



## **Urteil vom 8. Dezember 2020**

---

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,**  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (selektives Verfahren/  
Präqualifikation): Verfügung vom 18. August 2020  
(betreffend das Dienstleistungsprojekt SIMAP-ID 203924,  
"Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude,  
Mühlestrasse 2, Ittigen").

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

Die Vergabestelle hat am 22. Mai 2020 auf der Internetplattform SIMAP im selektiven Verfahren den Dienstleistungsauftrag "Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude, Mühlestrasse 2, Ittigen" (Projekt-ID 203924) ausgeschrieben. Unter Ziffer 3.8 wurde festgehalten, dass die Auswahl der Teilnehmenden für die zweite Stufe aufgrund der Beurteilung der Eignungsnachweise erfolge. Massgebend sei unter anderem das Eignungskriterium EK2, welches wie folgt lautet:

"EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung) (Gewichtung 40 %) Referenz 1

Eine Referenz der Unternehmung Architekt (Federführung) über die Ausführung eines mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren, in den letzten 15 Jahren realisierten Projekts. Die Referenz muss die Qualität und Relevanz zur vorgesehenen Aufgabe aufzeigen. Insbesondere bezüglich der Umsetzung von offenen Arbeitsplatzmodellen und der Umbau- und Sanierungsmassnahmen. Die Referenz muss die architektonischen und räumlichen Qualitäten der baulichen Veränderungen aufzeigen.

Die beteiligten Planer und deren Fachgebiete sind anzugeben.

Der Eignungsnachweis ist anhand von Fotos, Skizzen, Text und Plänen auf einer Seite (einseitig) im Format DIN A3 als Beilage zum Formular 5, im Teil B zu erbringen.

Der fehlende Nachweis führt zum Ausschluss."

**A.b**

Innert der gesetzten Frist hat die Beschwerdeführerin am 29. Juni 2020 ihren Antrag auf Teilnahme an diesem selektiven Verfahren eingereicht.

**A.c**

Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs hat die Vergabestelle mit Verfügung vom 18. August 2020 den Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen, weil der Teilnahmeantrag das Eignungskriterium EK2 "Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" nicht erfülle. In der Folge gehörte die Beschwerdeführerin nicht zu den ausgewählten fünf Anbieterinnen und Anbieter, welche am 31. August 2020 auf der Internetplattform SIMAP publiziert und zur Angebotsabgabe eingeladen wurden.

**B.**

Mit Beschwerde vom 8. September 2020 gegen die Ausschlussverfügung der Vergabestelle vom 18. August 2020 gelangte die Beschwerdeführerin an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren:

"Die Beschwerde hat das Begehren, den Ausschluss unseres Teilnahmeantrages für das WTO-Projekt (b20025) "Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude, Mühlestrasse 2, Ittigen" aufzuheben und unseren Teilnahmeantrag zu beurteilen."

Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung oder auf Erlass von provisorischen Massnahmen wurde nicht beantragt.

Zur Begründung ihres Rechtsbegehrens führt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, dass sie das Eignungskriterium EK2 durch ihre eingereichte Referenz "Q.\_\_\_\_\_" erfüllt habe. B.\_\_\_\_\_, heutiger Delegierter des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift, sei damals als Partner der C.\_\_\_\_\_ AG Hauptverantwortlicher für das Projekt "Q.\_\_\_\_\_" gewesen und habe für dieses Projekt die Autorenrechte inne. Die Beschwerdeführerin dürfe das Projekt "Q.\_\_\_\_\_" daher als Referenz zur Erfüllung des Eignungskriteriums EK2 in ihrem Teilnahmeantrag angeben. Im Übrigen deute die Vergabestelle das Eignungskriterium EK2 erst in der Verfügung vom 18. August 2020 so, dass es sich dabei um eine "Firmenreferenz" handeln müsse.

**C.**

Innert verlängerter Frist reichte die Vergabestelle am 14. Oktober 2020 die Beschwerdeantwort und die Vorakten ein, beides aufforderungsgemäss ihrer Ansicht nach auch in einer der Beschwerdeführerin zustellbaren Version mit Abdeckungen. Die Vergabestelle stellt das Rechtsbegehren, die Beschwerde sei abzuweisen, und verlangt in prozessualer Hinsicht, ihr sei vor Gewährung einer weitergehenden Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, zum Umfang der Akteneinsicht detailliert Stellung zu nehmen.

Zur Begründung der beantragten Abweisung der Beschwerde führt die Vergabestelle im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin habe unter dem Eignungskriterium EK2 ein Referenzprojekt eingereicht, welches nicht von ihr, sondern von der C.\_\_\_\_\_ AG erbracht worden sei. Mangels gültigem Referenzprojekt sei der Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin daher vom Verfahren ausgeschlossen worden.

**D.**

Mit Verfügung vom 19. Oktober 2020 wurden der Beschwerdeführerin die durch die Vergabestelle bereinigte bzw. teilweise geschwärzte Version der Beschwerdeantwort vom 14. Oktober 2020 und der Vorakten übermittelt.

**E.**

Mit Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 29. Oktober 2020 verlangt die Beschwerdeführerin weiterhin, dass der Ausschluss ihres Teilnahmeantrags für das Projekt "Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude, Mühlestrasse 2, Ittigen" aufzuheben sei. Der zweite Teil des ursprünglichen Antrags, nämlich, dass der Teilnahmeantrag zu beurteilen sei, lässt die Beschwerdeführerin fallen, da aus den Vorakten die bereits erfolgte Beurteilung ihres Teilnahmeantrags ersichtlich sei. Sie könne zwar nicht nachvollziehen, weshalb sie trotz Ausschluss vom Verfahren beurteilt worden sei, mit der erreichten Punktezahl wäre sie aber für die zweite Stufe qualifiziert gewesen.

Die Beschwerdeführerin beantragt in der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 29. Oktober 2020 neu, dass sie an der zweiten Stufe des Verfahrens ohne terminliche Nachteile zuzulassen sei sowie eine entsprechende Publikation und Richtigstellung auf der Internetplattform SIMAP. Die Beschwerdeführerin verlangt ferner, falls eine Teilnahme an der zweiten Stufe des Verfahrens nicht möglich sein sollte, sei ihr der Aufwand zur Erstellung der Präqualifikation vollständig zu entschädigen. Sie verlangt ausserdem eine Entschädigung sowohl für die Erstellung der Beschwerde als auch wegen der entstandenen Rufschädigung innerhalb der Baubranche. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin die Befangenheit von Frau D. \_\_\_\_\_, einem Mitglied des Beurteilungsgremiums, geltend und verlangt Einsicht in die Bewertung der fünf ausgewählten Teams.

Zur Begründung hält die Beschwerdeführerin im Wesentlichen fest, von den fünf qualifizierten Anbietern seien zwei reine Projektmanagementbüros und die anderen drei Büros seien bereits seit vielen Jahren tätig. Ihre Befürchtung sei eingetroffen, dass Büros, welche noch nicht lange auf dem Markt mitbieten würden, systematisch am Markteintritt behindert würden. Die Beschwerdeführerin hält ausserdem fest, sie befürchte, dass die beiden Projektmanagementbüros entgegen der Ausschreibung bei dem Eignungskriterium EK2 kein eigenes Projekt, sondern ein Projekt eines Architekturbüros eingereicht hätten.

Die Beschwerdeführerin nimmt in der Ergänzung der Beschwerdebegründung ferner zur konkreten Bewertung ihres Teilnahmeantrags Stellung. Sie bemängelt, dass die Vergabestelle eine Bewertung der Lichtplanung vorgenommen habe, obwohl eine solche Bewertung gemäss der Ausschreibung auf der ersten Stufe des selektiven Verfahrens nicht vorgesehen gewesen sei. Sie kritisiert zudem die konkrete Bewertung durch die Vergabestelle sowohl im Kriterium Lichtplanung als auch in den Eignungskriterien EK1 und EK2.

**F.**

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2020 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien unter anderem mit, dass über die beantragte Akteneinsicht in einem späteren Zeitpunkt entschieden werde.

**G.**

Mit Ergänzung der Beschwerdeantwort vom 23. November 2020 hält die Vergabestelle an ihren bereits gestellten Rechtsbegehren fest. Im Übrigen beantragt sie auf die von der Beschwerdeführerin in der Ergänzung der Beschwerdebegründung neu gestellten Begehren nicht einzutreten, eventualiter seien diese abzuweisen.

Die Vergabestelle stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Präqualifikation der fünf für die zweite Verfahrensphase zugelassenen Anbieter mit Verfügung vom 31. August 2020 publiziert worden sei. Diese Verfügung sei nicht angefochten worden und daher am 20. September 2020 in Rechtskraft erwachsen. Sämtliche präqualifizierten Teilnehmerinnen hätten die Musskriterien erfüllt. Von einer systematischen Hinderung junger Büros an einem Markteintritt könne keine Rede sein, denn es sei explizit die Möglichkeit zur Bildung einer Bietergemeinschaft zugelassen worden und die fragliche Referenz für das Eignungskriterium EK2 habe nur vom federführenden Mitglied der Bietergemeinschaft erbracht werden müssen. Ferner sei die punktemässige Bewertung des Teilnahmeantrags der Beschwerdeführerin, unter anderem auch des Eignungskriteriums EK2, einzig zu Informationszwecken durchgeführt worden, damit sich die Vergabestelle ein gesamthafes Bild über die eingegangenen Angebote habe verschaffen können. Im Übrigen sei Frau D. \_\_\_\_\_ nicht befangen gewesen.

**H.**

Mit Verfügung vom 25. November 2020 wurden die Parteien darüber informiert, dass kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei, unter Vorbehalt allfälliger Instruktionsanordnungen und Parteieingaben.

**I.**

Der Zuschlag im gegenständlichen selektiven Verfahren betreffend den Dienstleistungsauftrag "Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude, Mühlestrasse 2, Ittigen" erfolgte am 26. November 2020 und wurde am 1. Dezember 2020 auf der Internetplattform SIMAP publiziert.

**J.**

Über die weiteren Vorbringen in den Rechtsschriften wird, soweit entscheidenderheblich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m. H.).

**1.1** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

**1.2** Gegen Verfügungen über die Auswahl der Teilnehmer und Teilnehmerinnen und deren Ausschluss im selektiven Verfahren ist im Anwendungsbereich des BöB die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. c und d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). 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 m. H.). 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.

**1.3.1** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB diesem Gesetz unterstellt.

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 Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). 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). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung der CPV-Nummer 71000000, Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen ein, die gemäss Ziffer 2.1 der Ausschreibung der CPC-Kategorie "[12] Architektur; technische Beratung und Planung und integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung" zugeordnet wird. Die CPV-Nummer 71000000 entspricht vorliegend einer der CPCprov-Gruppe 867 zugeordneten Dienstleistung, welche vom Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. vom Anhang 1a des VöB erfasst wird. Der geschätzte Angebotswert der ausgeschriebenen Dienstleistung liegt gemäss Vergabestelle bei CHF [...] (exkl. MWST). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen CHF 230'000.-. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

**1.3.2** Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben. Somit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.4** Ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung hat ein unterlegener Anbieter im offenen Verfahren praxisgemäss nur dann, wenn er

bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H.; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Analoges muss im Hinblick auf eine Anfechtung des Ausschlusses eines Teilnahmeantrags im Rahmen der ersten Stufe des selektiven Verfahrens gelten: Im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt es, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht, dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung an der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens teilnehmen zu können, intakt sind.

**1.5** Die Beschwerdeführerin hat an der ersten Phase des selektiven Verfahrens teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags für das Projekt "Umbau und Sanierung Verwaltungsgebäude, Mühlestrasse 2, Ittigen" – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Soweit die Beschwerdeführerin den Antrag stellt, der Ausschluss ihres Teilnahmeantrags sei aufzuheben, ist das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses zu prüfen (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG): Aus dem Evaluationsbericht zur Präqualifikation ergibt sich, dass der Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin trotz Ausschlusses zu Informationszwecken ausgewertet worden ist. Mit der erreichten Punktezahl wäre die Beschwerdeführerin auf dem 4. Rang und damit unter den ersten 5 Teilnehmern klassiert, welche zur Angebotsabgabe in der zweiten Phase des selektiven Verfahrens eingeladen worden sind, wobei gemäss Ziff. 3.10 der Ausschreibung ohnehin sogar maximal 7 Teilnehmer und Teilnehmerinnen zur zweiten Phase des selektiven Verfahrens zugelassen wären. Wäre der Teilnahmeantrag der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen worden, hätte sie also aufgrund der punktemässigen Bewertung ihres Teilnahmeantrags an der zweiten Phase des selektiven Verfahrens teilnehmen können. Mit anderen Worten trifft im vorliegenden Fall die Konstellation nicht zu, dass die Beschwerdeführerin keine Chance gehabt hätte, die zweite Phase des selektiven Verfahrens zu erreichen. Aufgrund dieser Ausgangslage hat die Beschwerdeführerin von der Aufhebung des Ausschlusses ihres Teilnahmeantrags einen praktischen Nutzen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 m. H.; Urteil des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 3).

**1.6** Es spielt hierbei keine Rolle, ob die auf der Internetplattform SIMAP publizierte Verfügung vom 31. August 2020 betreffend Teilnehmerauswahl, wie dies die Vergabestelle behauptet, in Rechtskraft erwachsen ist, oder,



ob diese Verfügung vom 31. August 2020 aufgrund der Anfechtung der Verfügung vom 18. August 2020 betreffend Ausschluss der Beschwerdeführerin als mitangefochten zu gelten hat. Mit einer Gutheissung ihres Antrags auf Aufhebung des Ausschlusses des Teilnahmeantrags vermöchte die Beschwerdeführerin in beiden Fällen ihre tatsächliche Stellung im vorliegenden selektiven Verfahren zu beeinflussen. Es ist grundsätzlich damit zu rechnen, dass eine erfolgreiche Beschwerde gegen den Ausschluss zu einer Korrektur der Teilnehmerauswahl führen kann. In Analogie zur Situation, in der bei einem zuschlagsnahen Ausschluss nicht davon ausgegangen wird, dass das Rechtsschutzinteresse verloren geht, wenn neben dem Ausschluss nicht explizit auch der Zuschlag angefochten wurde, ist auch vorliegend davon auszugehen, dass dies bei einem angefochtenen Ausschluss hinsichtlich des Entscheides über die Teilnehmerauswahl im selektiven Verfahren ebenfalls gilt, zumal der Konnex zwischen Ausschluss und Auswirkung auf den Präqualifikationsentscheid offensichtlich besteht. Damit steht fest, dass der Beschwerde gegen den Ausschluss nicht das aktuelle Rechtsschutzinteresse abgesprochen werden könnte, nur weil der Entscheid über die Teilnehmerauswahl separat bzw. nachträglich erfolgte und dieser nicht auch noch angefochten wurde. Wie es sich damit genau verhält, muss im Rahmen der Prüfung der Legitimation hinsichtlich intakter Chancen für eine Teilnahme am Präqualifikationsverfahren, welche lediglich glaubhaft zu machen sind, nicht beurteilt werden und kann vorliegend offen bleiben. Nach dem Gesagten ist der Antrag der Beschwerdeführerin um Aufhebung des Ausschlusses ihres Teilnahmeantrags materiell zu beurteilen und die Beschwerdeführerin insoweit zur Beschwerde legitimiert. Die von der Beschwerdeführerin in der Ergänzung zur Beschwerdebegründung gestellten Begehren, namentlich die Zulassung zur zweiten Phase des selektiven Verfahrens und die Publikation und Richtigstellung auf der Internetplattform SIMAP, sind vom Antrag um Aufhebung des Ausschlusses des Teilnahmeantrags als möglicherweise daraus resultierende Folgen ohne weiteres mitumfasst (vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBI 104/2003, S. 1 ff., S. 25).

**1.7** Mit der Ergänzung der Beschwerdebegründung stellt die Beschwerdeführerin zusätzlich das Begehren um Entschädigung des Aufwands zur Erstellung der Präqualifikation, falls eine Teilnahme an der zweiten Phase des selektiven Verfahrens nicht möglich sei, und sie verlangt ausserdem eine Entschädigung wegen der entstandenen Rufschädigung innerhalb der Baubranche. Der Gesetzgeber sieht für die Geltendmachung von Schadenersatz ein zweistufiges Verfahren vor (Art. 32 Abs. 2 in Verbindung mit

Art. 35 BöB; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1414 ff.). Auf der ersten Stufe des Verfahrens hat das Bundesverwaltungsgericht lediglich festzustellen, ob die angefochtene Verfügung rechtswidrig erfolgt ist, weshalb auf die Schadenersatzbegehren im vorliegenden Verfahren nicht einzutreten ist. Im Übrigen wäre ohnehin nicht klar, inwiefern der Beschwerdeführerin einen Rufschaden in der Baubranche hätte, denn ihre Teilnahme am Verfahren und ihr Ausschluss sind nur der Vergabestelle und dem Gericht bekannt. Nach Ansicht des Gerichts macht dieses Begehren nur dann Sinn, falls die Beschwerde mit dem entsprechenden Aufhebungsbegehren wegen inzwischen erfolgter Entscheidung über die Präqualifikation nicht mehr zugelassen würde, was nach dem Gesagten nicht zutrifft. Wird die Beschwerde nach materieller Prüfung abgewiesen, wäre die Zusprechung eines Schadenersatzes sowieso nicht denkbar.

**1.8** 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).

**1.9** Auf die Beschwerde ist daher im Umfang des Gesagten einzutreten.

## **2.**

Die Vergabestelle kann einen geplanten Auftrag nach Art. 15 Abs. 1 und 2 BöB im selektiven Verfahren öffentlich ausschreiben, wobei alle Anbieter und Anbieterinnen einen Antrag auf Teilnahme einreichen können. Indessen darf die Vergabestelle die Zahl der zur Angebotsabgabe Einzuladenden beschränken (sog. Präqualifikation), wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann, wobei ein wirksamer Wettbewerb zu gewährleisten ist (vgl. Art. 15 Abs. 4 BöB sowie zu den Voraussetzungen im Einzelnen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 285 ff.). Die Auswahl unter den als geeignet erachteten Bewerbern muss in einer objektiven, den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichteten Weise erfolgen, wobei es grundsätzlich der Vergabestelle überlassen ist, wie sie im Einzelnen vorgehen will (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 287).

Das Verfahren zur Auswahl der teilnahmeberechtigten Anbieter ist gesetzlich nicht geregelt, sondern steht im Ermessen der Vergabestelle, wobei sich diese an die vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung zu halten hat, weshalb für das Präqualifikationsverfahren ein Evaluationsbericht zu erstellen ist (HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011,

Rz. 9 zu Art. 15 BöB). In jedem Fall hat die Vergabestelle eine individuelle Beurteilung der Eignung der einzelnen Anbieter vorzunehmen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 287; TRÜEB, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 15 BöB). Nach Art. 12 Abs. 1 VöB muss die Vergabestelle mindestens drei Anbieter und Anbieterinnen zur Angebotsabgabe einladen, sofern so viele für die Teilnahme qualifiziert sind.

### 3.

In sachverhaltlicher Hinsicht steht fest, dass das von der Beschwerdeführerin unter dem Eignungskriterium "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" eingereichte Referenzprojekt "Q.\_\_\_\_\_" als "Architekt/Generalplaner" die C.\_\_\_\_\_  
AG ausweist und unter deren "Team" unter anderem B.\_\_\_\_\_  
nennt. B.\_\_\_\_\_  
ist unterdessen nicht mehr für die C.\_\_\_\_\_  
AG tätig, sondern er ist auf der Internetseite der Beschwerdeführerin als Partner aufgeführt und er ist gemäss Handelsregisterauszug Delegierter des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift.

Ferner ist unbestritten und sowohl in der SIMAP-Publikation vom 22. Mai 2020 als auch in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" zum Ausschluss aus dem Verfahren führt. Ebenfalls unbestritten ist, dass das von der Beschwerdeführerin unter dem Eignungskriterium EK2 eingereichte Projekt "Q.\_\_\_\_\_" grundsätzlich als Referenzprojekt zugelassen werden könnte; die Vergabestelle hat das genannte Referenzprojekt der Beschwerdeführerin zu "Informationszwecken" bewertet.

Umstritten und zu beurteilen ist hingegen, ob die Beschwerdeführerin aufgrund des Projekts "Q.\_\_\_\_\_" bzw. der damaligen Mitwirkung von B.\_\_\_\_\_  
im Team der C.\_\_\_\_\_  
AG das Eignungskriterium "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" erfüllt und damit, ob der Ausschluss ihres Teilnahmeantrags – vorbehaltlich der geltend gemachten Befangenheit eines Mitglieds des Beurteilungsgremiums (vgl. E. 4) – zu Recht erfolgt ist. Es müssen insbesondere zwei Fragen beantwortet werden, die zum Teil voneinander abhängen. Erstens, wie das Eignungskriterium "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" zu verstehen ist, konkret ob es zwingend die Referenz einer Unternehmung vorschreibt, oder ob auch die Referenz einer einzelnen Schlüsselperson zulässig ist (vgl. E. 5.4). Zweitens, ob das Projekt "Q.\_\_\_\_\_" aufgrund der Mitwirkung von B.\_\_\_\_\_  
im Rahmen seiner früheren Tätigkeit bei der

C. \_\_\_\_\_ AG unter dem Eignungskriterium EK2 als Unternehmensreferenz der Beschwerdeführerin zurechenbar ist (vgl. E. 5.5).

#### 4.

Zunächst ist das von der Beschwerdeführerin in der Ergänzung der Beschwerdebeurteilung gestellte Ausstandsbegehren zu beurteilen.

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss dem Evaluationsbericht zur Präqualifikation vom 25. August 2020, welcher ihr mit den Vorakten am 19. Oktober 2020 in einer teilweisen geschwärtzten Version zugestellt wurde, habe sich niemand aus dem Beurteilungsgremium als befangen gemeldet. Allerdings sei ein Mitglied des Beurteilungsgremiums, nämlich Frau D. \_\_\_\_\_, als befangen zu betrachten. Sie sei früher bei der E. \_\_\_\_\_ AG, einer Schwesterfirma der C. \_\_\_\_\_ AG mit identischer Inhaberstruktur, Herrn B. \_\_\_\_\_ direkt unterstellt gewesen.

Die Vergabestelle stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, Frau D. \_\_\_\_\_ sei von April 2008 bis Juni 2009 bei der E. \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen. Dort sei sie nicht Herrn B. \_\_\_\_\_, sondern dem damaligen Bereichsleiter, einem Mitglied der Geschäftsleitung, direkt unterstellt gewesen. Seit Juli 2009 sei Frau D. \_\_\_\_\_ zudem ausschliesslich bei der öffentlichen Hand tätig.

**4.2** Nach Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Insofern haben im Rahmen von Submissionsverfahren auch Anbieter einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1071). Dabei gelten nach Art. 26 BöB die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG.

Nach Art. 10 Abs. 1 VwVG haben Personen, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, in den Ausstand zu treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben (Bst. a), mit einer Partei durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder mit ihr eine faktische Lebensgemeinschaft führen (Bst. b), mit einer Partei in gerader Linie oder bis zum dritten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind (Bst. b bis), Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen

Sache tätig waren (Bst. c) oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten (Bst. d).

Ein persönliches Interesse nach dem vorliegend möglicherweise in Frage kommenden Bst. a von Art. 10 Abs. 1 VwVG liegt vor, wenn das mit der Sache befasste Behördenmitglied entweder direkt oder indirekt betroffen ist (Stephan BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG, Praxiskommentar, 2016., Art. 10 N. 39 ff.). Der Bst. d von Art. 10 Abs. 1 VwVG ist als Auffangtatbestand konzipiert, weshalb die dort erwähnten "anderen Gründe" je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sind. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2 m. H.). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3).

Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z.B. eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstandsbegründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 87). Angesichts der Vielzahl möglicher Formen wirtschaftlicher Interessenverflechtungen hängt es im Kontext von Ausstandsfragen, bei denen ein früherer Arbeitgeber vom Verfahren betroffen ist, von der Dauer der Anstellung, der Zeitspanne seit Auflösung des Arbeitsverhältnisses sowie der Position des ehemaligen Arbeitnehmers ab, ob die Besorgnis der Befangenheit begründet ist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 5.3.2).

Nach fester Gerichtspraxis wird gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Mangel so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Denn es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein

Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des BVGer A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2). Insofern sind Ausstandsgründe im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid in der Hauptsache nur noch zu hören, wenn der Beschwerdeführer vorher keine Kenntnis von ihnen hatte oder deren Geltendmachung aus anderen Gründen nicht möglich war (Urteil des BVGer B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.5).

**4.3** In ihrer Begründung zum Ausstandsbegehren, das gegen Frau D.\_\_\_\_\_ gerichtet ist, verweist die Beschwerdeführerin, wie bereits erwähnt, auf den Evaluationsbericht zur Präqualifikation, welcher ihr mit den Vorakten am 19. Oktober 2020 in einer teilweise geschwärzten Version zugestellt wurde. Dass Frau D.\_\_\_\_\_ Einsitz im Beurteilungsgremium nahm, war der Beschwerdeführerin allerdings bereits aufgrund der Ausschreibungsunterlagen vom 14. Mai 2020 bekannt. Dort heisst es unter "A3. Allgemeine Informationen", dass der "Teilnahmeantrag Präqualifikation und die Angebote der präqualifizierten Anbieter" durch ein Beurteilungsgremium beurteilt würden, zu welchem u.a. " D.\_\_\_\_\_, Projektleiterin Bauherr" gehöre.

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, erst mit Kenntnisnahme des Evaluationsberichts zur Präqualifikation habe sie erfahren, dass Frau D.\_\_\_\_\_ nicht von sich aus in den Ausstand getreten sei. Indes war die Beschwerdeführerin aufgrund der klaren Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen über den Einsitz von Frau D.\_\_\_\_\_ im Beurteilungsgremium bereits seit längerer Zeit im Bilde. Der Beschwerdeführerin musste bereits mit Kenntnisnahme der Ausschreibungsunterlagen klar sein, dass Frau D.\_\_\_\_\_ bei der Beurteilung ihres Teilnahmeantrags im vorliegenden selektiven Verfahren mitwirkte. Zudem waren der Beschwerdeführerin die von ihr geltend gemachten angeblich ausstands begründenden Tatsachen, nämlich, dass Frau D.\_\_\_\_\_ bei der E.\_\_\_\_\_ AG, einer Schwesterfirma der C.\_\_\_\_\_ AG, Herrn B.\_\_\_\_\_ direkt unterstellt gewesen sei, schon seit jeher bekannt. Diese Kenntnis der angeblich ausstands begründenden Tatsachen und der Rolle von Frau D.\_\_\_\_\_ im vorliegenden selektiven Verfahren haben zur Folge, dass die Beschwerdeführerin nicht den weiteren Verlauf des Verfahrens abwarten durfte, bevor sie sich Rechenschaft darüber ablegte, ob Frau D.\_\_\_\_\_ ihrer Ansicht nach in den Ausstand zu treten habe. Das Versäumnis der Beschwerdeführerin, den Ausstand nicht nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, spätes-

tens mit der Abgabe ihres Teilnahmeantrags, zu verlangen, kann nicht damit entschuldigt werden, dass zuerst habe Klarheit bestehen müssen, ob sich Frau D. \_\_\_\_\_ möglicherweise selber als befangen erkläre. Ein solches Zuwarten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und ist rechtsmissbräuchlich, da die angeblich bestehende Befangenheit schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Nach dem Gesagten hat sich die Beschwerdeführerin trotz Kenntnis der angeblich ausstandsbe gründenden Tatsachen stillschweigend auf ein Verfahren eingelassen, womit sie den Anspruch auf Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen verwirkt hat und die entsprechende Rüge nicht zu hören ist.

Selbst wenn das geltend gemachte Ausstandsbegehren nicht verspätet gestellt worden wäre, läge – wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen zeigt – kein Ausstandsgrund vor.

Frau D. \_\_\_\_\_ war vor gut 10 Jahren etwas länger als ein Jahr bei der E. \_\_\_\_\_ AG tätig. Das entsprechende Arbeitszeugnis, das bei den Akten liegt, ist nicht von B. \_\_\_\_\_ unterschrieben. Im Arbeitszeugnis sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass B. \_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Tätigkeit bei der E. \_\_\_\_\_ AG der direkte Vorgesetzte von D. \_\_\_\_\_ gewesen ist. Selbst wenn die nicht weiter belegte Behauptung der Beschwerdeführerin zutreffen würde, dass B. \_\_\_\_\_ der direkte Vorgesetzte von Frau D. \_\_\_\_\_ gewesen sei, wäre der nach einem Stellenwechsel allenfalls bestehende Anschein der Befangenheit vorliegend entkräftet, weil die Dauer der Zusammenarbeit von etwas mehr als einem Jahr relativ kurz war und weil die Zusammenarbeit bereits mehr als 10 Jahre zurückliegt. Dies bestätigt sich auch dadurch, weil die Beschwerdeführerin keine anderen Hinweise auf eine enge Bindung zwischen D. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ oder gemeinsame Aktivitäten geltend macht. Ebenfalls sind keine Indizien ersichtlich oder geltend gemacht, die auf tangierte persönliche Interessen von D. \_\_\_\_\_ schliessen lassen.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin keine Ausstandspflicht von D. \_\_\_\_\_ zu begründen vermag. Die Rüge, D. \_\_\_\_\_ sei befangen, erweist sich demnach als unbegründet.

## 5.

### 5.1

Die Vorinstanz begründet die von ihr vertretene Auffassung der Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)", wie bereits erwähnt, damit, dass die Beschwerdeführerin

ein Referenzprojekt eingereicht habe, welches nicht von ihr, sondern von der C.\_\_\_\_\_ AG erbracht worden sei.

Im vorliegenden Verfahren, so die Vergabestelle, sei mit der "Referenz der Unternehmung Architekt" explizit eine Unternehmensreferenz verlangt worden. Eine solche sei im Gegensatz zu persönlichen Referenzen (beispielsweise einer Referenz der Schlüsselperson) an die offerierende / teilnehmende Unternehmung gebunden. Es gehe darum, die Eignung anhand der Unternehmung als Ganzes zu prüfen. Da die von der Beschwerdeführerin eingereichte Referenz "Q.\_\_\_\_\_" von der Unternehmung C.\_\_\_\_\_ AG als Architekt/Generalplaner erstellt worden sei, könne einzig die C.\_\_\_\_\_ AG diese Referenz als Unternehmensreferenz einreichen. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht auf diese Referenz stützen, auch wenn ihre Schlüsselperson früher bei der C.\_\_\_\_\_ AG für dieses Referenzprojekt mitverantwortlich gewesen sei.

Sowohl der Begriff "Firmenreferenz" als auch der Begriff "Referenz der Unternehmung" würden eine Referenz mit Bezug auf eine bestimmte Unternehmung bezeichnen. Alleine daraus, dass das Wort "Firma" in der Ausschreibung nicht erwähnt worden sei, könne nicht geschlossen werden, dass Referenzen einer Schlüsselperson gefordert und zugelassen gewesen wären. Vielmehr sei es die Absicht der Vergabestelle gewesen, die Eignung anhand der Unternehmung als Ganzes zu prüfen. Dies widerspiegele sich im eindeutigen Wortlaut des Eignungskriteriums.

Was die von der Beschwerdeführerin erwähnten Autorenrechte von B.\_\_\_\_\_ betreffe, so sei es vorliegend nicht von Relevanz, wer die Autorenrechte am Referenzprojekt halte, da die Erfahrung der Unternehmung als Ganzes bewertet worden sei.

## **5.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, B.\_\_\_\_\_ sei als Partner der C.\_\_\_\_\_ AG Hauptverantwortlicher für das Projekt "Q.\_\_\_\_\_" gewesen. Zudem sei in der Ausschreibung nicht explizit definiert gewesen, dass beim Eignungskriterium EK2 ausschliesslich Firmenreferenzen eingereicht werden dürften. Der Begriff "Firma" habe in der Ausschreibung gefehlt, weshalb die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sei, dass sie das Eignungskriterium aufgrund der zur Verfügung stehenden Schlüsselpersonen erfülle. Ausserdem ergebe sich aus den Ausschreibungsunterlagen, dass vor allem die Kompetenz und Erfahrung der Schlüsselpersonen für



das ausgeschriebene Projekt gefragt sei. Die Kompetenz einer Unternehmung bestünde sowohl aus dem Knowhow der Schlüsselperson als auch aus den Erfahrungen der Unternehmung.

Ausserdem verweist die Beschwerdeführerin auf das Urheberrecht, wonach mehreren Personen, die als Urheber oder Urheberinnen an der Schaffung eines Werks mitgewirkt hätten, diesen das Urheberrecht gemeinschaftlich zustehe. Demnach hätte sowohl sie als auch die C. \_\_\_\_\_ AG die Projektreferenz "Q. \_\_\_\_\_" verwenden dürfen.

### 5.3

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 (Art. 9 Abs. 1 BöB).

Art. 9 Abs. 1 BöB lautet:

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

Die Vergabestelle gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BöB). Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. Anhang 3 Ziff. 8 VöB).

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle –

nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., m. H. auf die Praxis des BVGer). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 m. H.). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 m. H.).

Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

#### **5.4**

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle, wie bereits erwähnt, in Ziff. 3.8 der Ausschreibung und identisch in den Ausschreibungsunterlagen (Teil A, Verfahrensbestimmungen, S. 13) folgendes Eignungskriterium festgelegt:

"EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung) (Gewichtung 40 %) Referenz 1

Eine Referenz der Unternehmung Architekt (Federführung) über die Ausführung eines mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren, in den letzten 15 Jahren realisierten Projekts. Die Referenz muss die Qualität und Relevanz zur vorgesehenen Aufgabe aufzeigen. Insbesondere bezüglich der Umsetzung von offenen Arbeitsplatzmodellen und der Umbau- und Sanierungsmassnahmen. Die Referenz muss die architektonischen und räumlichen Qualitäten der baulichen Veränderungen aufzeigen.

Die beteiligten Planer und deren Fachgebiete sind anzugeben.

Der Eignungsnachweis ist anhand von Fotos, Skizzen, Text und Plänen auf einer Seite (einseitig) im Format DIN A3 als Beilage zum Formular 5, im Teil B zu erbringen.

Der fehlende Nachweis führt zum Ausschluss."

Unter dem Eignungskriterium EK2 wird die "Erfahrung der Unternehmung Architekt" beurteilt. Verlangt wird "eine Referenz der Unternehmung Architekt", also eine Referenz des anbietenden Architekturbüros in einem mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt. Mit anderen Worten hat die Vergabestelle die Eignung eines Anbieters explizit unter anderem davon abhängig gemacht, dass das anbietenden Architekturbüro ein vergleichbares Projekt vorzeigen kann.

Es spielt dabei entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht nur keine Rolle, dass die Vergabestelle den Begriff "Unternehmung" und nicht den Begriff "Firma" verwendet hat, sondern der Begriff "Unternehmung" ist genauer. Der Begriff "Unternehmung" bezeichnet entweder Einzelunternehmen oder Gesellschaften, sprich eine wirtschaftlich selbständige Organisationseinheit. Umgangssprachlich vermag der Begriff "Firma" zwar ebenfalls eine Gesellschaft zu bezeichnen, doch rechtlich wird damit lediglich auf den Namen eines kaufmännisch geführten Unternehmens verwiesen (vgl. Art. 944 ff. des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220]). Der Begriff "Unternehmung" deutet demgegenüber darauf hin, dass der Anbieter als wirtschaftlich selbständige Organisationseinheit ein vergleichbares Referenzprojekt vorweisen muss und nicht etwa lediglich einzelne Schlüsselpersonen.

Auf dem im Zusammenhang mit Eignungskriteriums EK2 einzureichenden Formular (Formular 5 "Referenz der Unternehmung Architekt [Federführung]") wurde von den Teilnehmern explizit verlangt, "Ausgeführte Arbeiten / Leistungen des Anbieters" zu beschreiben. Auch daraus ist erkennbar, dass die Erfahrung der Unternehmung, die selber als "Anbieter" auftritt, für die Eignungsprüfung unter dem Eignungskriterium EK2 relevant ist und auf dem entsprechenden Formular nicht nur nach der Erfahrung einzelner Schlüsselpersonen gefragt worden ist. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in den Eignungskriterien EK3 und EK4, welche gleichlautend wie das Eignungskriterium EK2 die "Erfahrung der Unternehmung Holzbauingenieur" und die "Erfahrung der Unternehmung HLKK-Ingenieur" zum Gegenstand haben, jeweils (korrekterweise) eine Referenz der entsprechenden Unternehmung und nicht etwa die Referenz einer Schlüsselperson eingereicht. In diesem Verhalten der Beschwerdeführerin zeigt sich, dass auch sie ein Eignungskriterium, das die "Erfahrung der Unterneh-

mung" abfragt, grundsätzlich so versteht, dass eine Referenz der Unternehmung und nicht einer Schlüsselperson verlangt ist. Dies bestätigt sich auch dadurch, dass bei allen drei Eignungskriterien EK2, EK3 und EK4, welche die "Erfahrung der Unternehmung" beurteilen, von der Vergabestelle explizit eine "Referenz der Unternehmung" gefordert wurde.

Im Rahmen der ersten Frage-Antwortrunde wurde eine Frage zum Eignungskriterium EK2 gestellt, nämlich, ob im Falle einer Bietergemeinschaft beide Architekten je eine eigene Referenz abgeben könnten. Die Antwort der Vergabestelle, dass nur eine Referenz abgegeben werden könne, welche von der federführenden Partei stammen müsse, wurde mit Schreiben vom 18. Juni 2020 sämtlichen Interessenten zugänglich gemacht. Die Antwort der Vergabestelle bestätigt ebenfalls, dass die unter dem Eignungskriterium EK2 einzureichende Referenz von der federführenden Partei, also von einer Unternehmung, und nicht von einer Schlüsselperson stammen muss.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Eignungskriterium EK2 "Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" nach Treu und Glauben so zu verstehen ist, dass die Unternehmung die Referenz vorzulegen hat und nicht die Referenz einer Schlüsselperson gefragt ist. Im Übrigen kann das Bundesverwaltungsgericht nach Durchsicht der Vorakten entgegen den Befürchtungen der Beschwerdeführerin bestätigen, dass die von der Beschwerdeführerin als Projektmanagementbüros bezeichneten zwei Anbieter das Eignungskriterium EK2 ebenfalls in diesem Sinne verstanden und entsprechend eine Referenz ihrer Unternehmung eingereicht haben.

## 5.5

Zu prüfen bleibt, ob das eingereichte Projekt "Q.\_\_\_\_\_" unter dem Eignungskriterium EK2 als Unternehmensreferenz der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen ist, weil B.\_\_\_\_\_, im Team der C.\_\_\_\_\_ AG beim fraglichen Projekt mitgewirkt hat und gemäss Beschwerdeführerin sogar Hauptverantwortlicher gewesen ist. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass ihr die von B.\_\_\_\_\_ früher bei der C.\_\_\_\_\_ AG gesammelte Erfahrung bzw. das besagte Referenzprojekt zuzurechnen ist.

In der Tat ist die Auffassung der Beschwerdeführerin insofern nachvollziehbar, als dass die Kompetenz einer Unternehmung unter anderem vom Wissen der dort tätigen Arbeitskräfte abhängt. Zudem ist die Beschreibung des Eignungskriteriums EK2, im Gegensatz zu dessen Überschrift "Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" und zum ersten Satz "Eine

Referenz der Unternehmung Architekt (Federführung)", so formuliert, als dass durchaus die Kompetenz einer Schlüsselperson mitgefragt sein könnte. Beachtlich ist insbesondere der Hinweis in der Beschreibung des Eignungskriteriums EK2, wonach das Referenzprojekt die Umsetzung von offenen Arbeitsplatzmodellen sowie die architektonischen und räumlichen Qualitäten der baulichen Veränderungen aufzeigen solle. Ein solches Kriterium, das ein starkes Gewicht auf die Gestaltung des Referenzprojekts legt, schliesst nicht gänzlich aus, dass die entsprechenden Anforderungen des Eignungskriteriums EK2 durch eine Schlüsselperson erfüllt werden könnten.

Mit der Vergabestelle ist jedoch festzuhalten, dass im Gegensatz zu persönlichen Referenzen mit einer Unternehmensreferenz die Eignung anhand der Unternehmung als Ganzes beurteilt werden soll. Es ist daher zwischen persönlichen Referenzen und Unternehmensreferenzen zu differenzieren, wie dies folgendermassen vom Verwaltungsgericht Tessin mit Entscheid 52.2012.386 vom 6. 12.2012 dargelegt wurde:

"Sodann unterscheidet das Gericht persönliche und Unternehmensreferenzen.

a. Persönliche Referenzen (Schlüsselpersonen-Referenzen) sind an ihren Träger gebunden und können nur geltend gemacht werden, solange der Träger dem Anbieter dient.

b. Unternehmensreferenzen hingegen hängen an der ganzen Unternehmung beziehungsweise Abteilung, welche den Referenzauftrag ausgeführt hat, und sie bleiben grundsätzlich auch nach einem Weggang bestimmter Schlüsselpersonen erhalten (deutsche Zusammenfassung von BEYELER MARTIN/SCHERLER STEFAN/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Anmerkungen zu Entscheid des Verwaltungsgerichts Tessin vom 6.12.2012 [TI 52.2012.386], BR/DC 4/2013, S. 205 ff., 207 f.)."

Das Bundesgericht hält ebenfalls fest, dass Unternehmensreferenzen Auskunft über den Anbieter selber geben würden, während Personenreferenzen Aussagen über die bei einem Anbieter tätigen Personen treffen (vgl. Urteil des BGer 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.3.7). Dass zwischen persönlichen Referenzen und Unternehmensreferenzen differenziert werden kann, bestätigt auch die Beschwerdeführerin. Sie hält fest, dass sich die Kompetenz einer Unternehmung sowohl aus dem Knowhow der Schlüsselpersonen als auch aus den Erfahrungen der Unternehmung zusammensetze.

Selbst wenn das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung vertreten würde, dass die gestalterischen Anforderungen des Eignungskriteriums EK2 im hier vorliegenden Fall durch eine Schlüsselperson erfüllt werden könnten, ist im Vorgehen der Vergabestelle keine Unzulässigkeit zu erkennen. Die Beweggründe, welche die Vergabestelle dazu bringt, die Referenz einer Unternehmung und nicht die Referenz einer Schlüsselperson zu verlangen, sind nämlich nachvollziehbar und nicht zu beanstanden. Die Vergabestelle will aufgrund des verlangten Referenzprojekts feststellen, ob die Unternehmung als wirtschaftlich selbständige Organisationseinheit in der Lage ist, das ausgeschriebene Projekt zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen. Der Standpunkt der Vergabestelle ist legitim, dass das Eignungskriterium EK2 der Beurteilung dienen solle, ob die Unternehmung als solche geeignet sei, den Auftrag zu stemmen und den unbestritten hohen Qualitätsanforderungen, auch in gestalterischer Hinsicht, gerecht zu werden.

Mit anderen Worten zeigt die Beurteilung des Referenzprojekts "Q.\_\_\_\_\_", welche die Vergabestelle zu Informationszwecken trotz Ausschlusses des Teilnahmeantrags der Beschwerdeführerin vorgenommen hat, zwar die Benotung des besagten Projekts durch die Vergabestelle auf. Damit hat die Vergabestelle aber nur eine Bewertung eines Projekts der C.\_\_\_\_ AG vorgenommen, in deren Team damals unter anderem B.\_\_\_\_ war. Sie hat nicht eine Leistung der Beschwerdeführerin bewertet. Selbst wenn B.\_\_\_\_ der Hauptverantwortliche des Projekts war, bleibt offen, ob und wie stark die Strukturen, die Arbeitsabläufe, das übrige Personal und die weiteren Einflussfaktoren der C.\_\_\_\_ AG das besagte Referenzprojekt beeinflusst haben. Ohne Frage könnte möglicherweise auch eine gegenteilige Argumentation zutreffen, nämlich, dass die C.\_\_\_\_ AG ohne B.\_\_\_\_ ein solches Referenzprojekt nicht hätte abliefern können, was die Folge haben könnte, dass das genannte Projekt nicht als Referenz der C.\_\_\_\_ AG zu berücksichtigen wäre. Dieser Problematik, dass eine Schlüsselperson nach Erstellung eines Referenzprojekts den Arbeitgeber wechseln könnte, war sich die Vergabestelle allem Anschein nach bewusst. Sie ist dem Zielkonflikt, ähnlich wie im zitierten Entscheid des Kantons Tessin, nämlich damit begegnet, dass sie explizit eine Referenz der Unternehmung verlangt hat. Damit gewichtet die Vergabestelle im gegenständlichen selektiven Verfahren offensichtlich die Einflussfaktoren, die in der Sphäre der Unternehmung liegen (z.B. deren Struktur oder die durch die Unternehmung vorgegebenen Arbeitsabläufe), höher als den individuellen Beitrag einer Schlüsselperson.

Was den Verweis der Beschwerdeführerin auf das Urheberrecht bzw. auf die Autorenrechte von B.\_\_\_\_\_ am besagten Projekt angeht, gilt Folgendes: Das Projekt "Q.\_\_\_\_\_" zeigt, wie bereits erwähnt, die Eignung der Beschwerdeführerin als wirtschaftlich selbständige Organisationseinheit nicht auf, sondern referenziert "bloss" auf die Leistungen von B.\_\_\_\_\_ im Kontext seiner Tätigkeit bei der C.\_\_\_\_\_ AG. Auf der anderen Seite kann der von der Vergabestelle unter dem Eignungskriterium EK2 verlangte Leistungsnachweis der Unternehmung unabhängig von der Ausübung des mit dem gegenständlichen Referenzprojekt verbundenen Urheberrechts beurteilt und bewertet werden. Die urheberrechtlichen Vorgaben vermögen daher nicht auszuschliessen, dass die Vergabestelle die von der Beschwerdeführerin unter dem Eignungskriterium EK2 eingereichte Referenz nicht berücksichtigt, selbst wenn B.\_\_\_\_\_ die Autorenrechte am besagten Projekt "Q.\_\_\_\_\_" hätte und das Urheberrecht gemeinschaftlich auszuüben wäre.

Zusammenfassend ist das Vorgehen der Vergabestelle, insbesondere, dass sie im Eignungskriterium EK2 eine Unternehmensreferenz verlangt, von ihrem grossen Beurteilungsspielraum abgedeckt, der ihr bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien zusteht. Zudem ist die Vergabestelle an die Ausschreibung gebunden, welche im Eignungskriterium EK2, wie bereits erwähnt, die Referenz einer Unternehmung und nicht die Referenz einer Schlüsselperson voraussetzt (vgl. E. 5.4). Nach dem Gesagten ist es daher nicht unzulässig, dass die Vergabestelle das von der Beschwerdeführerin unter dem Eignungskriterium EK2 eingereichte Projekt "Q.\_\_\_\_\_", das unter der (hauptverantwortlichen) Mitwirkung von B.\_\_\_\_\_ durch die C.\_\_\_\_\_ AG erstellt worden ist, nicht als eigene Unternehmensreferenz der Beschwerdeführerin berücksichtigt.

## 6.

Mit der Nicht-Berücksichtigung des von der Beschwerdeführerin unter dem Eignungskriterium "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" eingereichten Referenzprojekts "Q.\_\_\_\_\_" geht die Nichterfüllung des genannten Eignungskriteriums einher. Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt zum Ausschluss aus dem Verfahren. Es erübrigt sich daher die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin zu beurteilen, namentlich, dass die Vergabestelle unzulässigerweise eine Bewertung der Lichtplanung vorgenommen habe sowie dass die Vergabestelle das Kriterium Lichtplanung und die Eignungskriterien EK1 und EK2 falsch bewertet habe. Diese Rügen betreffend die konkreten Bewertungen einzelner Krite-

rien vermögen den Ausschluss des Teilnahmeantrags der Beschwerdeführerin nicht umzustossen. Ebenfalls erübrigt sich die Beurteilung der von der Beschwerdeführerin verlangten Einsicht in die Bewertung der fünf ausgewählten Teams: Auch mit einer weitergehenden Einsicht in die Bewertung der ausgewählten Teams könnte die Beschwerdeführerin ihre eigene Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK2 Erfahrung der Unternehmung Architekt (Federführung)" nicht umstossen, zumal die beiden ausgewählten von der Beschwerdeführerin als Projektmanagementbüros bezeichneten Anbieter, wie bereits erwähnt, unter dem Eignungskriterium EK2 Referenzen ihrer Unternehmung eingereicht haben. Insgesamt hat die Beschwerdeführerin Einsicht in alle relevanten Dokumente erhalten, um den Ausschluss ihres Teilnahmeantrags und das vorliegende Urteil zu verstehen und sachgerecht anzufechten. Eine weitergehende Akteneinsicht erübrigt sich damit.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

## 7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Die Verfahrenskosten werden im vorliegenden Fall auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das BöB fallende Vergabestelle hat praxisgemäss keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443; vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

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

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vergabestelle ([...]; Gerichtsurkunde);

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen nach Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 9. Dezember 2020