



## Zwischenentscheid vom 24. Februar 2015

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger,  
Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner.

Parteien

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

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

beide vertreten durch Rechtsanwälte  
lic. iur. Remo Baumann und Dr. iur. Franz Xaver Muheim,  
Muheim Merz Baumann, Rechtsanwälte und Notare,  
Bundesplatz 2, Postfach 4525, 6304 Zug,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Bundesamt für Strassen (ASTRA),**  
Rechtsdienst und Landerwerb,  
3003 Bern,  
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - N09.72 Zwischbergen,  
Casermettatunnel, Baumeisterarbeiten,  
SIMAP Meldungsnummer 844207 (Projekt-ID 116838).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 4. September 2014 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "N09.72 Zwischbergen, Casermettatunnel, Baumeisterarbeiten" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 835079). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung sind im Abschnitt "Zwischbergen Casermettatunnel", der sich auf der Südseite der Simplonpassstrasse befindet und sich über eine Länge von ca. 1.9 km erstreckt, wovon ca. 95% der Strecke in Galerien, Tunnel und Brücken verläuft, verschiedene bauliche Massnahmen geplant. Ziel des Gesamtprojekts sei die Instandsetzung der Kunstbauten und des Trasses sowie die Erstellung eines norm- und richtlinienkonformen Zustands.

**A.b** Mit Publikation vom 19. September 2014 berichtigte die Vergabestelle die Ziffer 3.8 der Ausschreibung dahingehend, dass die Bausumme des Referenzobjekts anstatt 10 Mio. Franken neu 5 Mio. Franken exkl. MwSt. betragen muss.

**A.c** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE X.\_\_\_\_ sowie dasjenige der ARGE Y.\_\_\_\_, welches neben dem Amtsvorschlag auch zwei Varianten enthielt.

**A.d** Der Zuschlag vom 17. November 2014 an die Mitglieder der ARGE Y.\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen) wurde am 21. November 2014 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 644207) publiziert. Die Zuschlagsempfängerinnen erhielten insgesamt 423 von maximal 500 Punkten, während das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit 353 Punkten bewertet wurde.

**B.**

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 17. November 2014 erhoben die Mitglieder der ARGE X.\_\_\_\_ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) am 11. Dezember 2014 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei der Zuschlag gemäss Publikation vom 21. November 2014 aufzuheben und den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben, das Vergabeverfahren abubrechen und anschliessend zu wiederholen. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwer-

deführerinnen, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Zuschlagsempfängerinnen hätten das Eignungskriterium 4 "Schlüsselpersonen" nicht erfüllt, wonach namentlich eine Bestätigung einzureichen gewesen sei, dass die jeweiligen Schlüsselpersonen für die ersten zwei der insgesamt vier Auftragsjahre zur Verfügung stehen (Beschwerde, S. 10 f.). Die Beschwerdeführerinnen legen weiter dar, die Vergabestelle habe ihnen am Debriefing vom 3. Dezember 2014 erklärt, wie sie die Punktevergabe vorgenommen hätte. Danach hätte die Note 3 (Maximalnote 5) dem Attribut "erfüllt" entsprochen. Nur im Fall eines sogenannten "Mehrerts" hätte sie mehr Punkte vergeben. Unter "Mehrwert" habe die Vergabestelle Vorschläge der Anbieter verstanden, die zu Kosteneinsparungen oder zu besseren Nutzungsmöglichkeiten führen würden. Die Vergabestelle habe solche Vorschläge demnach nicht als Variante, die im Verfahren ausdrücklich zugelassen seien, sondern mittels einer nicht nachvollziehbaren Punktebewertung beurteilt. Die Vergabestelle verstosse gegen die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung, wenn sie Subkriterien einführe, die in der Ausschreibung nicht festgeschrieben worden seien (Beschwerde, S. 11.). Die Beschwerdeführerinnen bezweifeln ausserdem, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen zu Recht mit der Note 4 bewertet worden ist. Sodann machen sie geltend, die Zuschlagsempfängerinnen würden mit einem unverhältnismässig niedrigen Personaleinsatz von durchschnittlich 10 Mann rechnen, während sie im Schnitt ca. 27 Bauarbeiter vorsehe (Beschwerde, S. 14). Nach einlässlicher Analyse der Ausschreibungsunterlagen sei ihnen zudem aufgefallen, dass die vorgegebenen Leistungsverzeichnisse nicht mit den Ausführungsplänen übereinstimmen. Als Beispiel nennen die Beschwerdeführerinnen, dass nach dem Ausführungsplan der Beton bei einer Betonschicht von 35 cm am bestehenden Tunnelprofil abzutragen ist. Demgegenüber zeige das Leistungsverzeichnis, dass Positionen für den Betonabtrag bis zur Stärke von 1 Meter zu offerieren sind. Eine Vergabe auf Basis einer Ausschreibung, bei welcher der Mengenvergleich zwischen den Angaben im Leistungsverzeichnis und den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen derart divergiert, sei rechtswidrig (Beschwerde, S. 18 f.).

### **C.**

**C.a** Mit superprovisorischer Anordnung vom 12. Dezember 2014 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen.

**C.b** Am 15. Dezember 2014 wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 5. Januar 2015 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Den Zuschlagsempfängerinnen wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen. Sowohl der Vergabestelle als auch den Zuschlagsempfängerinnen wurden die Beschwerdebeilagen 1 bis 5 und 7 bis 10 zugestellt.

**D.**

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 teilten die Zuschlagsempfängerinnen mit, sie würden einstweilen darauf verzichten, zur Beschwerde vom 11. Dezember 2014 Stellung zu nehmen, wobei spätere Stellungnahmen ausdrücklich vorbehalten wurden. Die Zuschlagsempfängerinnen legen einzig dar, dass die Beschwerde zahlreiche unrichtige Behauptungen enthalte. In Bezug auf die Akteneinsicht wiesen die Zuschlagsempfängerinnen darauf hin, dass ihre Offerte Geschäftsgeheimnisse enthalte, weshalb ein allfälliges Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in ihre Offerte und darüber Auskunft gebende Akten der Vergabestelle abzuweisen wäre.

**E.**

**E.a** Nach einmalig erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 19. Januar 2015 eine Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen ein. Sie beantragt, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Nach Ansicht der Vergabestelle erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet, weshalb die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen sei. Die Vergabestelle macht geltend, die Vorgehensweise der Punktevergabe in Ziffer 3.9 der Ausschreibung sei offen und transparent mitgeteilt worden. Das Bauprogramm (Weg-Zeit-Diagramm) der Beschwerdeführerinnen sei zwar sehr ausführlich und detailliert dargestellt, indessen würden konkrete Angaben zu den Leistungen fehlen. Die Beschwerdeführerinnen hätten ausserdem zu früh Arbeiten im Freien geplant; diese seien aufgrund des Steinschlagschutzes erst nach 2016 zulässig und nicht bereits im Jahr 2015. Das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen sei mit der Note 4 bewertet worden, weil dieses Taktbauabläufe pro Hauptarbeit und Jahr zur Plausibilisierung der Leistungen mit Zeitachsen in Wochen und Tagen sowie Hinweise auf einen möglichen 2-Schichtenbetrieb und die zweispurige Verkehrsführung während der Hauptreisezeiten

im Sommer vorgesehen habe und die aufgezeigten Reserven glaubhaft dargestellt worden seien. In Bezug auf den Inhalt und die Qualität der eingereichten Unterlagen (Zuschlagskriterium 3) der Beschwerdeführerinnen hält die Vergabestelle im Wesentlichen fest, diese seien zu allgemein gehalten bzw. es würden einige wichtige Angaben fehlen. Auch die Qualität und Plausibilität (Zuschlagskriterium 4) hätten die Beschwerdeführerinnen zu wenig detailliert dokumentiert, weshalb die Note 3 gerechtfertigt sei. Die Vergabestelle bringt weiter vor, dass bei der Sanierung von Bauwerken die Dokumentation des Ist-Zustands anhand von alten Plänen schwierig sei, weshalb man bei einigen Vorausmassen die Mengen im Leistungsverzeichnis im Vergleich zu den Submissionsplänen erhöht habe. Dies sei notwendig und üblich, um nicht bei der Ausführung mit erheblichen Mehrmengen konfrontiert zu werden.

**E.b** Ebenfalls am 19. Januar 2015 reichte die Vergabestelle die Akten des strittigen Beschaffungsverfahrens ein, wobei sie beantragt, die Dossiers 1 (Evaluationsbericht inkl. Beilagen), 2 (Diverse Verfahrens- und Vergabeunterlagen), 4 bis 6 (Offerten der übrigen Anbieter), 8 (Protokoll Projektfachsitzung) und 9 (Bauprogramm Zuschlagsempfängerinnen) seien angesichts der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse den Beschwerdeführerinnen nicht zuzustellen.

**E.c** Mit Verfügung vom 21. Januar 2015 wurde die Vergabestelle ersucht, dem Gericht Abdeckungsvorschläge zu den Dossiers 1, 2 und 8 einzureichen. Gleichzeitig wurde die Eingabe vom 19. Januar 2015 mit den nicht strittigen Beilagen den Beschwerdeführerinnen einstweilen zugestellt.

**E.d** Am 23. Januar 2015 reichte die Vergabestelle die Dossiers 1, 2 und 8 in teilweise abgedeckter Form ein, welche den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 26. Januar 2015 zugestellt wurden.

## **F.**

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Stellungnahme vom 28. Januar 2015 im Wesentlichen an der Begründung fest und bekräftigen ihre Ausführungen namentlich in Bezug auf die Rügen betreffend das Eignungskriterium der Schlüsselpersonen und betreffend die von der Vergabestelle eingerechneten Reserven im Leistungsverzeichnis.

## **G.**

**G.a** Die Vergabestelle reichte am 30. Januar 2015 ein Gesuch um Fristansetzung für eine Stellungnahme ein, welchem gleichentags entsprochen wurde.

**G.b** Mit Stellungnahme vom 5. Februar 2015 macht die Vergabestelle geltend, dass die Angebote jeweils einzeln bewertet und benotet worden seien; die Noten seien nicht aufgrund von Quervergleichen der Angebote erteilt worden. Die Benotung sei denn auch anhand der transparent kommunizierten Bewertungsmatrix vorgenommen worden. Zudem habe sie entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht gesagt, das Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen sei "gut" gewesen, sondern lediglich, es sei entsprechend der durchschnittlichen Erfüllung und Qualität mit der Gesamtnote 3 bewertet worden. Das Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen sei nicht in allen Punkten schlüssig und komplett gewesen. Schliesslich weist die Vergabestelle darauf hin, dass gemäss Ausschreibung Varianten zum Amtsvorschlag unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen worden seien.

#### **H.**

Auf diese und weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist, soweit erforderlich, in den Erwägungen einzugehen.

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

#### **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen über 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** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, 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). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.3** 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 mit Hinweisen). Es ist 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.

**1.4** 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).

**1.5** Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 4. September 2014 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 Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GATT-Übereinkommens. Bei der Sanierung des Abschnitts "Zwischbergen Casermettatunnel" handelt es sich offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Der Preis des berücksichtigten Angebots von CHF 32'806'470.05 (exkl. MwSt.) überschreitet zweifelsfrei den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert gemäss 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 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (AS 2013 4395). Demnach fällt die Beschaffung in casu in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

**1.6** 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 einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei der am 21. November 2014 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihnen selbst zu erteilen. Die Beschwerdeführerinnen sind an zweiter Stelle rangiert. Demnach würde ihnen die Aufhebung der Zuschlagsverfügung die Möglichkeit geben, selbst den Zuschlag zu erhalten. Aufgrund dessen haben die Beschwerdeführerinnen ein schutzwürdiges Interesse

an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG), welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C\_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, entgegen der bisherigen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, um die Legitimation zu bejahen. Dieser Unterschied zwischen der ursprünglichen Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) wie auch des Bundesverwaltungsgerichts einerseits und des Bundesgerichts andererseits wirkt sich indessen nur auf reine Bewertungsrügen aus (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 3.3; ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 104 (2003), S. 11 f.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1302).

**1.7** Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **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 je-ne, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). 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 Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

**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. 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) 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). 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 (BVG 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen unter anderem, die Vergabestelle sei vom Bewertungssystem gemäss Ausschreibung abgewichen. Als Begründung bringen sie vor, die Vergabestelle habe ihnen am Debriefing vom 3. Dezember 2014 erklärt, wie sie die Punktevergabe vorgenommen hätte. Demnach entspreche die Note 3 (Maximalnote 5) dem Attribut "erfüllt". Nur wenn ein Mehrwert vorliege, hätte sie – die Vergabestelle – mehr Punkte vergeben. Ein Anbieter, der die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, könne demnach nie die Punktezahl erreichen, die ihm einen Vorteil über den Mitbewerber verschaffen würde. Unter "Mehrwert" verstehe die Vergabestelle Vorschläge der Anbieter, die zu Kosteneinsparungen oder zu besseren Nutzungsmöglichkeiten führen. Als konkretes Beispiel habe die Vergabestelle die zweispurige Nutzung der Strasse während der Sommerzeit genannt. Demnach habe die Vergabestelle solche Vorschläge nicht als Variante (Unternehmervariante), sondern mittels einer nicht nachvollziehbaren Punktebewertung beurteilt. Die Vergabestelle habe ausserdem nicht geprüft, ob der angebotene Mehrwert überhaupt umsetzbar ist. Sie verstosse gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung, indem sie Subkriterien einführe, die nicht in der Ausschreibung vorgeschrieben worden seien.

**3.2** Die Vergabestelle macht geltend, sie habe die Punktevergabe bzw. den Bewertungsrahmen offen und transparent mitgeteilt. Der Ausschreibung sei eindeutig zu entnehmen, dass die Note 3 vergeben wird, wenn ein Angebot den Anforderungen des betreffenden Kriteriums bzw. Subkriteriums der Ausschreibung entspricht. Würden bessere und ausführlichere oder schlechtere bzw. spärlichere Ausführungen gemacht, könnten auch bessere bzw. schlechtere Noten erreicht werden. Das Argument der fehlenden bzw. ad hoc gebildeten Subkriterien greife nicht; sämtliche Zuschlagskriterien sowie die Präzisierungen zu den Bewertungen seien auf der Internetplattform SIMAP publiziert worden. Die Bewertung der Angebote sei anhand der Zuschlagskriterien in Verbindung mit den Ausführungen im Dokument F (Dossier 3; Ziffer 6 bis 9, S. 14 ff.) erfolgt. Das unter dem Zuschlagskriterium 2 (ZK 2) beurteilte Bauprogramm der Beschwerdeführerinnen entspreche genau dem, was die Vergabestelle verlangt habe, aber nicht

mehr. Die Zuschlagsempfängerinnen hingegen hätten während den Sommerferien jeweils eine 2-wöchige doppelspurige Verkehrsführung ohne Behinderung ausdrücklich vorgesehen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen enthalte auch eine Zeitreserve von 12 Wochen, was gerade auf Strassen in Bergregionen eine grosse Bedeutung zukomme sowie die Möglichkeit eines 2-Schichtbetriebs. Die Plausibilisierung der Leistungen sei anhand von Taktbauabläufen pro Hauptarbeit und Jahr mit Zeitachsen in Wochen und Tagen dargestellt worden. Angesichts dessen sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen zum ZK 2 mit der Note 4 bewertet worden. Zwar hätten die Zuschlagsempfängerinnen zwei Varianten eingereicht, doch sei der Zuschlag aufgrund der Amtsvariante erfolgt.

**3.3** Im Folgenden ist summarisch zu prüfen, ob die Vergabestelle im Rahmen der Evaluation prima facie von ihrem in der Ausschreibung mitgeteilten Bewertungssystem abgewichen ist, indem sie – wie seitens der Beschwerdeführerinnen behauptet – eine über dem Durchschnitt liegende Note nur erteilt hat, wenn das Angebot einen "Mehrwert" im Sinne von über die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen hinausgehende Leistungen enthielt, nicht aber, wenn die Anbieter eine Offerte eingereicht haben, welche die Zuschlagskriterien "gut erfüllt". Damit wird zugleich die Frage aufgeworfen, ob sich die Vergabestelle im Rahmen der Bewertung im Sinne des Transparenzgebots an die kommunizierten Spielregeln gehalten hat. Ausserdem stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob die von den Zuschlagsempfängerinnen angebotene Verkehrsführung der Sache nach nicht eher eine Variante als eine mit der Note 4 zu bewertende Erfüllung des Amtsvorschlages darstellt. Schliesslich bleibt allenfalls zu prüfen, ob die Vergabestelle die Rahmenbedingungen nicht so definiert hat, dass eine Variante im beschriebenen Sinne diesen nicht mehr entsprechen würde.

#### **4.**

**4.1** Die Zuschlagskriterien konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält in der Folge den Zuschlag (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB). Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche

Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1).

**4.2** Der Grundsatz, das Vergabeverfahren transparent zu gestalten, wird in Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB ausdrücklich festgehalten. Auch die Präambel des GPA (1994) betont, es sei für die Transparenz der Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zu sorgen. Das revidierte GPA 2012 hebt den Grundsatz der Transparenz in Art. IV Abs. 4 ausdrücklich hervor (vgl. HERMANN PÜNDER, Völkerrechtliche Vorgaben für das öffentliche Beschaffungswesen, insbesondere im Government Procurement Agreement, in: Malte Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium Vergaberecht, 2. Auflage, Köln 2013, S. 71 ff., insb. S. 77 f.). Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante – Klarheit im Voraus – und der Transparenz ex post – Verständlichkeit im Nachhinein – unterschieden wird (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-ante-Transparenz verlangt, dass die Regeln im Wettbewerb um den Beschaffungsvertrag allen Verfahrensteilnehmern bekannt sind. In diesem Zusammenhang steht auch das Verbot der Änderung von Leistungs- und Verfahrensparametern im laufenden Verfahren (vgl. dazu ausführlich E. 4.4 hiernach).

**4.3** Nach dem Transparenzgebot hat die Vergabestelle sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigt, vorgängig in ihrer Reihenfolge bekannt zu geben und zu gewichten (Art. 21 Abs. 2 BöB sowie Ziff. 6 Anhang 5 zur VöB, Art. 27 Abs. 1 VöB). Sind Lösungen, Lösungswege oder Vorgehensweisen Gegenstand der Beschaffung, so kann die Vergabestelle auf die Gewichtung verzichten. Indessen ist aus Gründen der Transparenz auch bei solchen Beschaffungen zumindest die Reihenfolge der Kriterien in der Ausschreibung festzulegen (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 1. Januar 2010, S. 18 f.;

<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.ppf>, besucht am 23. Februar 2015). Könnte die Vergabestelle die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nämlich erst nachträglich, in Kenntnis der eingegangenen Offerten festsetzen, so bestünde die Gefahr der Manipulation bzw. der Begünstigung eines bestimmten Anbieters (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E.3.1).

**4.4** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (Entscheid der BRK vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

**4.5** Das Transparenzgebot gilt als Regel formeller Natur; wurde es verletzt, so ist der angefochtene Entscheid grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 6.1; Entscheid der BRK vom 18. Mai 2006, BRK 2005-025, E. 3a/aa mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4). Dass die Missachtung des Transparenzgebots Konsequenzen haben muss, ist unbestritten (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 11. März 2011 E. 3.6 und 5.1.7; Urteil des Bundesgerichts 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4; vgl. auch ELISABETH LANG, a.a.O., S. 110). In der eben zitierten Erwägung führt das Bundesgericht aus, dass es sich beim Gebot, dass Ausschreibungs- bzw. Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten seien, um eine Regel formeller Natur handle, deren Missachtung Konsequenzen haben müsse und "unter Umständen" auch zur Aufhebung des Zuschlages führe, was nach der Praxis der BRK die Regel sei. Die Frage, ob allenfalls dann davon abzuweichen sei, wenn die Zuschlagsbehörde darlegen könne, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermocht habe, liess das Bundesgericht in der Folge ausdrücklich offen mit dem Hinweis darauf, dass der Zuschlagsentscheid regelmässig dann nicht aufrechterhalten werden könne, wenn den

Bewerbern entscheidende Zuschlagskriterien vorenthalten bzw. wenn solche nachträglich (während des hängigen Verfahrens) massgeblich verändert worden seien. Die vom Bundesgericht aufgeworfene, aber nicht beantwortete Frage, ob andernfalls abweichend von der Praxis der BRK zu entscheiden wäre, kann – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. E. 5.2.9 f. hiernach) – vorliegend ebenfalls offen bleiben. Die fehlende Kausalität führt jedenfalls in Bezug auf das Gesuch auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu einer Abweisung, solange diese offensichtlich ist und die gewählten Kriterien jedenfalls unter die Oberkriterien subsumierbar sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.7).

**4.6** Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1, B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3, mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6082/2012 vom 8. Mai 2012 E.2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (Entscheid BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 65.94, E. 3d i.V.m. E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 410).

**4.7** Gemäss Art. 22a Abs. 1 VöB steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin

kann diese Möglichkeit jedoch beschränken oder ausschliessen. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung; Amtsvorschlag) abweicht (Entscheid der BRK vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc mit Hinweis). Indessen hat auch eine Variante die von der Vergabestelle vorgegebenen, zu garantierenden und daher zwingend einzuhaltenden Rahmenbedingungen zu beachten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.4.4). Die sich aus dem Wortlaut von Art. 22a Abs. 1 VöB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird neben der Aufgabe der Vergabestelle, alle Offerten vergleichbar zu machen, auch damit begründet, diese Pflicht der Anbieter solle sicherstellen, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1). Eine ohne Amtslösung eingereichte Variante führt zur Unvollständigkeit der Offerte und damit grundsätzlich zu deren Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 5.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 751).

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerinnen machen wie erwähnt geltend (vgl. E. 3.1 hiervor), die Vergabestelle sei von ihrem in der Ausschreibung kommunizierten Bewertungssystem abgewichen. Diese Rüge stützen die Beschwerdeführerinnen auf die Aussage der Vergabestelle, wonach erst ein Mehrwert, beispielsweise durch die doppelte Verkehrsführung im Sommer, zu einer überdurchschnittlich guten Note (Note 4 oder 5) führe. Das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen sei im Ergebnis als Variante zu qualifizieren, da sogenannte Mehrwerte gerade nicht in eine Amtslösung ("Amtsvariante") gehörten. Im Folgenden ist demnach zu prüfen, nach welchem Bewertungssystem die Vergabestelle gemäss Ausschreibung vorgehen wollte und ob bzw. wie sie dieses im Rahmen der Evaluation entsprechend umgesetzt hat. Ausserdem stellt sich die Frage, ob es sich bei der seitens der Zuschlagsempfängerinnen angebotenen Verkehrsführung der Sache nach allenfalls um eine Variante handelt.

## **5.2**

**5.2.1** Die Vergabestelle definierte die Zuschlagskriterien in Ziffer 3.9 der Ausschreibung wie folgt:

"Die Bewertung der Angebote erfolgt gemäss der nachfolgenden Zuschlagskriterien:

ZK1: Preis; Gewichtung 50%

Vollständig ausgefüllte und unterzeichnete Leistungsverzeichnisse im Volltext in Papier und auf CD (SIA-Schnittstelle)

ZK2: Detailliertes Bauprogramme inkl. allen Objekten, Meilensteine, Personal; Gewichtung 20%

Die Anforderungen an Inhalt und Darstellung sind im Teil F der Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen.

ZK3: Inhalt und Qualität der eingereichten Unterlagen; Gewichtung 20% davon:

Technischer Bericht: 10%

QM-Konzept: 3%

Risikoanalyse: 7%

[...]

ZK4: Qualität, Plausibilität des Bauprogramms; Gewichtung 10% im Gesamten [...]."

**5.2.2** Nach Ziffer 3.9 der Ausschreibung "Benotung der übrigen Zuschlagskriterien" erfolgt die Bewertung immer mit Noten von 0 bis 5 nach folgendem Schema:

"0 = nicht beurteilbar; keine Angabe

1 = sehr schlechte Erfüllung; ungenügende, unvollständige Angaben

2 = schlechte Erfüllung; Angaben ohne ausreichenden Projektbezug

3 = normale, durchschnittliche Erfüllung; durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend

4 = gute Erfüllung; qualitativ sehr gut

5 = sehr gute Erfüllung; qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung

Sofern ein Hauptkriterium aus Subkriterien besteht, werden diese benotet. Die Punktzahl des Hauptkriteriums ergibt sich aus der Summe der Noten der Subkriterien multipliziert mit ihrer Gewichtung.

Punktberechnung: Summe aller Noten multipliziert mit ihrer Gewichtung (Maximalpunktzahl: Note 5 x 100 = 500 Punkte). Für die Multiplikation mit dem Gewicht des Kriteriums ist die Zehntelstelle mit zu berücksichtigen, beim Preis die Hundertstelstelle."

Vorliegend führt die Vergabestelle die Beurteilung der Zuschlagskriterien mittels des sogenannten Matrixsystems durch. Dabei werden für die Kriterien Punkte vergeben, die anschliessend mit deren Gewichtung multipliziert werden (vgl. DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Jean-Baptiste Zufferey und Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, S. 237). Das Benotungssystem der Vergabestelle folgt einer Methode, welches dem Schulnotensystem gleicht: Die jeweiligen Angebote werden je mit einer Note zwischen 0 und 5 bewertet, die den Attributen "nicht beurteilbar" bis "sehr gute Erfüllung" entsprechen. Damit folgt die Vergabestelle mit dem kommunizierten Bewertungssystem den Vorgaben des Handbuchs für die Beschaffung von Nationalstrassen (vgl. Handbuch Beschaffung Nationalstrasse ASTRA, 7. Aufl., 1. Februar 2014, S. 45; <http://www.astra.admin.ch/dokumentation/04139/04143/index.html?lang=de>, besucht am 23. Februar 2015). Mit einer durchschnittlichen Erfüllung der Zuschlagskriterien sollte demnach die Durchschnittsnote 3 erreicht werden; bei einer guten oder sehr guten Erfüllung der Kriterien entsprechend eine gute oder sehr gute Note (Note 4 oder 5).

**5.2.3** Varianten werden gemäss Ziffer 2.8 der Ausschreibung zugelassen, wobei folgende Bedingungen einzuhalten sind.

"Die Amtsvariante ist in jedem Falle vollständig einzureichen. Es werden keine Projektvarianten akzeptiert. Als Projektvariante wird insbesondere eine Variante angesehen, bei welcher das Ergebnis des ausgeführten Bauwerkes nicht mit dem Detailprojekt resp. Massnahmenprojekt identisch ist, inklusive verwendeter Baustoffe.

Es können hingegen Ausführungsvarianten vorgeschlagen werden. In diesem Fall sind diese Gegenstand eines separaten Angebots, wobei folgendes gilt:

- [...].
- Die besonderen Bestimmungen sind vollständig einzuhalten.
- [...].

Die den Offertunterlagen beigefügten Varianten des Unternehmers müssen alle Angaben enthalten, welche erforderlich sind, um sie unter technischen und finanziellen Gesichtspunkten zu beurteilen. [...]."

Das Einreichen von Varianten ist vorliegend laut Ausschreibung unter den Bedingungen von Art. 22a Abs. 2 VöB somit zulässig. Nach Angabe der Vergabestelle darf eine Variante nur eingereicht werden, wenn die Amtslösung ("Amtsvariante") vollständig vorliegt.

**5.2.4** Gemäss dem Dokument B1 "Besondere Bestimmungen Bau" vom 29. August 2014 (Dossier 3) wird unter dem Titel "Bauvorgang, Ablaufplanung, Bauphasen, Bauprogramm" (Ziffer 623.200; Verkehrsführung) aufgeführt, dass die Anbieter unter anderem folgende Randbedingung einzuhalten haben: "1 Spur für Bauarbeiten belegt, 1 Spur für Verkehr (Gegenverkehr) offen". Dasselbe Dokument enthält in Ziffer 832.130 auch, dass auf Anweisung der Vergabestelle in Notfällen der Fahrraum innert 48 h zu räumen und zweispurig für den Verkehr freizugeben ist. Die Vergabestelle stellt in Ziffer 621.100 sodann klar, dass der Unternehmer sein Bauprogramm derart zu gestalten hat, dass der Grundsatz "Verkehr vor Bau" jederzeit berücksichtigt wird. Der Bauherr lege grössten Wert auf eine möglichst flüssige Verkehrsführung (Dokument B1, Dossier 3). Die Vergabestelle schreibt ausserdem im Dokument F1 "Angaben des Anbieters" (Dossier 3) vor, dass die Anbieter die Bauabläufe des Bauabschnitts 1 und die Abhängigkeiten infolge der einstreifigen Verkehrsführung und der erschwerten Zugänglichkeiten darzustellen haben (Ziffer 7.2). Auch der Plan der Vergabestelle zum "Tunnel / Geotechnik" zeigt während der Bauphase eine einspurige Verkehrsführung auf. Erst in der Winterpause soll die Strasse laut Plan zweispurig befahren werden können (Dokument E 07.12, Dossier 3).

Angesichts der Angaben der Vergabestelle in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen scheint es demnach, dass diese eine zweispurige Verkehrsführung lediglich während der Wintermonate explizit gefordert hat, während sie im Sommer eine zweispurige Fahrbahn nur für den Notfall vorgesehen hat. Zwar spricht sich die Vergabestelle für den Grundsatz "Verkehr vor Bau" aus, doch kann daraus nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Vergabestelle damit grundsätzlich eine doppelspurige Fahrbahn in Betracht zieht. Es kann im Rahmen einer Gesamtbetrachtung prima facie somit zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle zwar die Wichtigkeit einer flüssigen Verkehrsführung verdeutlichen wollte, dass sie indessen während der Sommermonate eine einspurige Verkehrsführung als Amtslösung definiert hat.

**5.2.5** Die Zuschlagsempfängerinnen haben als einzige Anbieterin Varianten (Variante B1 und B2) eingereicht. Diese beziehen sich auf den Spritzmörtel, wobei die Varianten aufgrund der Wahl des Spritzmörtels in finanzieller Hinsicht leicht günstiger ausfallen (vgl. Offerte der Zuschlagsempfängerinnen, Dok. F, Register-Nr. 12). Eine Variante betreffend die Verkehrsführung haben die Zuschlagsempfängerinnen nicht eingereicht.

Die Zuschlagsempfängerinnen definieren in ihrer Offerte das Bauprogramm namentlich anhand einer Schemasituation; danach planen sie in den Jahren 2016, 2017 und 2018 jeweils in den Wochen 31 und 32 eine doppelspurige Verkehrsführung ohne Behinderungen ein (vgl. Technisches Angebot der Zuschlagsempfängerinnen vom 15. Oktober 2014, Register-Nr. 7.1). Auch im Dokument F1 "Angaben des Anbieters" geben die Zuschlagsempfängerinnen an, dass mit ihrem Angebot im Jahr 2015 ab der Woche 34 und in den Jahren 2016 bis 2018 in den Wochen 31 und 32 eine doppelspurige Verkehrsführung ermöglicht werde (Technisches Angebot der Zuschlagsempfängerinnen vom 15. Oktober 2014, Register 7.1, S. 3 f.).

**5.2.6** Gemäss Evaluationsbericht (Dossier 1) erhielt das Angebot der Beschwerdeführerinnen für das Zuschlagskriterium ZK 2.1 "Bauprogramm" die Note 3 und damit 60 von maximal 100 Punkten. Das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen wurde im Rahmen der Bewertung des ZK 2.1 mit der Note 4 bewertet und erhielt entsprechend 80 Punkte. Die Vergabestelle führte im Evaluationsbericht aus, dass die Zuschlagsempfängerinnen eine zweispurige Verkehrsführung während den Sommerferien vorsehe. Demgegenüber merkte sie beim Angebot der Beschwerdeführerinnen an, dass der Verkehr im Winter freigegeben werde; dass jedoch keine zweispurige Freigabe im Sommer vorgesehen sei. Auch bei den Anbieterinnen A und C vermerkte die Vergabestelle, ob eine doppelspurige Verkehrsführung während des Sommers in der Offerte eingeplant war (vgl. Dossier 1).

**5.2.7** Laut dem Evaluationsbericht hat die Vergabestelle somit den Umstand, ob ein Angebot die Möglichkeit einer zweispurig geführten Fahrbahn während des Sommers enthält, prima facie in die Bewertung einfließen lassen. Da die Zuschlagsempfängerin möglicherweise ein Angebot eingereicht hat, welches über die Amtslösung – eine einspurige Verkehrsführung im Sommer – hinausgeht und damit der Sache nach einer Variante entspricht, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle von ihrem in der Ausschreibung kommunizierten Bewertungssystem abgewichen ist. Ausgehend von dieser Bewertungslogik konnte sich eine Anbieterin nicht mit einem guten Angebot von den übrigen Anbieterinnen absetzen, sondern erst wenn sie für die Vergabestelle mittels Einreichung von Varianten sogenannte "Mehrwerte" schafft. Eine daraus resultierende flache Qualitätskurve würde – der Sache nach ähnlich wie eine die publizierte Gewichtung relativierende Preiskurve – dem von der Vergabestelle in der Ausschreibung erklärten Bewertungssystem im Ergebnis widersprechen,

womit ein Verstoss gegen das Transparenzgebot prima facie nicht ausgeschlossen werden kann. Zudem ist zumindest fraglich, ob die Zuschlagsempfängerinnen in Bezug auf die Verkehrsführung der Sache nach nicht eine Variante eingereicht haben, indem sie über die seitens der Vergabestelle beschriebene Verkehrsführung hinausgehend im Sommer während zwei Wochen eine doppelspurige Fahrbahn angeboten haben. Dabei kann offen bleiben, inwieweit zugleich von zwingend einzuhaltenden Rahmenbedingungen abgewichen worden ist oder inwieweit eine Variante ohne Grundangebot vorliegt.

**5.2.8** Die Vergabestelle hat den Umstand, ob eine doppelspurige Verkehrsführung während des Sommers angeboten wurde oder nicht im Rahmen des Zuschlagskriteriums 2 "Bauprogramm" bewertet. Zwar wird in Ziffer 7.1 des Dokuments F1 "Angaben der Anbieter" gefordert, dass die Anbieter ein detailliertes Gesamtbauprogramm einreichen und darin unter anderem die Hauptarbeiten pro Objekt bis zur Abnahme und Freigabe an den Verkehr darstellen. Indessen wird das Thema Verkehr auch beim Zuschlagskriterium 3 "Inhalt und Qualität der eingereichten Unterlagen" im Sinne der Verkehrssicherheit sowie im Rahmen des Zuschlagskriteriums 4 "Qualität, Plausibilität des Bauprogramms" erwähnt, indem die Vergabestelle von "Darstellen der Bauabläufe und Abhängigkeiten infolge der einstreifigen Verkehrsführung" spricht (vgl. Ziffer 3.9 der Ausschreibung). Folglich ist neben dem Umstand, dass die Vergabestelle möglicherweise nicht in Betracht gezogen hat, den Verkehr auch während der Sommermonate zweispurig zu führen, auch nicht völlig klar, welchem Zuschlagskriterium dieser Umstand zuzuordnen wäre.

**5.2.9** Nach dem Gesagten ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Vergabestelle als Amtslösung prima facie möglicherweise lediglich vorgesehen hat, dass während der Wintermonate die Fahrbahn zweispurig befahrbar sein soll, wobei im Sommer nur sichergestellt werden musste, dass der Verkehr für den Notfall innert 48 Stunden zweispurig geführt werden kann. Die Vergabestelle legt zwar dar, das Angebot der Beschwerdeführerinnen sei in einigen Punkten zu wenig ausführlich, weshalb es zu Recht mit der Note 3 bewertet worden sei. Das Ermessen der Vergabestelle im Rahmen der Offertevaluation steht indessen vorliegend nicht in Frage (vgl. E. 4.5 hiervor). Vielmehr ist mit Blick auf das Transparenzprinzip fraglich, ob die Vergabestelle nicht vom kommunizierten "Schulnotenbewertungssystem" abgewichen ist, indem sie eine Note über der Note 3 ("normale, durchschnittliche Erfüllung") nur erteilt hat, wenn die Anbieter mittels Vari-

anten zusätzliche Kosteneinsparungen oder bessere Nutzungsmöglichkeiten und damit einen sogenannten "Mehrwert" angeboten haben. Demnach bestehen zumindest Zweifel, dass die Vergabestelle einerseits die Bewertung nicht nach dem in der Ausschreibung angekündigten System durchgeführt hat und andererseits Offertaussagen zur Verkehrsführung bewertet hat, die im Rahmen der Amtslösung ("Amtsvariante") nicht vorgesehen waren. Jedenfalls erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe gegen den Grundsatz der Transparenz verstossen, und beim Angebot der Zuschlagsempfängerinnen handle es sich um eine Variante, als nicht offensichtlich unbegründet. Demnach kann offen bleiben, ob die Vergabestelle zugleich ein über die zwingend einzuhaltenden Rahmenbedingungen hinausgehendes Angebot berücksichtigt hat. Dagegen spricht indessen prima facie immerhin der Umstand, dass die seitens der Zuschlagsempfängerinnen angebotene zweispurige Verkehrsführung offensichtlich im Interesse der Vergabestelle ist.

**5.2.10** Indessen ist darauf hinzuweisen, dass mit Blick auf die Frage der Kausalität zwischen dem in Frage stehenden Verstoss gegen das Transparenzprinzip und der Rechtswidrigkeit des Zuschlags (vgl. E. 4.5 hiervor) eine bessere Benotung des Zuschlagskriteriums 2 "Bauprogramm" – auch in Verbindung mit einer Schlechterbewertung der Zuschlagsempfängerinnen – für die Beschwerdeführerinnen möglicherweise keine Rangverbesserung zur Folge hätte (vgl. den Zwischenentscheid B-4719/2007 vom 20. September 2007 E. 6 f.). Allerdings stellt sich auch die Frage, ob die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Rüge in Zusammenhang mit dem angewandten Bewertungssystem der Vergabestelle nicht auch Auswirkungen auf das Zuschlagskriterium 4 "Qualität, Plausibilität des Bauprogramms mit den Bauabläufen" hat, was seitens der Beschwerdeführerinnen ausdrücklich geltend gemacht wird. Diese Überlegung ist umso weniger von der Hand zu weisen, als in Erwägung 2.5.8 hiervor ausgeführt worden ist, die Zuordnung der Teilaspekte der bewerteten Qualität der Angebote zu den publizierten Zuschlagskriterien sei nicht restlos klar. Ausserdem könnte die Bewertung ohne Berücksichtigung der zweispurigen Verkehrsführung im Sommer auch zu einer schlechteren Benotung für die Zuschlagsempfängerinnen führen, sodass nicht gesagt werden kann, es bestehe offensichtlich kein Kausalzusammenhang zwischen der in Frage stehenden Verletzung des Transparenzgebots und dem Vergabeergebnis.

**5.3** Nach dem Gesagten brauchen die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Rügen betreffend die in den Leistungsverzeichnissen in Frage stehenden Mengen und dadurch mögliche Umlagen im Angebot der

Zuschlagsempfängerinnen (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Umgelagert, gemischt und offeriert – Thesen zur Preisspekulation, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, S. 125 ff.) sowie die Plausibilität der von den Zuschlagsempfängerinnen eingesetzten Anzahl Bauarbeiter nicht geprüft zu werden (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3).

## 6.

**6.1** Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, weshalb auf die Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen grundsätzlich verzichtet werden kann.

**6.2** An dieser Stelle ist indessen darauf hinzuweisen, dass die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Zuschlagsempfängerinnen hätten das Eignungskriterium "Schlüsselpersonen" nicht erfüllt, prima facie als offensichtlich unbegründet erscheint. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Baustellenleiter der Zuschlagsempfängerinnen sei entgegen der Vorgabe der Vergabestelle, wonach die Schlüsselpersonen während mindestens zwei Jahren zu 100% zur Verfügung stehen müssten, nur zu 25% verfügbar.

Das Eignungskriterium EK 4.2 ist laut der Ausschreibung erfüllt, wenn der Anbieter mit der Abgabe des Angebots bestätigt, dass die unter EK 4.1 genannten Schlüsselpersonen für die ersten 2 Jahre des vorliegenden Projekts zur Verfügung stehen. Dieses Kriterium durfte und musste von den Anbietern nach guten Treuen nicht dahingehend verstanden werden, dass die Schlüsselpersonen zu 100% zur Verfügung stehen müssen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 5.6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566). Die Beschwerdeführerinnen werden sich im Hauptverfahren auch mit der sich zu ihren Ungunsten auswirkenden hohen Gewichtung des Preises mit 50 Prozent konfrontiert sehen. Die Gewichtung ist in der Ausschreibung selbst bekannt gegeben worden und kann im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr in Frage gestellt werden (BVGE 2014/14 E. 4.4).

## 7.

**7.1** Nachdem sich erwiesen hat, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle sowie der Zuschlagsempfängerinnen abzuwägen (vgl. dazu E. 2.3 hiervor).

**7.2** Die Beschwerdeführerinnen machen in Bezug auf die relevanten Interessen geltend, ihre Rechte würden sich nur dann in ihrer Gesamtheit wahren lassen, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt werde. Zur Zeit seien noch keine Installationen auf dem Bauplatz gemacht worden, sodass die Aufhebung und Neuzuteilung bzw. die neuerliche Ausschreibung nicht durch faktische Notwendigkeiten beeinflusst werde. Ein überwiegendes öffentliches Interesse sei nicht ersichtlich.

**7.3** Die Vergabestelle nimmt zur Frage der Interessensabwägung keine Stellung, sondern beschränkt sich auf Ausführungen zur Frage der offensichtlichen Unbegründetheit der Beschwerde. Die Vergabestelle macht insbesondere weder Dringlichkeit geltend, noch dass eine sofortige Sanierung aufgrund allfälliger Sicherheitsrisiken unerlässlich sei.

**7.4** Die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes liegt einerseits im öffentlichen Interesse (vgl. E. 2.3 hiervor). Andererseits haben die Beschwerdeführerinnen ein erhebliches Interesse daran, den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und den Zuschlagsempfängerinnen zu verhindern. Wird der Vertrag geschlossen, haben die Beschwerdeführerinnen lediglich die Möglichkeit, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4 und B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 6.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1325). Nachdem die Vergabestelle keine Interessen geltend macht, welche einen unverzüglichen Vertragsschluss erfordern (vgl. dazu namentlich in Bezug auf den Strassenzustand den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4657/2009 vom 6. August 2009 E. 5.2) und auch sonst keine überwiegenden öffentlichen Interessen ersichtlich sind, rechtfertigt das Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung des effektiven Rechtsschutzes die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerinnen verlangen mit Beschwerde vom 11. Dezember 2014 die Edition verschiedener Urkunden. Neben den Beilagen der Vernehmlassung vom 19. Januar 2015 wurden den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 26. Januar 2015 auch die Dossiers 1, 2 und 8 in teilweise abgedeckter Form einstweilen zugestellt.

**8.2** Das Akteneinsichtsbegehren ist einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Da die Beschwerdeführerinnen mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsiegen, rechtfertigt es sich, dem Akteneinsichtsbegehren mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot einstweilen nicht zu entsprechen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 7.3; GALLI/MOSER/ LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**9.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Der Beschwerde vom 11. Dezember 2014 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

**2.**

**2.1** Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerinnen werden einstweilen abgewiesen, soweit ihnen 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.**

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 116838; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Rohner

**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 BGG). Die Rechtschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. Februar 2015