



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-5983/2019
stm/guj/fao

Zwischenentscheid vom 16. Dezember 2019

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,
Filiale Winterthur,
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - 120054 + 120057 N03/76
Neubau zweier Lärmschutzwände (inkl. Pfahlfundation) und
Ersatz Deckbelag N13/28 Neubau Lärmschutzwand
(inkl. Pfahlfundation),
SIMAP Meldungsnummer 1101819 (Projekt-ID 189145),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am 13. Juni 2019 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur Ost, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "120054 + 120057 N03/76 Neubau zweier Lärmschutzwände (inkl. Pfahlfundation) und Ersatz Deckbelag N13/28 Neubau Lärmschutzwand (inkl. Pfahlfundation)" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 1081687).

B.

In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, darunter dasjenige der X. _____ AG sowie dasjenige der ARGE Y. _____.

C.

Der Zuschlag wurde am 17. Oktober 2019 der ARGE Y. _____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) erteilt und am 22. Oktober 2019 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1101819) publiziert, wobei alle übrigen drei Angebote gemäss der SIMAP-Publikation ausgeschlossen wurden.

D.

Mit Schreiben vom 22. Oktober 2019 teilte die Vergabestelle der X. _____ AG mit, dass sie ihr Angebot habe ausschliessen müssen:

"Gemäss Organigramm und technischem Bericht ist für die im EK 3 [Eignungskriterium 3] gesuchte Schlüsselperson und deren Aufgaben A. _____ vorgesehen. In der Offerte wird jedoch ein Referenzprojekt von B. _____ angegeben und nicht von A. _____."

E.

Am 23. Oktober 2019 wandte sich die X. _____ AG an die Vergabestelle und ersuchte um Akteneinsicht sowie um Durchführung eines Gesprächs zur Erläuterung der wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung.

F.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2019 nahm die Vergabestelle im Wesentlichen dahingehend Stellung, dass sie eine dreistufige Prüfung durchgeführt habe, wobei die Stufe 2 (Eignungskriterien) mit "erfüllt oder "nicht erfüllt" beurteilt worden sei. Das beschwerdeführerische Angebot habe in

Eignungskriterium 3 (nachfolgend: EK 3) ein Referenzprojekt von B._____ aufgewiesen, obwohl gemäss dem Organigramm und technischem Bericht A._____ vorgesehen sei. Da nur der mit dem Angebot eingereichte Wortlaut des Angebots massgebend sei, erbringe die beigebrachte Referenz den geforderten Nachweis der Eignung unter EK 3 nicht. Es werde auf die Publikation des Zuschlags vom 22. Oktober 2019 verwiesen. Die anonymisierte Evaluationstabelle könne die Beschwerdeführerin (in der Beilage) einsehen. Ein Debriefing werde bei Ausschlüssen grundsätzlich nicht durchgeführt.

G.

Gegen die Zuschlagsverfügung und den Ausschluss vom 17. Oktober 2019 (publiziert am 22. Oktober 2019) erhob die X._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 11. November 2019 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei der Ausschluss gemäss Schreiben vom 22. Oktober 2019 sowie der Zuschlag vom 17. Oktober 2019 aufzuheben. Die Vergabestelle sei anzuweisen, das Angebot der Beschwerdeführerin unter der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Gewichtung zu bewerten. Es sei zu prüfen, ob die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags sowie des Ausschlusses der Beschwerdeführerin festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Weiter seien sämtliche Vergabeakten beizuziehen und der Beschwerdeführerin Einsicht in diese zu gewähren. Nach erfolgter Akteneinsicht sei eine angemessene Frist zur Beschwerdeergänzung anzusetzen. Es seien keine Kosten zu erheben bzw. eventualiter seien diese zu Lasten der Vergabestelle zu verlegen. Es sei der Beschwerdeführerin eine durch das Gericht zu bestimmende Parteientschädigung zuzusprechen.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht im Wesentlichen vor, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin willkürlich sei und gegen das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot verstosse. Willkürlich sei der Ausschluss erfolgt, da die Angaben der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot missachtet worden seien, indem für die Beurteilung von EK 3 nicht die von der Beschwerdeführerin genannte Schlüsselperson berücksichtigt, sondern eine andere im Angebot erwähnte Person herangezogen worden sei (Beschwerde, Rz. 26).

Zur aufschiebenden Wirkung trägt die Beschwerdeführerin insbesondere vor, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet sei. Im Rahmen

der Interessenabwägung sei keine besondere Dringlichkeit in Bezug auf die sofortige Umsetzung des Zuschlagsentscheids erkennbar. Im Übrigen habe die Vergabestelle einen allfälligen zeitlichen Engpass selbst zu vertreten, da dieser bekannt sein müsse, dass Rechtsmittel gegen den Vergabeentscheid eingelegt werden könnten (Beschwerde, Rz. 29 ff.).

H.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 13. November 2019 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 26. November 2019 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Zudem wurde sie ersucht, innert derselben Frist die vollständigen Akten einzureichen und von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, bis zum 27. November 2019 einen Kostenvorschuss von Fr. 8'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

I.

Die Zuschlagsempfängerin hat darauf verzichtet, sich als Partei am vorliegenden Verfahren zu beteiligen.

J.

Mit Eingabe vom 26. November 2019 erstattete die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen. Sie beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten bzw. eventualiter sei diese abzuweisen. Hinsichtlich der prozessualen Anträge stellte sie namentlich die Rechtsbegehren, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei ohne Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels abzuweisen. Zudem reichte sie Vernehmlassungsbeilagen, ein Voraktenverzeichnis sowie die Vorakten, insbesondere die Offerten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin ein. Materiell bestreitet die Vergabestelle – entgegen der Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagsverfügung – die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mangels Erreichens des einschlägigen Schwellenwerts (Vernehmlassung vom 26. November 2019, Rz. 3 ff.). Im Übrigen sei materiell daran festzuhalten, dass EK 3 nicht erfüllt sei, da A. _____ die Person sei, welche die Funktion gemäss EK 3 ausübe. Da-

mit fehle es an einem Referenzprojekt, da nur für eine organisatorisch untergeordnete Person ein Referenzobjekt eingereicht worden sei (Vernehmlassung vom 26. November 2019, S. 6, Rz. 5 ff.).

K.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 27. November 2019 wurde die Vernehmlassung der Vergabestelle samt Beilagen und Beilagenverzeichnis der Beschwerdeführerin zur freigestellten Stellungnahme zugestellt.

L.

Die Vergabestelle reichte nach instruktionsrichterlicher Aufforderung vom 28. November 2019 mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 weitere Akten, welche die Nähe der beiden Projekte 120054 und 120057 oder allenfalls weiterer Projekte zum Gegenstand haben und die Frage nach der Anwendbarkeit des BöB bzw. Zuständigkeit des Gerichts beschlagen, sowie das Voraktenverzeichnis ein, worauf das Voraktenverzeichnis, die Vernehmlassungsbeilagen 17 bis 21 sowie das Dokument 'Terminplan "Offenes Verfahren" nach VöB' (mit dem Vermerk "ohne Rechtsmittel") der Beschwerdeführerin zugestellt wurden.

M.

Die Beschwerdeführerin replizierte mit Eingabe vom 3. Dezember 2019 zu den prozessualen Anträgen dahingehend, dass die vorliegenden Bauleistungen entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht als einzelne Bauprojekte, sondern als Teil des Umsetzungsprogrammes für nicht fristgerecht sanierte Nationalstrassenabschnitte, anzusehen seien. Die Vergabestelle sei seit 2008 als Eigentümerin der Nationalstrassen für den Lärmschutz zuständig. Sämtliche in der Zwischenbilanz 2019 dokumentierten Massnahmen seien als ein Bauprojekt anzusehen, weshalb der massgebliche Schwellenwert offensichtlich überschritten werde und das BöB zur Anwendung gelange. Eine Stückelung in kleine Lose dürfe nicht dazu führen, dass die gerichtliche Kontrollmöglichkeit entzogen werde. Sollte das Gericht zur Auffassung gelangen, dass der Schwellenwert nicht erreicht ist, so sei die falsche Rechtsmittelbelehrung insofern zu berücksichtigen, als dass anerkannt wird, dass die Beschwerdeführerin in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass eine Beschwerdemöglichkeit bestehe, weshalb die Verfahrenskosten, sofern solche erhoben werden sollten, der Vergabestelle aufzuerlegen seien und der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen sei (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 4 ff.).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2 Die Beschwerdeführerin ficht vorliegend die am 22. Oktober 2019 publizierte Zuschlagsverfügung vom 17. Oktober 2019 wie auch den damit verbundenen Ausschluss an und bezieht sich bei der Anfechtung der Ausschlussverfügung auf das Schreiben vom 22. Oktober 2019. Mit diesem Schreiben machte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin auf die Veröffentlichung des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP aufmerksam und verwies für die Rechtsmittelbelehrung auf die elektronische Publikation. Folglich lässt sich das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle qualifizieren (vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1271). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist demnach die publizierte Zuschlagsverfügung vom 17. Oktober 2019 mit implizitem Ausschluss des beschwerdeführerischen Angebots.

1.3 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 BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.4 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1340 mit Hinweisen).

2.

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

2.2 Das BöB 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 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; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

2.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, 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 (BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen"; 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 nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das

öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des 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 m. H.; 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 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

3.

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nach dem zuvor Gesagten (vgl. E. 2.3 hiervor) nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 4.2 "Produkte zur Innenreinigung III", B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 5 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

3.1 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. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Art. 32 ff. VöB (im 3. Kapitel: "Übrige Beschaffungen") regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder die durch Auftraggeber vergeben werden, die keinem der beiden internationalen Abkommen und damit auch nicht dem BöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das BöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin 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.

3.2 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

3.3 Die Vergabestelle stellt sich nun auf den Standpunkt, dass der massgebliche Schwellenwert von Fr. 8'700'000.– vorliegend unterschritten sei (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 26. November 2019, Rz. 3 ff.), was von der Beschwerdeführerin bestritten wird (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 3 ff.).

4.

4.1 Vorliegend geht die Vergabestelle in Ziff. 1.8 der Ausschreibung vom 13. Juni 2019 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens. Beim Neubau zweier Lärmschutzwände (inkl. Pfahlfundation) und dem Ersatz des Deckbelags auf der N13/28 handelt es sich offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag, der in den (sachlichen) Anwendungsbereich des BöB fällt. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauleistungen Fr. 8'700'000.–. Massgeblich ist nach

Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 BöB deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend. Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist (Urteile des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.2.1 "Lärmschutzwände Kloten" mit weiteren Hinweisen und B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.7 "Travaux de réfection N9"; Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.5 "Baumeisterarbeiten Vorausmassnahmen Unterhaltsplanung N3").

4.2 Der von der Vergabestelle im vorliegenden Fall geschätzte Preis liegt bei Fr. 1'973'000.– für Projekt Nr. 120054 bzw. Fr. 3'932'000.– für Projekt Nr. 120057, d.h. gesamthaft für beide Projekte bei Fr. 5'905'000.– (vgl. Vernehmlassungsbeilage 7). Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 6'189'746.75 exkl. MwSt. vergeben. Die Angebote liegen schliesslich alle unter 6'200'000.– (vgl. Vernehmlassungsbeilage 8). Darin ist ein Indiz zu sehen, dass die von der Vergabestelle getätigte Schätzung plausibel war. Es stellt sich indessen die Frage, ob das Bauwerk richtig abgegrenzt worden ist. Ein Auftrag darf insbesondere nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit des BöB zu umgehen.

4.3 In ihrer Vernehmlassung erklärt die Vergabestelle, dass die Beschaffung der Bauwerke mit den Projektnummern 120054 und 120057 lediglich aus Synergiegründen gemeinsam erfolgt sei. Jedoch seien die Bauwerke voneinander unabhängig. Das zeige sich auch in den jeweiligen Plan-genehmigungsverfügungen, Leistungsverzeichnissen und weiteren Dokumenten. Beide Bauwerke seien vollumfänglich funktionstüchtig bzw. erfüllten ihren Zweck unabhängig davon, ob weitere Lärmsanierungsmassnahmen erfolgten oder nicht (Vernehmlassung vom 26. November 2019, Rz. 5 ff.). Die Beschwerdeführerin hält dem im Wesentlichen mit dem Argument entgegen, dass die vorliegenden Bauleistungen nicht als einzelne Bauleistungen, sondern als Teil des Umsetzungsprogramms für nicht fristgerecht sanierte Nationalstrassenabschnitte [mit Verweis auf die Projekte F4.11, Sennwald – St. Margrethen, und F4.8, Verzweigung Reichenburg-Weesen (Beschwerdebeilage 30)] anzusehen seien (Replik, Rz. 4 ff.).

4.4 Aufgrund der verschiedenen Ansichten der Parteien gilt es nachfolgend zu prüfen, ob und inwiefern es sich bei den fraglichen Projekten der Vergabestelle (vgl. Vernehmlassungsbeilage 17) betreffend Erstellung von

Lärmschutzwänden um ein einheitliches Bauwerk oder um voneinander unabhängige Bauwerke handelt, mithin ob sie ein einheitliches Bauvorhaben bilden oder als voneinander unabhängige Einzelaufträge zu betrachten sind bzw. ob der massgebliche Schwellenwert erreicht ist.

4.4.1 Gemäss Ziff. 2.6 und Ziff. 4.5 der Ausschreibung ("Detaillierter Projektbeschreibung) umfassen die beiden streitgegenständlichen Projekte (Nr. 120054 und Nr. 120057) folgende Abschnitte der Bauausführung:

"Auf der N03/76 zwischen Flums und Mels, km 183.900 bis 189.800 ist der Bau zweier Lärmschutzwände (LSW Hochwiesen, L = 456 m, H = 2.25 m und LSW Unterheilgkreuz, L = 318 m, H = 2.50 m) entlang der Fahrbahn Richtung Zürich vorgesehen: Die Foundation wird bei beiden LSW als Grossbohrpfähle erstellt (L=10m, d=0.5m, a=4m). Die LSW-Elemente werden als Betonrippenplatten (Lavabeton) stützendeckend ausgeführt. Zwischen den km 185.390 und 186.080 resp. km 189.470 und 189.753 erfolgt zudem ein Ersatz des Deckbelags durch einen lärmarmen Belag (SDA8-12) auf allen 4 Fahrspuren. Der zu ersetzende Belag weist einen PAK-Gehalt im Asphalt von ≤ 250 mg/kg auf. Die Ausführung der LSW an der N03/76 erfolgt unter einer reduzierten Verkehrsführung 2/2. Der Belagseinbau pro Fahrbahn mit einem Spurabbau."

"(...) Zu 2.6 Detaillierter Aufgabenbeschreibung:

Auf der N13/28 zwischen Buchs – Sennwald, km 158.301 und 158.761 ist der Bau einer Lärmschutzwand (LSW Haag, L=460 m, H=4.50 m) vorgesehen, welche auf Grossbohrpfählen (L=7m, d=0.7m, a=8m). fundiert ist. Die LSW-Elemente werden als Betonrippenplatten (Lavabeton) stützendeckend oder als Holzkonstruktion ausgeführt. Die Ausführung der LSW an der N13/28 erfolgt unter Einrichtung einer 3/1 Verkehrsführung. Sämtliche Bauarbeiten können mehrheitlich am Tag ausgeführt werden. Das Einrichten der Verkehrsführung erfolgt durch den Unternehmer in Nacharbeit, in Zusammenarbeit mit der zuständigen Gebietseinheit."

4.4.2 Aus Ziff. 2.7 der Ausschreibung geht hervor, dass sich in den folgenden politischen Gemeinden die Nationalstrassenabschnitte der Projekte Nr. 120054 und Nr. 120057 befinden:

(...) Gemeinden Flums, Mels, Sennwald, Nationalstrasse."

4.4.3 In der Übersicht der Filiale 4 der Vergabestelle zum "Controlling Umsetzungsprogramm für nicht fristgerecht lärm sanierte Nationalstrassenabschnitte" (nachfolgend: Übersicht der Nationalstrassenabschnitte) wird die räumliche Darstellung der verschiedenen Lärmschutzsanierungen von

Nationalstrassenabschnitten bildlich und tabellarisch dargestellt (Vernehmlassungsbeilage 17). Die Projekte F4.8 bis F4.11 sind (auszugsweise) wie folgt tabellarisch aufgeführt:

Projekt-Nr.	Streckenabschnitt	Länge in Metern
F4.8	N03/68 Verzweigung Reichenburg-Weesen	4'006
F4.9	N03/76 Murg-Verzweigung Sargans	3'210
F4.10	N13/28 Grenze GR/SG Sennwald	2'995
F4.11	N13/32 Sennwald St. Margrethen	2'362

4.4.4 Die streitgegenständlichen Projekte Nr. 120054 und Nr. 120057 entsprechen dabei den Nr. F4.10 und F4.9 in der Tabelle, wobei die Beschwerdeführerin nun vorbringt, dass die geographisch in der Nähe befindlichen Projekte F4.8 und F4.11 mit den streitgegenständlichen Projekten zusammen als ein Bauprojekt zu verstehen seien.

Vor diesem Hintergrund ist zu vergegenwärtigen, dass die hier streitgegenständlichen Projekte gemäss Ziff. 2.5 i.V.m. Ziff. 4.5 der Ausschreibung nur kurze Teilabschnitte zum Bau von Lärmschutzwänden umfassen. Zwischen den km 185.390 und 186.080 respektive km 189.470 und 189.753 erfolgt zudem ein Ersatz des Deckbelags durch einen lärmarmen Belag. Nach der Übersicht der Nationalstrassenabschnitte entspricht die Länge der Teilabschnitte insgesamt 2'995 Metern bzw. 3'210 Meter für die Projekte Nr. 120054 und Nr. 120057. Dabei schliessen die Projekte weder unmittelbar aneinander noch an die Projekte F4.8 oder F4.11 an, auch wenn etwa in der Übersicht der Nationalstrassenabschnitte beim Ausführungsort der oben erwähnten Projekte die politische Gemeinde Sennwald sowohl beim Projekt F4.10 als auch beim Projekt F4.11 aufgeführt wird. Die Übersichtspläne in den Vernehmlassungsbeilagen 2 bis 4 zeigen denn auch deutlich die kurzen Teilabschnitte der streitgegenständlichen Projekte.

4.4.5 Die Projekte F4.8 und F4.11 umfassen wiederum mehrere Teilabschnitte und sind in geographischer Hinsicht von der hier streitgegenständlichen Beschaffung deutlich abgrenzbar.

Gemäss der Übersicht der Nationalstrassenabschnitte beinhaltet das Projekt F4.11 ebenfalls nur kurze Teilabschnitte mit einer Länge von 2'362 Metern und liegt räumlich weit nördlich des streitgegenständlichen Projekts F4.10 bei St. Margrethen bzw. Au. Es beinhaltet gemäss der Übersicht der Nationalstrassenabschnitte keinen Einbau eines neuen Belags. Bereits daraus erhellt sich, dass dieses Bauprojekt eher als Einzelauftrag denn als einheitliches Bauwerk zu betrachten ist.

Das Projekt F4.8 ist gemäss den Angaben der Übersicht der Nationalstrassenabschnitte bereits abgeschlossen und betrifft Abschnitte bei der Verzweigung Reichenburg-Weesen, d.h. zwischen dem Zürich- und dem Walensee. Auch diese Teilabschnitte umfassen insgesamt nur eine Länge von 4'600 Metern und sind ebenso räumlich von den streitgegenständlichen Projekten deutlich abgrenzbar.

Aufgrund dieser Dokumentation ist daher davon auszugehen, dass die Bauprojekte F4.8 und F4.11 betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden räumlich und verfahrenstechnisch eigenständige Bauwerke und nicht als Teile eines (grösseren) Gesamtbauwerks für die Lärmsanierungen aller Nationalstrassenabschnitte zu verstehen sind, wie es die Beschwerdeführerin mit Verweis auf das Umsetzungsprogramm zur Lärmsanierung nicht fristgerecht lärmsanierter Nationalstrassenabschnitte geltend macht (vgl. Beschwerdebeilage 28 bis 30).

4.4.6 Schliesslich kommt in den Vernehmlassungsbeilagen 5 und 6 zum Ausdruck, dass separate Plangenehmigungen für die beiden Projekte Nr. 120054 und Nr. 120057 bestehen. In Vernehmlassungsbeilage 7 ("Check- und Verlaufsblatt") ist ausserdem ersichtlich, dass zum einen die Projektkosten für die baulichen Massnahmen für jeden Bauauftrag separat veranschlagt wurden. Auch aus dem Dokument 'Terminplan "Offenes Verfahren" nach VöB' (mit dem Vermerk "ohne Rechtsmittel") geht hervor, dass die Vergabestelle davon ausging, dass die Schwellenwerte nicht überschritten seien.

4.4.7 Zusammenfassend hängen die Projekte F4.8 und F4.11 in sachlicher Hinsicht zwar (teilweise) mit den streitgegenständlichen Projekten zusammen, sind aber räumlich und verfahrenstechnisch klar voneinander abgrenzbar, was gegen die Annahme eines übergeordneten Bauwerks und im Übrigen auch gegen eine unzulässige Zerstückelung spricht, wie sie die Beschwerdeführerin replicando geltend macht. Es liegt jedenfalls im Er-

messen der Vergabebehörde, Unterhalts- und Sanierungsarbeiten zu etapieren und damit in mehrere Aufträge aufzuteilen oder gesamthaft zusammenzufassen, sofern weder das Zerstückelungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 1 BöB noch die Bauwerkregel nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 BöB verletzt werden (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.2.1 i.V.m E. 4.2.6 "Lärmschutzwände Kloten" sowie MARTIN BEYELER, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, in: Anwaltsrevue 2008, S. 263 ff., insb. S. 267). Der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Preis liegt somit bei den genannten Fr. 1'973'000.– für Projekt Nr. 120054 bzw. Fr. 3'932'000.– für Projekt Nr. 120057, d.h. gesamthaft für beide Projekte bei Fr. 5'905'000.– (vgl. Vernehmlassungsbeilage 7). Demzufolge ist der Schwellenwert von Fr. 8'700'000.– jedenfalls prima facie nicht erreicht, womit schliesslich offen gelassen werden kann, ob es sich bei den beiden streitgegenständlichen Projekten Nr. 120054 und Nr. 120057 um ein einziges oder zwei Bauwerke handelt, da der Schwellenwert auch unter Berücksichtigung beider Projekte nicht erreicht wäre.

Zu prüfen bleibt demnach einzig, ob eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts dadurch gegeben ist, dass sowohl die Ausschreibung als auch die Zuschlagspublikation eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, wobei die Vergabestelle im an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 22. Oktober 2019 auf die Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagspublikation ausdrücklich hingewiesen hat.

4.5 Massgebend für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist die Anwendbarkeit des BöB (vgl. E. 3.1 hiavor). Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist dagegen ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; Urteil des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt"; Entscheid der BRK im Verfahren 2001-009 vom 11. Oktober 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.4 E. 1b). Die Vergabestelle kann zwar freiwillig unterschwellig ein offenes oder selektives Verfahren durchführen, hat aber nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Regime BöB bzw. des GPA nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 29 BöB zu machen, wenn sie beispielsweise weiss, dass die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht sind. Der Anwendungsbereich des BöB wird durch das Gesetz selbst abschliessend geregelt. Auch eine Ausschreibung und Zuschlagserteilung nach den Regeln des GPA und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung kann nicht zur

Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Urteile des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt", B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, nicht veröffentlichte E. 1.2 "Personalverleih", B-1773/2006 vom 25. September 2008, teilweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" und B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 1.2 "Entwicklungshilfe"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1219 mit Hinweisen). Das gilt sogar dann, wenn die Vergabestelle die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zunächst bejaht und diese erst im Rahmen einer zweiten Stellungnahme bestreitet, wobei ein allfälliger Verstoss gegen Treu und Glauben in diesem Zusammenhang bei den Kostenfolgen allenfalls zu berücksichtigen ist (Urteil des BVGer B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt"; Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.1 "Sanierung Rietliareal"). Damit braucht auch nicht vertieft zu werden, ob die Vergabestelle bewusst oder versehentlich ein offenes Verfahren eingeleitet hat. Jedenfalls ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Da der massgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird, fällt die in Frage stehende Vergabe *de lege lata* nicht in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. allerdings *de lege ferenda* Art. 52 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019; BBl 2019 4505). Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache somit *prima facie* aller Voraussicht nach nicht zuständig.

Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde *prima facie* aller Wahrscheinlichkeit nach nicht einzutreten. Demnach ist das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Interessenabwägung abzuweisen (vgl. E. 2.3 hiervor).

5.

Die Beschwerdeführerin verlangt schliesslich Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, da ihr nur wenige Angaben zur Verfügung stünden, um ihre Parteirechte wahrzunehmen (Beschwerde vom 11. November 2019, Rz. 37 ff.).

5.1 Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 27. November 2019 die Vernehmlassung der Vergabestelle vom 26. November 2019 samt Beilagen 1 bis 16 ("Vollmacht", "Übersichtsplan LSW Hochwiesen und Ersatz

Deckbelag", "Übersichtsplan LSW Unterheiligkreuz und Ersatz Deckbelag", "Übersichtsplan LSW Anschluss Haag Rtg. Chur", "Plangenehmigung N03/76 Lärmschutzprojekt Flums-Mels, Seite 1", "Plangenehmigung N13/28 Lärmschutzprojekt Buchs-Sennwald, Seite 1", "Check- und Verlaufsblatt", "Anonymisiertes Offertöffnungsprotokoll", verschiedene Simap-Publikationen, "Unternehmerangaben, Seite 6", Besondere Bestimmungen Bau Pos. R990, Seiten 67 + 68", "Organigramm", "Technischer Bericht, Seiten 12-14" und "Bauprogramm LSW Hochwiesen") zugestellt.

5.2 Am 2. und 3. Dezember 2019 wurden der Beschwerdeführerin schliesslich die Vernehmlassungsbeilagen 17 bis 20 und das Dokument 'Terminplan "Offenes Verfahren" nach VöB' (mit dem Vermerk "ohne Rechtsmittel"), welche die Nähe der beiden Projekte Nr. 120054 und Nr. 120057 oder allenfalls weiterer Projekte zum Gegenstand haben und die Frage nach der Anwendbarkeit des BöB bzw. Zuständigkeit des Gerichts beschlagen, sowie das Voraktenverzeichnis in teilweise anonymisierter Form (Vernehmlassungsbeilage 21) zugestellt.

5.3 Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist vorliegend die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3797/2015 vom 13. Juli 2015 E. 5 "Publicom"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Dies rechtfertigt sich umso mehr, als der vorliegende Zwischenentscheid ausschliesslich mit der fehlenden Anwendbarkeit des BöB begründet wird. Damit ist die Situation vergleichbar derjenigen nach ausdrücklicher Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1368). Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein Bild machen von der Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

6.

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

2.1 Der Akteneinsichtsantrag der Beschwerdeführerin wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

2.2 Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

3.

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

5.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 189145; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 17. Dezember 2019