



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-985/2015
stm/rob/pre

Zwischenentscheid vom 25. März 2015

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner.

In der Beschwerdesache

Parteien

A. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Sylvia Bütler,
buetler legal gmbh,
Chilchgasse 8, Postfach 223, 6072 Sachseln,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Verkehr BAV,
Abteilung Finanzierung,
Mühlestrasse 6, 3063 Ittigen,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen -
Studie über die Erleichterung des Grenzübertritts im
Schienengüterverkehr zwischen der Schweiz und Italien,
SIMAP Meldungsnummer 852857 (Projekt-ID 118357),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

A.a Am 24. Oktober 2014 schrieb das Bundesamt für Verkehr (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Studie über die Erleichterung des Grenzübertritts im Schienengüterverkehr zwischen der Schweiz und Italien" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 840703). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst der Auftrag die Erarbeitung der Grundlagen zur Erstellung des Berichts des Bundesrats zur Erleichterung des Grenzübertritts im Schienengüterverkehr zwischen der Schweiz und Italien in beiden Richtungen. Es gelte festzuhalten, wie die Abläufe des Schienengüterverkehrs an den Grenzübergängen erfolgen und welche allfälligen Verbesserungsmaßnahmen angebracht sein würden.

A.b In der Folge gingen fristgerecht sieben Angebote ein, darunter diejenigen der A. ____ GmbH und der B. ____ SA.

A.c Der Zuschlag vom 27. Januar 2015 an die B. ____ SA (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) wurde am 27. Januar 2015 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 852857) publiziert. Der Dienstleistungsauftrag wurde zu einem Preis von Fr. 185'045.– vergeben. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 teilte die Vergabestelle der A. ____ GmbH mit, ihre Offerte sei nicht berücksichtigt worden, weil die Nachweise für die Erfüllung der Eignungskriterien 1, 2, 5, 6 und 7 gefehlt hätten.

B.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. Januar 2015 erhob die A. ____ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 13. Februar 2015 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Zuschlagsverfügung vom 27. Januar 2015 aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei die Beschwerdesache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen; subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des Entscheids festzustellen und der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung als Schadenersatz zuzusprechen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Vergabestelle sei ausserdem zu verpflichten, die vollständigen Akten einzureichen und es sei ihr vollständige Akteneinsicht zu gewähren. Zudem beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ein zweiter

Schriftenwechsel anzuordnen und ihr sei Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Vorakten Stellung zu nehmen. Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht vor, dass für die Frage, ob auf die Beschwerde einzutreten ist, der geschätzte Schwellenwert massgebend sei. Im Pflichtenheft sei mehrmals erwähnt worden, dass die Ausschreibung nach dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) erfolge. Sie habe deshalb darauf vertrauen dürfen, dass der von der Vergabestelle geschätzte Auftragswert den Schwellenwert für Dienstleistungen von Fr. 230'000.– erreicht. In materieller Hinsicht führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe am 4. Dezember 2014 ihr Angebot eingereicht mit den von der Vergabestelle verlangten Unterlagen. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 habe ihr die Vergabestelle mitgeteilt, dass ihre Offerte mangels Erfüllung der Eignungskriterien nicht habe berücksichtigt werden können; sie – die Beschwerdeführerin – habe Nachweise zu einzelnen Eignungskriterien nicht eingereicht. Dies entspreche jedoch nicht den Tatsachen. Gemäss Kopie der eingereichten Offerten (33 Seiten) habe sie sämtliche Nachweise eingereicht. Selbst wenn sie das Offertformular und die Selbstdeklaration nicht eingereicht hätte, wäre die Vergabestelle in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und des Verbots des überspitzten Formalismus verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin das Nachreichen der strittigen Nachweise zu ermöglichen. Demnach hätte die Vergabestelle sie nicht aus dem Verfahren ausschliessen dürfen. Weiter bezweifelt die Beschwerdeführerin, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin zu Recht als das wirtschaftlich günstigste qualifiziert worden ist. In Bezug auf die Interessenabwägung macht die Beschwerdeführerin geltend, indem die Vergabestelle den Zuschlag erst im Januar 2015 erteilt habe, hinke sie selbst bereits einen Monat nach. Das Interesse der Beschwerdeführerin an einem effektiven Rechtsschutz sei höher zu werten als das Interesse der Vergabestelle an einer raschen Vergabe.

C.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 17. Februar 2015 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Der Vergabestelle wurden die Beilagen der Beschwerde, einstweilen ohne die Beilage 4, zugestellt. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt,

ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen, wobei ihr die Beschwerde einstweilen ohne Beilagen zugestellt wurde.

D.

D.a Die Vergabestelle beantragt mit Eingabe vom 3. März 2015 die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Die Prozessvoraussetzungen zur Anfechtung der Zuschlagsverfügung werden von der Vergabestelle nicht bestritten. In materieller Hinsicht macht das Bundesamt für Verkehr (BAV) geltend, der Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen wesentlichen Formfehlern sei zu Recht erfolgt, weil diese die Offerte unvollständig eingereicht habe. Das Pflichtenheft habe klar vorgesehen, welche Nachweise zu welchen Eignungskriterien einzureichen sind, wobei dem Pflichtenheft diesbezüglich ein Formular beigelegt worden sei. Die durch nicht involvierte Personen durchgeführte Offertöffnung sei protokolliert worden; zum Angebot der Beschwerdeführerin sei festgehalten worden, dass ein Angebotsdokument mit Begleitbrief und ein USB-Stick eingereicht worden sei. Die separaten und in der Beschwerde als Beilage bezeichneten Dokumente zum Nachweis der Eignungskriterien seien, wie das Offertöffnungsprotokoll belege, bei der Vergabestelle nie eingegangen. Die Kopien des Nachweisformulars seien kein Beweis dafür, dass die Originale abgeschickt worden seien. Die Vergabestelle weist zudem darauf hin, dass eine Nachfrist für die Beschwerdeführerin eine Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Anbietern zur Folge gehabt hätte. Bei der Frage, inwieweit sie Mängel beheben lasse, verfüge sie ausserdem über einen gewissen Ermessensspielraum, wobei der Ausschluss eines Anbieters aus dem Vergabeverfahren nur bei wesentlichen Mängeln gerechtfertigt sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe unter solchen Mängeln gelitten, weil folgende Nachweise betreffend Eignungskriterien (EK) nicht eingereicht worden seien: Angaben zur Einhaltung der AGB des Bundes (EK 1), Zusicherung der Vertraulichkeit (EK 2), Angaben zur Einhaltung von Arbeitsbedingungen, von Arbeitsschutzbedingungen, von Lohngleichheit von Frau und Mann (EK 5), Angaben zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit (EK 6), Angaben zur Akzeptanz wesentlicher Vertragselemente (EK 7). Die Beschwerdeführerin habe die Verfügbarkeit der personellen Ressourcen (Schlüsselpersonen, EK 3) nicht in der Selbstdeklaration bestätigt, sondern in einer Fussnote erwähnt. Dieses Kriterium habe die Vergabestelle als knapp erfüllt erachtet. Zusammenfassend habe es sich bei den Mängeln nicht um zu vernachlässigende Kanzleifehler gehandelt, sondern um wesentliche formelle Mängel. Nach Angabe der Vergabestelle spreche

die Dringlichkeit der Beschaffung gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Bundesrat sei aufgrund eines vom Nationalrat am 10. März 2014 angenommenen Postulats verpflichtet, einen Bericht zu verfassen zur Frage, ob mit Italien Verhandlungen zur Vereinfachung der Zollverfahren und zur Verbesserung der Zusammenarbeit in der Verkehrsabwicklung und der Betriebsabläufe aufzunehmen seien. Die Frist für die Erfüllung eines Postulats und die Abgabe des Berichts betrage zwei Jahre. Die verbleibende Zeit bis zum Ablauf der gesetzlichen Frist müsse dafür genutzt werden, die Studie durchzuführen und den Bericht zu verfassen. Bei Erteilung der aufschiebenden Wirkung könne der Bericht nicht innert Frist vorgelegt werden, womit zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden sei. Auch dem Interesse der Zuschlagsempfängerin, den Auftrag gemäss dem von ihr eingegebenen Zeitplan durchzuführen, sei Rechnung zu tragen.

D.b Gleichzeitig mit der Stellungnahme vom 3. März 2015 reichte die Vergabestelle die Verfahrensakten ein.

E.

E.a Mit Verfügung vom 4. März 2015 wurde die Vergabestelle ersucht, dem Gericht betreffend die Beilagen 4, 5 und 8 zu ihrer Stellungnahme vom 3. März 2015 Abdeckungsvorschläge zu unterbreiten sowie die Offerten der übrigen Anbieter nachzureichen. Die Beilagen 1 bis 3, 6, 7, 9 und 10 wurden der Beschwerdeführerin zugestellt und ihr wurde Gelegenheit gegeben, zur Frage der Dringlichkeit Stellung zu nehmen.

E.b Die Vergabestelle reichte am 5. März 2015 eine geschwärzte Version der Beilagen 4 und 5 ein sowie die Offerten der übrigen Anbieter. Sie beantragte gleichzeitig, dass die Beilagen 4 und 5 der Beschwerdeführerin in der von ihr eingereichten Form zuzustellen seien, wobei die Beilage 8 (interne E-Mails) sowie die Offerten der Anbieter von der Akteneinsicht auszunehmen seien.

E.c Mit Verfügung vom 5. März 2015 wurden die Beilagen 4 und 5 der Beschwerdeführerin auszugsweise und in teilweise geschwärzter Form zugestellt.

F.

Die Beschwerdeführerin nahm am 11. März 2015 Stellung zur Frage der Dringlichkeit und reichte das Offertformular sowie die Selbstdeklaration ein, welche die unvollständige Beschwerdebeilage 8 ersetzen solle.

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 Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei der am 27. Januar 2015 publizierte Zuschlag aufzuheben und ihr selbst zu erteilen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin am 28. Februar 2015 mitgeteilt, dass ihre Offerte nicht berücksichtigt werden können, da "sie die Eignungskriterien nicht erfüllt" habe. Im Schreiben vom 28. Februar 2015 machte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin auf die Veröffentlichung des Zuschlags auf der Internetplattform simap.ch 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. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1271). Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin demnach mit der Publikation des Zuschlags implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen, womit die Beschwerdeführerin zu Recht nur die am 27. Januar 2015 publizierte Zuschlagsverfügung angefochten hat (BVGE 2007/13 E. 3.1 in fine). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und

damit implizit auch die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren bzw. die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerin (Fr. 115'000.– exkl. MwSt.) im Vergleich zum Preis der Zuschlagsempfängerin (Fr. 185'045.– inkl. MwSt.) besonders günstig. Damit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. zum Ganzen das zur Publikation vorgesehene Urteil des BGer 2C_380/2014 vom 15. September 2014 E. 4.4) so zu verstehen ist, dass die im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossene Anbieterin geltend machen muss, dass sie für den Fall, dass ihre Offerte in die Bewertung einbezogen wird, eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Indessen ist im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses das von der Beschwerdeführerin gestellte Begehren, es sei ihr der Zuschlag direkt zu erteilen, jedenfalls nicht zielführend, da die Evaluation durch die Vergabestelle gegebenenfalls erst noch erfolgen muss. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (Urteil des BVGer B-1875/2014 vom 16. Juli 2014 E. 1.3).

1.4 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).

1.5 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

2.

2.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf aufschiebende 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; Zwischenentscheid des BVGer 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 BVGer 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 BVGer 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 BVGer 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 BGer 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 (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.1 mit Hinweisen). Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; vgl. Urteil des BVGer B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, auszugsweise publiziert als BVGE 2011/17, E. 1.2).

3.2 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.

3.3 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).

3.4

3.4.1 Die Vergabestelle geht gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung von einem Dienstleistungsauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur VöB. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3).

3.4.2 Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung den Common Procurement Vocabulary-Referenznummern 60210000 "Öffentlicher Schienen-transport/öffentliche Schienenbeförderung", 73100000 "Dienstleistungen im Bereich Forschung und experimentelle Entwicklung", 71311200 "Beratung für Transportsysteme", 98110000 "Juristische Beratung und Entwicklung", 63521000 "Dienstleistungen von Gütertransportagenturen", 79223000 "Zollagentendiensten" und 71311230 "Dienstleistungen im Eisenbahnbau" zu, die gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung der CPC-Kategorie "Eisenbahnen" (ohne Angabe einer Gruppe) zugeordnet wird, wobei nicht klar wird, ob damit "Transport services by railway" im Sinne der CPCprov-Gruppe 711 gemeint sind. Die CPV-Nummer 60210000 entspricht prima facie einer der Gruppe 711 zuzuordnenden Dienstleistung, welche nicht vom Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst wird. Auch die CPV-Nummern 73100000, 63521000, 79223000 bzw. die diesen entsprechenden CPC-Gruppen 851, 748 und 863 fallen nicht unter die Positivliste. Indessen entsprechen die CPV-Nummern 71311200 und 71311230 Dienstleistungen der CPCprov-Gruppe 867, welche von der Positivliste erfasst werden. Demnach wären diese Bestandteile der Beschaffung nach Ansicht der Vergabestelle der als "Architectural, engineering and other technical services" zu beschreiben. Dies erscheint indessen prima facie nicht selbstverständlich, weil unter der Gruppe 867 zwar Dienstleistungen im Bereich der Beratung und Entwicklung von Transportsystemen erfasst werden, aber aus der "explanatory note" betreffend Dienstleistungen wie "Advisory and consultative engineering services" (Referenznummer 86721), "Engineering design services for the construction of civil engineering works" (Referenznummer 86724) sowie "Integrated engineering services for transportation infrastructure turnkey projects" (Referenznummer 86731) auch abgeleitet werden könnte, dass es hier um Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung eines Bauwerks bzw. von Transportsystemen in einem weiten Sinne geht (vgl. auch den Zwischenentscheid des BVGer B-4288/2014

vom 25. September 2014 E. 3.6.2). Das wäre prima facie dann der Fall, wenn die aufgrund der Studie ins Auge zu fassenden "Verbesserungsmassnahmen" gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung primär baulicher Natur wären. Laut Pflichtenheft soll die Studie die aktuelle Situation an den drei Eisenbahnübergängen nach Italien aufzeigen und untereinander vergleichen. Es sei jedoch nicht das Ziel, allgemeine Probleme des Zolls und Aspekte der Schieneninfrastruktur zu beleuchten (Ziffer 2.c des Pflichtenhefts). Die Vergabestelle unterteilt die Studie in verschiedene Fragestellungen: Analyse der Grenzübertritte im Schienengüterverkehr, Beurteilung der Grenzübertritte, Vergleich der Grenzübertritte sowie Verbesserungsmöglichkeiten (Ziffer 2.d des Pflichtenhefts). Nach einer prima facie-Betrachtung der mit dem Ausschreibungsgegenstand verbundenen Aufgaben stellt sich die Frage, ob die ausgeschriebene Dienstleistung nicht zumindest teilweise auch den in der Positivliste aufgeführten CPCprov-Gruppen 865 oder 866 "Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten" zuzuordnen ist. Demnach fällt prima facie zumindest ein nicht unwesentlicher Teil der Dienstleistung in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1059 und 1131 ff.), womit jedenfalls nicht gesagt werden kann, dass auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach mangels Anwendbarkeit des BöB nicht eingetreten werden kann. Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, dass die nachgefragte Dienstleistung dem BöB nicht untersteht. Damit kann auch offen bleiben, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang allenfalls dem bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) zukommt (vgl. etwa das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.4.1).

3.5 Massgebend für die Frage, ob der Schwellenwert erreicht ist, ist nach Art. 6 Abs. 1 BöB die Schätzung des Auftragswerts durch die Vergabestelle (vgl. Urteil des BVGer B-2778/2008 vom 20. Mai 2009 E. 2.4; Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.5). Die Zuschlagsempfängerin hat die Dienstleistung zu einem Preis von Fr. 185'045.– inkl. MwSt. von 8% angeboten. Der für Dienstleistungen massgebende Schwellenwert von Fr. 230'000.– (Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a und b der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 vom 2. Dezember 2013 [AS 2013 4395]) ist mit dem

Zuschlag nicht erreicht. Da jedoch die Vergabestelle keine Einwände gegen die Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend das Erreichen des Schwellenwerts vorbringt, kann zumindest prima facie nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle den Auftragswert unterhalb des Schwellenwerts von Fr. 230'000.– geschätzt hat. Im Übrigen hat eine Anbieterin eine Offerte mit einem Preis oberhalb des Schwellenwerts eingereicht.

3.6 Zusammenfassend kann in Bezug auf den Geltungsbereich des GPA bzw. des BöB nicht gesagt werden, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Dabei ist unerheblich, dass auf das eventualiter gestellte Schadenersatzbegehren im vorliegenden Verfahren mit Blick auf das spezielle Verfahren gemäss Art. 35 BöB jedenfalls nicht eingetreten werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1414).

4.

4.1 In Bezug auf die materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist vorab prima facie zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die in Frage stehenden Nachweise betreffend die Erfüllung der Eignungskriterien tatsächlich nicht eingereicht hat.

4.2 Die Beschwerdeführerin gibt an, sie habe die Offerte, das Gesuchsformular (Modulo di Offerta) mit Handelsregisterauszug sowie die Selbstdeklaration "Einhaltung der Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen sowie der Lohngleichheit von Frau und Mann: Erklärung der Anbieterin oder des Anbieters"; im Folgenden: Selbstdeklaration) mit Begleitschreiben vom 4. Dezember 2014 eingereicht. Die entsprechenden Kopien hat die Beschwerdeführerin der Beschwerde beigelegt (Beilagen 3, 6, 7 und 8). Ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin bestätigte, dass er die unterzeichneten Offertunterlagen in den an die Vergabestelle adressierten Briefumschlag getan habe. Die Originale würden der Beschwerdeführerin nicht mehr vorliegen, weshalb sie diese der Vergabestelle eingereicht haben müsse. Im Offertformular sei die Rubrik der Anzahl Mitarbeiter nicht ausgefüllt worden, weil die Beschwerdeführerin die Mitarbeiter in der Offerte von Seite 5 bis 11 ausführlich beschrieben habe.

4.3 Die Vergabestelle führt dazu aus, dass nach Ablauf der Abgabefrist in das Vergabeverfahren nicht involvierte Personen die Offerten geöffnet und protokolliert hätten. Zum Angebot der Beschwerdeführerin sei festgehalten

worden, dass ein Angebotsdokument mit Begleitbrief und ein USB-Stick eingereicht worden seien. Im Angebotsdokument seien jedoch die geforderten Nachweise weder enthalten noch erwähnt. Im Begleitbrief werde nur auf das Angebotsdokument als Beilage hingewiesen, welches sich auch auf dem USB-Stick befinde. Das nach Angabe der Beschwerdeführerin separat zusammengeheftete Dokument betreffend die Eignungskriterien, welches dem eigentlichen Angebot beigelegt worden sei, sei bei der Vergabestelle demnach nie eingegangen. Die Kopien der Nachweisformulare seien ausserdem kein Beweis dafür, dass diese auch tatsächlich eingereicht worden sind.

4.4 Das Begleitschreiben vom 4. Dezember 2014 der Beschwerdeführerin zur Offerte enthält den Vermerk "Accluso: Proposta". Demnach wird auf die Offerte als Ganzes Bezug genommen; Das Offertformular (Modulo di Offerta) mit Handelsregisterauszug und die Selbstdeklaration werden im Begleitschreiben jedoch nicht separat als Beilage aufgelistet. Zwar wäre es sinnvoll gewesen, die einzelnen Beilagen im Begleitbrief zu erwähnen, so etwa auch den USB-Stick, doch führt der Umstand allein, dass die Beschwerdeführerin nur auf die "Offerte" als Beilage verwiesen hat, nicht ohne Weiteres zur Annahme, dass die genannten Unterlagen nicht eingereicht worden sind. Die Beschwerdeführerin hat zwar Kopien der fraglichen Dokumente (Beschwerdebeilage 8) eingereicht. Das von der Vergabestelle eingereichte Offertöffnungsprotokoll vom 9. Dezember 2014, erstellt durch Mitarbeiterinnen der Vergabestelle, enthält zur Beschwerdeführerin die Angaben, dass eine Offerte, ein Begleitbrief sowie ein Stick eingereicht worden sind. Die Felder "Offertformular" und "Selbstdeklaration(en)" wurden indessen nicht angekreuzt und fehlten demnach. Auch auf dem USB-Stick der Beschwerdeführerin befindet sich nur die eigentliche Offerte.

4.5 Da im Zwischenverfahren zur Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung keine Zeugen oder Auskunftspersonen einvernommen werden (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2), ist der aufgrund der Akten festgestellte Sachverhalt massgebend. Die von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge betreffend Befragung von Auskunftspersonen zur Ermittlung der Frage, ob die Beschwerdeführerin die Offerte vollständig eingereicht hat, sind allenfalls im Rahmen des Hauptverfahrens zu beurteilen.

4.6 Angesichts der dargestellten Aktenlage kann prima facie nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin neben dem Begleit-

schreiben, der Offerte und dem USB-Stick auch das Gesuchsformular (Modulo di Offerta) mit Handelsregisterauszug und die Selbstdeklaration (dichiarazione dell'offerente) eingereicht hat. Insbesondere das Offert-öffnungsprotokoll der Vergabestelle vom 9. Dezember 2014 lässt darauf schliessen, dass die Beschwerdeführerin die genannten Dokumente nicht eingereicht hat. Die Kopien der Nachweise zeigen zwar auf, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin diese ausgefüllt und unterzeichnet hat; sie beweisen hingegen – worauf die Vergabestelle zu Recht hinweist – nicht, dass sie diese der Vergabestelle auch eingereicht hat. Auch der USB-Stick enthält das fragliche Dokument nicht. Somit bestehen in Würdigung der Akten erhebliche Zweifel am von der Beschwerdeführerin dargestellten Sachverhalt. Die Beschwerde erscheint demnach als offensichtlich unbegründet, soweit die Beschwerdeführerin behauptet, sie hätte die Offerte der Vergabestelle vollständig eingereicht.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass, sollten in ihrem Angebot tatsächlich einzelne Unterlagen gefehlt haben, die Vergabestelle aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verpflichtet gewesen wäre, ihr das Nachreichen der strittigen Nachweise zu ermöglichen.

5.2 Die Vergabestelle widerspricht dieser Ansicht: Eine der Beschwerdeführerin gewährte Nachfrist für die Einreichung der fehlenden Dokumente hätte eine Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen Anbietern zur Folge gehabt. Bei den fehlenden Nachweisen habe es sich nicht um einen Kanzleifehler gehandelt, sondern um wesentliche Mängel, weshalb der Ausschluss der Beschwerdeführerin gerechtfertigt sei.

5.3

5.3.1 Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, welches den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz

problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33, E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3).

5.3.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (BGE 135 I 6 E. 2.1, 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 mit Hinweisen). Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a mit Hinweisen, vgl. Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33, E. 2b mit Hinweisen).

5.3.3 Die Vergabestelle schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Der Offerent ist nicht schon wegen unbedeutender Mängel seines Angebots oder wegen eines Verhaltens mit Bagatelldarakter auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 444 mit Hinweisen). Vielmehr kann das Verbot des überspitzten Formalismus unter Umständen verlangen, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33 E. 3b./cc). Der Ausschluss kann namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Hinweisen). Die BRK hat den Ausschluss von Anbietern wegen nicht fristgerecht eingereichter Eignungsnachweise im selektiven Verfahren nicht beanstandet (Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, publiziert in VPB 76.5 insbes. E. 2b). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hingegen hat

die Zulässigkeit eines Ausschlusses trotz fehlender Selbstdeklaration verneint. Die Formvorschriften seien zwar streng auszulegen, indessen dränge sich im Hinblick auf einen Ausschluss bei untergeordneten Mängeln eine gewisse Zurückhaltung auf. Demnach sei die Frage, ob ein mit Mängeln behaftetes Angebot vom Wettbewerb auszuschliessen ist, im Einzelfall zu prüfen (Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 255 E. 2.1.2). Im zu beurteilenden Fall ging das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau davon aus, dass die Vergabestelle hätte erkennen müssen, dass die teilweise Unvollständigkeit der Offerte von der Beschwerdeführerin nicht beabsichtigt war, sondern auf einem offensichtlichen Versehen beruhte und die Angaben rasch und ohne Aufwand hätten nachgereicht werden können (AGVE 2005 S. 256 E. 2.2.2).

5.3.4 Zusammenfassend unterscheidet die Praxis bei nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 6.2; AGVE 2005 S. 254 E. 2.1.1 sowie AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1 und das Urteil des BVGer B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.1).

5.4 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Die Vergabestelle kann die Anbieter auffordern, entsprechende Nachweise zu erbringen (Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt gemäss Art. 11 Bst. a BöB zum Ausschluss vom Verfahren (Zwischenentscheid des BVGer B-

504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.1 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabestelle im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 3. März 2015 nicht mehr auf Nichterfüllung der Eignungskriterien, sondern auf "wesentliche formelle Mängel" der Offerte (Stellungnahme, S. 6).

5.5 Nachfolgend ist prima facie zu prüfen, ob die Vergabestelle aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus und des Art. 9 BV verpflichtet gewesen wäre, die Beschwerdeführerin auf das Fehlen des Offert-formulars und der Selbstdeklaration bzw. auf die Unvollständigkeit der Offerte hinzuweisen.

5.5.1 Gemäss Ziffer 3a des Pflichtenhefts hatten die Anbieter folgende Eignungskriterien zu erfüllen:

"EK 1: Einhaltung der AGB; Bestätigung der Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bundes 2011(AGB) für Dienstleistungsverträge.

EK 2: Vertraulichkeit; Der Anbieter bestätigt, dass er während und nach der Beendigung des Auftrags alle im Rahmen des Auftrages erhaltenen Informationen vertraulich behandelt.

EK 3: Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen; Der Anbieter verfügt über die nötigen personellen Ressourcen um den Auftrag, wie im Pflichtenheft umschrieben, erfüllen zu können.

EK 4: Sprachkompetenz; Der Anbieter ist bereit, Schlüsselpersonen einzusetzen, die den Auftrag in italienischer Sprache erarbeiten können und gut (mündlich und schriftlich) auf Deutsch kommunizieren können.

EK 5: Einhaltung von Arbeitsbedingungen, der Arbeitsschutzbestimmungen sowie der Lohngleichheit von Frau und Mann; Der Anbieter bestätigt, dass er selber sowie die von ihm beigezogenen Dritten (Partnerfirmen) die genannten Grundsätze einhalten.

EK 6: Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit; Der Anbieter verfügt über eine genügende wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit, um den Auftrag erfüllen zu können.

EK 7: Akzeptanz wesentlicher Vertragselemente; Der Anbieter ist bereit, die in Kapitel 5 "Besondere Bestimmungen" des Pflichtenhefts aufgeführten wesentlichen Vertragselemente vorbehaltlos zu akzeptieren."

Der Nachweis der Eignungskriterien 1, 2, 3, 6 und 7 hatte mittels schriftlicher Erklärung bzw. Bestätigung auf dem beiliegenden Offertformular zu erfolgen. Beim Eignungskriterium 3 verlangte die Vergabestelle zusätzlich

eine nachvollziehbare Dokumentation der personellen Ressourcen, während beim Eignungskriterium 6 ein Handelsregister- und Betreibungsregisterauszug einzureichen waren, wobei der Betreibungsregisterauszug erst auf Anforderung der Vergabestelle eingereicht werden musste. Das Eignungskriterium 4 erforderte die Einreichung von Zeugnissen oder den Nachweis relevanter Erfahrungen. Schliesslich hatte der Anbieter das Eignungskriterium 5 mittels Unterzeichnung der dem Pflichtenheft beiliegenden Selbstdeklaration bzw. Erklärung nachzuweisen.

5.5.2 Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, weil diese die Eignungskriterien 1, 2, 5, 6 und 7 "nicht erfüllt" habe. Das Eignungskriterium 3 hat die Vergabestelle als knapp erfüllt erachtet, obwohl das Offertformular nicht vorlag. Nach Angabe der Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin die Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen jedoch in einer Fussnote erwähnt.

5.5.3 Die fehlenden Angaben der Beschwerdeführerin betreffen Eignungskriterien, die mittels schriftlicher Erklärung bzw. Bestätigung auf dem Offertformular (mit Einreichung des Handelsregisterauszugs; Eignungskriterien 1, 2, 6 und 7) sowie durch Unterzeichnung der Selbstdeklaration (Eignungskriterium 5) nachgewiesen werden müssen. Der Sache nach ist zwar beispielsweise die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen wie auch die Mindestanforderung in Bezug auf die Lohngleichheit von Mann und Frau kein Eignungskriterium, sondern ein (nicht eignungsrelevanter) Ausschlussgrund, was aber im vorliegenden Zusammenhang nichts ändert. Das Offertformular besteht aus zwei Seiten: die Anbieter hatten einerseits persönliche Daten (Adresse, Telefonnummer, Rechtsform etc.) anzugeben, andererseits mussten sie unter "B – Autodichiarazione" fünf Felder entweder mit "Si" oder "No" ankreuzen (vgl. Abbildung unten). Bei der Selbstdeklaration mussten die Anbieter den Titel des Projekts sowie die als Geschäftsleitungsmitglied unterzeichnende Person angeben, welche diese sodann unter Angabe von Ort und Datum zu unterschreiben hatte. Die fehlenden Unterlagen enthalten demnach lediglich Erklärungen, welche von

der Beschwerdeführerin zu bestätigen sind. Nicht betroffen sind Eignungskriterien, welche die Einreichung verschiedener Dokumente wie etwa Zeugnisse oder Referenzen erfordern.

B – Autodichiarazione (criteri d'idoneità secondo il capitolato d'oneri)

| | |
|---|---|
| - Accettiamo senza riserve le Condizioni generali della Confederazione. | <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No |
| - Con la presente dichiariamo che a carico della nostra impresa non è in corso nessuna procedura di esecuzione, di fallimento o di conciliazione, che non sussistono fatti tali da mettere in dubbio la nostra solvibilità e che la nostra impresa ha versato le imposte e i contributi sociali dovuti. | <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No |
| - Confermiamo che tratteremo le informazioni ricevute nell'ambito della commessa in modo confidenziale, sia durante che dopo l'esecuzione della commessa. | <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No |
| - Confermiamo che disponiamo delle risorse umane necessarie per eseguire la commessa conformemente al capitolato d'oneri. | <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No |
| - Accettiamo senza riserve gli elementi contrattuali fondamentali di cui al numero 5 «Disposizioni particolari» del capitolato d'oneri. | <input type="checkbox"/> Si <input type="checkbox"/> No |

5.6 Die von der Vergabestelle zu definierenden Eignungskriterien sind von den Anbietern zwingend zu erfüllen (Art. 9 i.V.m Art. 11 Bst. a BöB; vgl. E. 5.4 hiervor). Die Androhung des Ausschlusses mangels Erfüllung der geforderten Eignungskriterien unterstreicht bereits deren wesentliche Bedeutung im Vergabeverfahren. Ausserdem hat die Vergabestelle selbst im Pflichtenheft festgehalten, dass alle vollständigen, frist- und formgerecht eingegangenen Angebote anhand der Eignungs- und Zuschlagskriterien geprüft werden (Ziffer 3 Pflichtenheft). Vorliegend sind indessen von der Unvollständigkeit der Offerte Eignungskriterien (und Ausschlussgründe) betroffen, welche lediglich durch ein Ankreuzen bzw. durch die Unterzeichnung des Dokuments nachgewiesen werden müssen. Folglich sind für die Frage, ob diese Anforderungen erfüllt sind, keine vertieften Abklärungen erforderlich. Es sind vorliegend insbesondere keine Referenzen betroffen, deren Fehlen einen Ausschluss vom Verfahren rechtfertigen kann (vgl. dazu das Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7 und den Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, publiziert in VPB 67.5 E. 2a f.). Je nach Vergabe könnte auch der finanziellen Leistungsfähigkeit eine Bedeutung zukommen, welche über die hier zu beurteilende sehr formale Prüfung deutlich hinausgeht; dann würden aber ganz andere Nachweise einverlangt werden. Die Nachreichung des Offertformulars und der Selbstdeklaration hätte ausserdem prima facie keinen Einfluss auf das

Preis-Leistungsverhältnis der Offerte gehabt (vgl. Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 2.2 und 3.2.3). Das Fehlen der fraglichen Unterlagen war im Übrigen für die Vergabestelle leicht zu erkennen. Zudem hätte die Beschwerdeführerin diese Dokumente innert kürzester Frist nachreichen können (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2).

5.7 Nach dem Gesagten kann somit prima facie nicht ausgeschlossen werden, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst und die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zu geben, die fehlenden Dokumente nachzureichen. Damit braucht nicht näher auf den Umstand eingegangen zu werden, dass laut Offertöffnungsprotokoll neben der Beschwerdeführerin auch weitere Anbieter weder das Offertformular noch die Selbstdeklaration eingereicht haben. Ein Mitarbeiter des BAV wirft denn auch die Frage auf, warum 5 von 8 Offerten mangelhaft seien (elektronische Mitteilung vom 14. Januar 2015; Beilage 8c zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 3. März 2015). Es wird im Rahmen des Hauptverfahrens zu prüfen sein, inwieweit die Anbieter in Bezug auf die Möglichkeit der Verbesserung ihrer Offerte gleich behandelt worden sind.

6.

6.1 Nachdem festgestellt wurde, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle sowie der Zuschlagsempfängerin abzuwägen (vgl. dazu E. 2.2 hiervor).

6.2 Die Vergabestelle macht geltend, die Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Nationalrats habe am 11. November 2013 ein Postulat eingereicht, das den Bundesrat beauftrage, zu prüfen, ob mit Italien Verhandlungen zur Vereinfachung der Zollverfahren und zur Verbesserung der Zusammenarbeit in der Verkehrsabwicklung und der Betriebsabläufe aufzunehmen seien. Der Nationalrat habe das Postulat am 14. März 2014 angenommen. Die Frist für die Erfüllung des Postulats und die Abgabe des Berichts betrage zwei Jahre. Die verbleibende Zeit für die Erfüllung des Auftrags müsse nun dafür genutzt werden, die Studie durchzuführen und den Bericht zu verfassen. Sollte das Postulat nach zwei Jahren nicht erfüllt sein, müsste der Bundesrat der Bundesversammlung darüber berichten, was er zur Erfüllung des Auftrags unternommen hat und wie er den Auftrag

zu erfüllen beabsichtigt. Für die Durchführung der Studie wurde im Pflichtenheft eine Frist von neun Monaten vorgesehen, welche äusserst knapp bemessen sei. Mit dem Verzug der geplanten Arbeiten könne der Bundesrat den Bericht nicht innert Frist vorlegen. Zudem entstehe ein zusätzlicher Arbeits- und Koordinationsaufwand für die Behörden. Letztlich habe auch die ein Interesse daran, den Auftrag gemäss dem ihr vorgegebenen Zeitplan durchzuführen.

6.3 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, der Umstand, dass die Vergabestelle das Postulat nicht innert Frist erfüllen könne, rechtfertige nicht, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu verweigern. Die Vergabestelle habe nicht geltend gemacht, dass Sanktionen oder nachteilige Konsequenzen zu erwarten seien, wenn das Postulat nicht innert Frist erfüllt sei. Ausserdem funktioniere der Grenzübergang auch ohne die Verbesserungsvorschläge, welche die Studie zu erarbeiten hätte. Die Vergabestelle habe weiter nicht substantiiert dargelegt, inwiefern der Verzug der Arbeiten einen zusätzlichen Arbeits- und Koordinationsaufwand nach sich ziehe.

6.4 Die Vergabestelle macht Dringlichkeit geltend und stützt sich vor allem auf die Frist von zwei Jahren für die Erfüllung des Postulats, welche am 14. März 2016 ablaufen wird. Der politischen Planung allein kommt hingegen, ohne dass etwa nicht hinnehmbare finanzielle Folgeschäden geltend gemacht würden, regelmässig nicht der Gehalt eines überwiegenden öffentlichen Interesses zu (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 6.2). Die Vergabestelle weist zwar auf einen zusätzlichen Arbeits- und Koordinationsaufwand hin; doch dass mit einer Verzögerung der Arbeiten auch erhebliche finanzielle Folgeschäden zusammenhängen, macht sie nicht geltend. Die Vergabestelle hat ausserdem eine Beschwerde gegen die Ausschreibung oder den Zuschlag in die Planung einzubeziehen (Zwischenentscheid des BVGer B-4825/2012 vom 15. November 2012 E 7.4 und B-1470/2010 vom 18. Mai 2010 E. 6.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen). Zudem hätte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt aus dem Vergabeverfahren ausschliessen können. Deshalb kann sie nun – nachdem sie auf einen sofortigen Ausschluss wegen formeller Mängel der Offerte verzichtet hat – nicht mehr geltend machen, die Umsetzung der Studie sei derart dringlich, dass die aufschiebende Wirkung im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht zu gewähren ist (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2014 vom 23. Oktober 2013 E. 5.4).

Demgegenüber liegt die Gewährung des effektiven Rechtsschutzes namentlich mit Blick auf Art. XX GPA einerseits im öffentlichen Interesse (vgl. E. 2.2 hiervor). Andererseits hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse daran, den Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin zu verhindern. Wird der Vertrag geschlossen, hat die Beschwerdeführerin lediglich die Möglichkeit, Schadenersatz für die in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren getätigten Aufwendungen zu verlangen (Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 7.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1325). Gegen dieses Interesse hat auch das nachvollziehbare Interesse der Zuschlagsempfängerin an der Durchführung der Studie gemäss der Planung der Vergabestelle zurückzutreten.

6.5 Die Interessenabwägung fällt nach dem Gesagten zugunsten der Beschwerdeführerin aus, sodass ihrem Gesuch um Erteilung der aufschiebende Wirkung zu entsprechen ist.

7.

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 13. Februar 2015 mit Verfügungen vom 4. März 2015 und vom 5. März 2015 bereits teilweise entsprochen worden ist. Am 4. März 2015 wurden die Beilagen 1 (Postulat 13.4014), 2 (SIMAP-Publikation vom 24. Oktober 2014), 3 (Fragen und Antworten aus dem SIMAP-Forum), 6 (Zuschlagsverfügung; SIMAP-Publikation vom 27. Januar 2015), 7 (Ausdruck des USB-Stick mit Offerte), 9 (Pflichtenheft vom 24. Oktober 2014) und 10 (Offertformular mit Selbstdeklaration) zugestellt. Am 5. März 2015 wurden der Beschwerdeführerin sodann die Beilage 4 (Offertöffnungsprotokoll vom 9. Dezember 2014) sowie die Beilage 5 (Bewertung der berücksichtigten Offerten) in teilweise geschwärzter Form und auszugsweise zugestellt. Da die Beschwerdeführerin mit dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsiegt, kann ihrem Begehren – soweit weitergehend – mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot einstweilen nicht entsprochen werden (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 7.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Zur Akteneinsicht im Hauptverfahren werden mit separater Verfügung instruktionsrichterliche Anordnungen getroffen werden.

8.

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

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Beschwerde vom 13. Februar 2015 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung gewährt.

2.

2.1 Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerin 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 Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 118357; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (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. März 2015