom 4. März 2016 und je eine teilweise abgedeckte Fassung des Offertöffnungsprotokolls vom 1. April 2016, des Prüfberichts Beschaffung für Planerleistungen vom 23. Mai 2016 und des Dokuments Zuschlagserteilung und Vergabeantrag. Mit Replik vom 19. Juli 2016 beantragt die Beschwerdeführerin, dass ihr darüber hinaus weitere Akteneinsicht gewährt werde, soweit nicht mit Sicherheit gesetzliche Gründe dagegen sprechen würden, beispielsweise sei ihr der Namen der Zweitplatzierten bekannt zu geben und die von den Konkurrenten vorgelegte Auftragsanalyse. Die Beschwerdeführerin konkretisiert aber nicht näher, inwiefern die Bekanntgabe des Namens der Zweitplatzierten relevant sein könnte.

Vorliegend lässt sich festhalten, dass der Beschwerdeführerin Einsicht in jene Akten gewährt wurde, die für die Frage der Eignung relevant erscheinen könnten, und die Einsicht unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin als zulässig erschien. Die Frage, ob der Beschwerdeführerin Einsicht in die von den anderen Anbietern vorgelegten Auftragsanalysen hätte gewährt werden müssen, hätte sich nur gestellt, wenn die Eignung der Beschwerdeführerin bejaht worden wäre und ihre Rügen betreffend die Beurteilung der Zuschlagskriterien hätten behandelt werden müssen. Im Ergebnis sind diese Akten somit nicht entscheiderelevant und es besteht kein Anspruch auf Einsicht.

7.

Insgesamt erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

9.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'000.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin Y. _____ AG (A-Post; Auszug)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 14. Oktober 2016