



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-5266/2020**  
whs/fir/plo

## **Zwischenentscheid vom 17. März 2021**

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiber Reto Finger.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**ARGE X.** \_\_\_\_\_, bestehend aus:

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,
2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

vertreten durch die Rechtsanwälte  
Mario Strebel und Fabian Koch,  
CORE Rechtsanwälte AG,  
Dufourstrasse 105, 8008 Zürich,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Ufficio federale delle strade USTRA**,  
Filiale di Bellinzona,  
Via C. Pellandini 2, 6500 Bellinzona,  
Vergabestelle,

Gegenstand

---

Öffentliches Beschaffungswesen -  
Zuschlag "NO2 Secondo tubo San Gottardo – Los 204 –  
Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" - SIMAP-  
Meldungsnummer 1157713 und 1157719  
(Projekt-ID 204934),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**

**A.**

Am 28. Mai 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) einen Bauauftrag mit dem Projekttitel "NO2 Secondo tubo San Gottardo – Los 204 – Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1137271, Projekt-ID 204934).

**B.**

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE X.\_\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_ AG und der B.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen).

**C.**

Am 6. Oktober 2020 publizierte die Vergabestelle den Zuschlag an die ARGE Y.\_\_\_\_\_, bestehend aus der C.\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_ AG, auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1157713 und 1157719, Projekt-ID 204934).

**D.**

Gegen diese Zuschlagsverfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 26. Oktober 2020 mit folgenden Rechtsbegehren Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht:

Anträge:

1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und der Zuschlag sei der ARGE X.\_\_\_\_\_ zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz rechtswidrig war.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuer) zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. ggf. der Zuschlagsempfängerinnen.

## Verfahrensanträge:

1. Der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich – umgehend die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vorinstanz sei zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen zu schliessen.
2. Den Beschwerdeführerinnen sei vollständige Akteneinsicht zu gewähren, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.
3. Nach gewährter Akteneinsicht sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben und hierzu eine angemessene Frist anzusetzen.

Zur Begründung führen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, die Zuschlagsempfängerinnen würden das Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) nicht erfüllen, insbesondere sei das Bauvolumen von mindestens 10 Mio. Franken nicht erfüllt. Die Zuschlagsempfängerinnen seien deshalb auszuschliessen.

Zusätzlich sei die Vergabestelle bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 2 (Qualität, Plausibilität des Bauprogramms und der Bauabläufe) von falschen Tatsachen ausgegangen und habe die Bewertung – zumindest teilweise – willkürlich sowie unter Missachtung des Transparenzgebots vorgenommen.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2020 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde vorerst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und forderte die Vergabestelle auf, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Weiter lud es die Zuschlagsempfängerinnen ein, innert Frist bekannt zu geben, ob sie am vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerinnen teilnehmen möchten.

**F.**

Am 9. November 2020 verzichteten die Zuschlagsempfängerinnen schriftlich auf die Teilnahme am vorliegenden Verfahren.

**G.**

Die Vergabestelle reichte am 16. November 2020 ihre Stellungnahme mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kostenfolge [zu Lasten] der Beschwerdeführerinnen.

Zur Begründung führt die Vergabestelle im Wesentlichen aus, das von den Zuschlagsempfängerinnen genannte Referenzprojekt erfülle sehr wohl das Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz), insbesondere könne davon ausgegangen werden, dass auch das erforderliche Auftragsvolumen von mindestens 10 Mio. Franken übertroffen sei.

Zudem hätten die Angaben zu den Referenzprojekten sämtlicher Anbieter bereinigt werden müssen. Das habe damit zu tun gehabt, dass bei grossen Tunnelbauvorhaben üblicherweise die Behandlung von Bauabwasser direkt mit der Realisierung eines Tunnelbauloses ausgeschrieben werde. Im vorliegenden Fall habe sich die Vergabestelle jedoch entschlossen, ein separates Los "Bauabwasser" auszuschreiben, weshalb auch Anbieter zugelassen worden seien, die beim Referenzprojekt als Subunternehmer tätig gewesen seien. Wenn das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen nun ausgeschlossen werde, müsse konsequenterweise auch das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausgeschlossen werden; auch dieses sei nämlich unvollständig gewesen.

Im Übrigen sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen korrekt bewertet worden. Die Thematik "Ammonium" habe nicht schlüssig beantwortet werden können. Der Detaillierungsgrad des Bauprogramms sei gering ausgefallen, dem technischen Bericht würden wesentliche Angaben fehlen und die Risikoanalyse habe keinen tieferen Projektbezug.

#### **H.**

Mit Verfügung vom 18. November 2020 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Vergabestelle, es sei ohne weiteren Schriftenwechsel über das Gesuch um die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden, ab. Gleichzeitig erhielten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

**I.**

Mit Eingabe vom 30. November 2020 bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die teilweise offen gelegten Akten, in Übereinstimmung mit den öffentlich verfügbaren Referenzen der Zuschlagsempfängerinnen, zusätzlich deutlich machen würden, dass die Zuschlagsempfängerinnen das Eignungskriterium EK 1 nicht erfüllen würden. Die D.\_\_\_\_\_ AG habe beim genannten Referenzprojekt als Subunternehmerin hauptsächlich konzeptionelle Tätigkeiten geleistet, nicht aber – wie von der Ausschreibung verlangt – die Anlage zur Behandlung von Bauabwasser auch betrieben und unterhalten. Zudem habe die Bausumme für dieses (Teil)-Projekt auch nicht mindestens 10 Mio. Franken, sondern 1.5 Mio. Franken betragen.

Die Ausführungen der Vergabestelle, wonach es fraglich sei, ob die Beschwerdeführerinnen ihrerseits das Eignungskriterium EK 1 erfüllten, seien in aller Form zurückzuweisen und stünden im Übrigen auch im Widerspruch zum Evaluationsbericht.

Auch die Erläuterungen der Vergabestelle zur Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen seien nicht stichhaltig und gingen von teilweise falschen Tatsachen aus. Allerdings erübrige sich eine genauere Auseinandersetzung mit der Bewertung ihres Angebotes: Nach Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen aufgrund der fehlenden Eignung müsse der Zuschlag den zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen erteilt werden, auch ohne Neubewertung ihres Angebots.

**J.**

In ihrer zweiten Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 ergänzt die Vergabestelle, es gebe weiterhin keinen Grund, an der angegebenen Referenz der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der D.\_\_\_\_\_ AG zu zweifeln. Die 1.5 Mio. Franken des (Teil)-Projekt es hätten sich auf die Planung, Installation und Inbetriebnahme bezogen. Die D.\_\_\_\_\_ AG habe sich aber auch am Betrieb und Unterhalt beteiligt. Angesichts des Gesamtbauvolumens von 326 Mio. Franken des Referenzprojektes und der Dauer und des Umfangs der geleisteten Arbeit sei ein Gesamtvolumen von mindestens 10 Mio. Franken der D.\_\_\_\_\_ AG plausibel und nachvollziehbar.

Im Übrigen sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen, welches zusätzlich die E.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin einbinde, vom Aufbau her gleich organisiert wie das Referenzprojekt und sei auch aus diesem Grund besonders überzeugend.

Des Weiteren halte sie daran fest, dass die Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihres Ermessens rechtmässig vorgenommen worden sei. In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführerinnen gehe aber auch sie davon aus, dass sich eine erneute Bewertung des Angebotes der Zuschlagsempfängerinnen in diesem Verfahren erübrige.

#### **K.**

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 21. Dezember 2020 weisen die Beschwerdeführerinnen abschliessend darauf hin, dass der Beizug einer Subunternehmerin gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung nur bis maximal 25 % zulässig sei. Sollte das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen vorsehen, dass die E. \_\_\_\_\_ AG den Betrieb und den Unterhalt der Bauabwasserbehandlungsanlage übernehme, verstosse das gegen die Ausschreibung.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen Bezug genommen.

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

#### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

#### **2.**

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 31. Januar 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

### **3.**

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

**3.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

**3.2** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**3.2.1** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

**3.2.2** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA 1994. Die Ausschreibung verlangt die Erarbeitung eines funktionalen Anlagekonzeptes, den Bau sowie den Betrieb und Unterhalt der Bauabwasserbehandlungsanlage Nord für den Strassentunnel der zweiten Gotthard-Röhre in Göschenen. Dabei handelt es sich zweifelsohne um einen "Bauftrag", was unter den Verfahrensbeteiligten auch unbestritten blieb.

**3.2.3** Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von 20'554'965.45 Franken (ohne MwSt.)

ist der Schwellenwert für Bauwerke von 8.7 Mio. Franken zweifelsfrei überschritten.

**3.2.4** Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB.

**3.3** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

#### **4.**

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

**4.2** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen "Microsoft").

#### **5.**

**5.1** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**5.2** Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und sind durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde Mitbewerberinnen erteilt – beson-

ders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

**5.3** Die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben, die Zuschlagsempfängerinnen seien aufgrund fehlender Eignung auszuschliessen und der Zuschlag sei ihnen als Zweitplatzierte zu erteilen. Mit diesen Anträgen haben die Beschwerdeführerinnen eine reelle Chance auf den Zuschlag, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind.

#### **5.4**

**5.4.1** Die Vergabestelle führt mehrfach aus, sämtliche Angebote hätten hinsichtlich des Eignungskriteriums EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) bereinigt und präzisiert werden müssen. Der Vergabestelle sei es ein Anliegen gewesen, im vorliegenden Vergabeverfahren ein Maximum an Offerten zuzulassen, um den Wettbewerb zu fördern. Sollten nun aber die Zuschlagsempfängerinnen wegen der erfolgten Bereinigung ausgeschlossen werden, müssten sämtliche Anbieter aus dem Verfahren ausgeschlossen werden.

**5.4.2** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten, das Eignungskriterium EK 1 nicht zu erfüllen und verweisen dazu auch auf den Evaluationsbericht, der die Erfüllung der Eignung ebenfalls festgehalten habe.

**5.4.3** Der Streitgegenstand vor dem Bundesverwaltungsgericht umfasst das durch den vorinstanzlichen Entscheid geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann grundsätzlich nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 686 f.). Im vorliegenden Verfahren richtet sich die Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vom 6. Oktober 2020 an die ARGE Y.\_\_\_\_\_. Soweit die Vergabestelle geltend macht, die Beschwerdeführerinnen seien aus dem Verfahren auszuschliessen, wird darauf im vorliegenden Verfahren prima facie nicht näher einzugehen sein.

**5.5** Die Beschwerde wurde im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **6.**

**6.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet wie bereits erwähnt der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**6.2** Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 4.2 "Produkte zur Innenreinigung II").

**6.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1, "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). 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 einzubeziehen sind praxisgemäss einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (BVGE 2007/13 E. 2.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). 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 des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen" und 2007/13 E. 2.2 "Vermessung Durchmesserlinie", je mit Hinweisen; Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 4.3 "Produkte zur Innenreinigung II").

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Zuschlagsempfängerinnen würden mit dem von ihnen genannten Referenzprojekt das Eignungskriterium EK 1 (Firmenreferenz/-eignung) nicht erfüllen. Aus der teilweise geschwärzten Angebotsvereinbarung sowie aus den öffentlich verfügbaren Angaben der D.\_\_\_\_\_ AG zu ihren eigenen Referenzprojekten gehe hervor, dass die D.\_\_\_\_\_ AG beim genannten Referenzprojekt hauptsächlich konzeptuelle Tätigkeiten übernommen habe und nicht auch – wie in den

Ausschreibungsunterlagen gefordert – für den Betrieb und den Unterhalt der Anlage verantwortlich gewesen sei. Die Bausumme für dieses (Teil)-Projekt habe sich mutmasslich auf 1.5 Mio. Franken beschränkt, weshalb das geforderte Volumen von mindestens 10 Mio. Franken nicht erreicht worden sei. Soweit die Vergabestelle in ihrer zweiten Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 erstmals ausführe, dass die E. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin vorgesehen sei, werde das bestritten, zumal es aus den bisher offen gelegten Akten nicht hervorgehe. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass Subunternehmer gemäss der Ausschreibung ohnehin nur bis zu maximal 25 % beigezogen werden dürften.

**7.2** Die Vergabestelle führt aus, es gäbe keinen Grund, an der Eignung der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der D. \_\_\_\_\_ AG zu zweifeln, weil es angesichts der Gesamtauftragssumme von 326 Mio. Franken für das Referenzprojekt und der Dauer sowie des Umfangs der geleisteten Arbeit nachvollziehbar sei, dass die von der D. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin geleistete Arbeit einen Gesamtwert von mehr als 10 Mio. Franken aufgewiesen habe. Die D. \_\_\_\_\_ AG sei nicht nur mit der Planung, Installation und Inbetriebnahme der Anlage betraut gewesen, sondern habe sich auch noch am Betrieb und Unterhalt beteiligt. Zudem sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen und ihrer Subunternehmer, unter anderem der E. \_\_\_\_\_ AG, ähnlich organisiert wie das Referenzprojekt und stelle deshalb eine eingespielte und bewährte Organisationseinheit dar. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen besonders überzeugend.

### **7.3**

**7.3.1** Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Anbieters zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbieter den Auftrag in fachlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (Art. 9 Abs. 1 aBöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 aBöB). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 10.2 "Gittermasten"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580).

**7.3.2** Ein Anbieter kann sich allerdings hinsichtlich der Eignung grundsätzlich auch auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers berufen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Anbieter tatsächlich über die entsprechenden Mittel des Subunternehmers verfügt bzw. sich diese Mittel hat zusichern lassen. Ein bloss allgemeiner Hinweis reicht dafür nicht aus (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 4.1, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648). Ähnliches gilt auch für die Eignung innerhalb eines Konzerns: Will sich ein Anbieter auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss er die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartner, als Subunternehmer oder Lieferant konkret in seine Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe der konkreten Vergabe, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 "ERP alcosuisse"; Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.3.3 "Galgenbucktunnel"; je mit Hinweisen; vgl. auch MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1374 ff.).

## 7.4

**7.4.1** Die Vergabestelle gibt in Ziff. 3.8 der Ausschreibung zum Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) nachfolgende Anforderungen und Nachweise vor:

### Vergleichbare Referenz

Bei der Beurteilung der Eignung wird eine Referenz als vergleichbar anerkannt, wenn sie mindestens folgende Bedingungen erfüllt:

- a) Art der Infrastruktur: Autobahn, Kantonsstrasse, Bahn oder Serviceinfrastruktur;
- b) Art des Werkes: Bauabwasserreinigungsanlage mit mindestens 2 Linien mit 50 l/s je Linie, Schnittstellen mit Nebenunternehmern, funktionale Umsetzung der Anlage, inkl. Flächenherrichtung, Betrieb und Unterhalt;
- c) Tätigkeiten: Konzept, Ausführung, Installation, Betrieb und Unterhalt einer Bauabwasserreinigungsanlage;
- d) Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme > 10 Mio. Franken exkl. MwSt.;
- e) Die Anlage muss seit mindestens einem Jahr in Betrieb sein.

Im Fall von Arbeitsgemeinschaften kann die Referenz auch von einem einzelnen ARGE-Mitglied sein. Die von einer Firma oder von einem ARGE-Mitglied einer vorhergehenden ARGE dargelegten Referenz ist nur dann gültig, wenn die gleiche (Firma oder einzelnes ARGE-Mitglied) die in der Ausschreibung verlangten Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat.

**7.4.2** In Ziff. 3.6 der Ausschreibung weist die Vergabestelle zusätzlich darauf hin, dass Subunternehmer nur in beschränktem Umfang zugelassen sind:

Subunternehmer können zu max. 25 % beigezogen werden. Sie sind in den Angebotsunterlagen entsprechend aufzuführen. Angaben betreffend Subunternehmer werden mitbewertet.

**7.5** In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführerinnen ist vorab festzuhalten, dass die von der Vergabestelle teilweise geschwärzten Unterlagen der Angebotsbereinigung sowie die öffentlich verfügbaren Angaben, die die D. \_\_\_\_\_ AG selbst zum angegebenen Referenzprojekt F. \_\_\_\_\_ macht, nahe legen, dass der von der D. \_\_\_\_\_ AG übernommene Anteil als Subunternehmerin nicht das für die Eignung erforderliche Bauvolumen erreichte, die Bauzeit kürzer ausfiel, als von der Vergabestelle ausgeführt und auch die geleisteten Tätigkeiten nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechen. Die auf der Firmenhomepage der D. \_\_\_\_\_ AG verfügbaren Angaben ([...], abgerufen am 15. März 2021) sprechen in diesem Zusammenhang von einer Bausumme von 1.5 Mio. statt mindestens 10 Mio. Franken. Die Vergabestelle geht sodann von einer Bauzeit von neun Jahren aus, obwohl die D. \_\_\_\_\_ AG selbst in diesem Zusammenhang von wenigen Monaten spricht (November 2016 bis März 2017). Sodann scheint die D. \_\_\_\_\_ AG gemäss eigenen Angaben zwar das Entwässerungskonzept erstellt, die Bemessung und Ausführungsplanung übernommen sowie die Installation, Inbetriebnahme und Betreuung der Bauabwasserbehandlungsanlage geleistet zu haben, jedoch nicht für den Betrieb und Unterhalt verantwortlich gewesen zu sein (vgl. Ziff. 3.8 Bst. c der Ausschreibung).

**7.6** Auch aufgrund dieser Widersprüche vermag die Argumentation der Vergabestelle, es gäbe – allein aufgrund einer Schätzung über die mutmassliche Höhe des Auftragsvolumens – keinen Grund, an der Eignung der Zuschlagsempfängerinnen zu zweifeln, deshalb prima facie nicht zu überzeugen. Die Vergabestelle selbst gibt in Ziff. 3.8 Bst. d ihrer Ausschreibung vor, dass das Auftragsvolumen nicht geschätzt, stattdessen gemäss

der Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme zu prüfen sei. Eine solche Prüfung hat bisher, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht stattgefunden und wird im Hauptverfahren nachzuholen sein. Soweit die Vergabestelle zusätzlich ausführt, die von der D. \_\_\_\_\_ AG geleisteten Arbeiten hätten sodann über das Jahr 2017 hinaus gedauert und auch den Betrieb und den Unterhalt der Bauabwasserbehandlungsanlage umfasst, hat sie dies bisher keinesfalls ausreichend belegt, was im Hauptverfahren ebenfalls nachzuholen sein wird.

**7.7** In ihrer zweiten Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 weist die Vergabestelle sodann erstmals darauf hin, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen auch die Subunternehmerin E. \_\_\_\_\_ AG einbinde. Das Angebot überzeuge auch deshalb, weil sich die Zusammenarbeit mit der E. \_\_\_\_\_ AG und der D. \_\_\_\_\_ AG bereits im angegebenen Referenzprojekt bewährt habe. Die Vergabestelle hat bisher jedoch nicht geltend gemacht, dass die fragliche Eignung EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) durch die Subunternehmerin bzw. die Konzerngesellschaft erbracht werde, was – für das Auftragsvolumen von mindestens 10. Mio. Franken – prima facie auch nur bis zum Umfang von 25 % zulässig wäre (vgl. Ziff. 3.6 der Ausschreibung). Auch wurde bisher nicht ausgeführt, dass sich die Zuschlagsempfängerinnen die entsprechende charakteristische Leistung in ihrem Angebot hätten zusichern lassen, wobei auch hier auf den maximal zulässigen Umfang von 25 % (vgl. Ziff. 3.6 der Ausschreibung) hinzuweisen wäre (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00702 vom 2. März 2016 E. 5.3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648).

**7.8** Zusammenfassend kann die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Zuschlagsempfängerinnen würden das Eignungskriterium EK 1 nicht erfüllen, prima facie nicht als offensichtlich aussichtslos beurteilt werden.

## **8.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen sodann weiter, bei der Bewertung ihres Angebotes sei die Vergabestelle in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 2 (Qualität, Plausibilität des Bauprogramms und der Bauabläufe) von falschen Tatsachen ausgegangen. Die Bewertung sei zumindest teilweise willkürlich und unter Missachtung des Transparenzgebotes erfolgt. Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Bewertung sei korrekt und im Rahmen ihres Ermessens erfolgt.

**8.1** Sowohl die Beschwerdeführerinnen wie auch die Vergabestelle halten jedoch gemeinsam fest, dass die Rüge der unrechtmässigen Bewertung

des Angebotes für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens im Ergebnis nicht von Belang sei: Die Beschwerdeführerinnen begründen dies damit, dass ihnen nach einer allfälligen Gutheissung der Beschwerde als Zweitplatzierte der Zuschlag auch ohne Neubewertung ihres Angebotes zu erteilen sei. Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass bei einem allfälligen Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen wegen fehlender Eignung dasselbe auch für die Beschwerdeführerinnen gelten müsse.

**8.2** Soweit die Vergabestelle eine fehlende Eignung der Beschwerdeführerinnen vorbringt, wird darauf im vorliegenden Verfahren prima facie nicht näher einzugehen sein (vgl. E. 5.4.3 hiervor). In Übereinstimmung mit den Verfahrensbeteiligten ist aber auch die Rüge der rechtswidrigen Bewertung des Angebots – zum jetzigen Zeitpunkt des Verfahrens – nicht zu behandeln, zumal bereits die Rüge betreffend die Eignung als nicht offensichtlich aussichtslos erscheint (vgl. E. 7.8 hiervor).

## **9.**

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle – und der Zuschlagsempfängerinnen – an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerinnen, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde (vgl. E. 6.3 hiervor).

**9.1** Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGer 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 "Kurierdienst BAG I"). Aber auch eine selbstverschuldete Dringlichkeit kann nicht dazu führen, dass sich das Gericht daran gehindert sieht, einer Beschwerde zur Vermeidung substantiiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen

(vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheide des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E.14.1 "Laborneubau ETH Basel" und B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT").

**9.2** Die Vergabestelle legt in ihren bisherigen Stellungnahmen dar, dass sie die Beschwerde in materieller Hinsicht für offensichtlich unbegründet hält, verzichtet aber auf weiterführende Ausführungen zum öffentlichen Interesse der sofortigen Vollstreckbarkeit.

**9.3** Demgegenüber stehen die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten. Da es um einen Leistungsbezug über mehrere Jahre geht, sind die Interessen der Beschwerdeführerinnen als gewichtig zu beurteilen. Demnach fällt die Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen zugunsten der Beschwerdeführerinnen aus (vgl. zur Interessenabwägung in Bezug auf wiederkehrende Leistungen den Zwischenentscheid B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.3 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

**9.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stattzugeben ist.

## **10.**

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird gutgeheissen.

**2.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**3.**

Über die Kosten des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

**4.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 204934; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise [Dispositiv]; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

**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 er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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: 22. März 2021