



---

Abteilung II  
B-1470/2010  
{T 0/2}

## Urteil vom 29. September 2010

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz)  
Richterin Vera Marantelli, Richter Claude Morvant,  
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

---

Parteien

1. **A.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
handelnd durch B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_,

2. **F.**\_\_\_\_\_ **AG**,  
handelnd durch G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_,

beide vertreten durch Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_,  
A.\_\_\_\_\_AG  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV**,  
Länggassstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 9,  
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb  
und Rechtsanwältin lic. iur. Julia Bhend, Walder Wyss &  
Partner AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236,  
8034 Zürich,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Beschaffungswesen - Ausschreibung - Privatisierung  
Alcosuisse.

## Sachverhalt:

### A.

Mit Publikation im SIMAP-Forum schrieb die Eidgenössische Alkoholverwaltung (Vergabestelle, EAV) am 17. Februar 2010 einen Dienstleistungsauftrag öffentlich aus. Anlässlich der Totalrevision des Alkoholgesetzes soll auf das Bundesmonopol zur Einfuhr von Ethanol verzichtet und der Ethanolmarkt der Schweiz liberalisiert werden. Im Zuge dieser Liberalisierung soll die Alcosuisse, welche innerhalb der EAV als Profitcenter mit dem Ethanolimport und -vertrieb betraut ist, privatisiert werden. Gegenstand der Beschaffung sind die Dienstleistungen, die zur Beratung und Unterstützung der EAV bei der Vorbereitung und Durchführung der Überführung des Eigentums am Profitcenter Alcosuisse in eine vom Bund unabhängige Trägerschaft notwendig sind.

### B.

Die A.\_\_\_\_\_ AG und die F.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) erhoben am 9. März 2010 gegen die Ausschreibung Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht und beantragten das Folgende:

"1. Es sei die Ausschreibung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) betreffend Privatisierung der Alcosuisse vom 17. Februar 2010 wie folgt aufzuheben bzw. zu ändern:

- Ziff. 3.5: Bietergemeinschaften sind zuzulassen.
- Ziff. 3.7, EK 2.3: Subunternehmer inkl. Freelancer sind zuzulassen.
- Ziff. 3.7, EK 1.3: Mindestvorgaben für Personalressourcen: 1 Projektleiter, 2 Consultants.
- Ziff. 3.7, EK 1.4: Der Anbieter hat seit 01.01.2000 bis heute mindestens 3 Referenzmandate nachzuweisen, für die er vergleichbare Leistungen erbracht hat.
- Ziff. 3.7, EK 2.5: Dieses Eignungskriterium sei vollständig aufzuheben.

2. Die Ausschreibung vom 17. Februar 2010 der [Vergabestelle] zur Privatisierung der Alcosuisse sei unter Ansetzung einer neuen Eingabefrist zur Offertstellung neu zu publizieren.

3. Eventualiter sei die Ausschreibung an die [Vergabestelle] zur Neuformulierung und Neupublikation der Ausschreibung unter Ansetzung einer neuen Eingabefrist zur Offertstellung zurückzuweisen.

4. Subeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der in Rechtsbegehren 1 erwähnten Bestimmungen der Ausschreibung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) betreffend Privatisierung der Alcosuisse vom 17. Februar 2010 festzustellen.

5. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

### C.

Mit Zwischenverfügung vom 24. März 2010 ordnete der Instruktions-

richter als Einzelrichter vorsorglich an, dass der Ausschluss von Bietergemeinschaften (Ziff. 3.5 der Ausschreibung) und Subunternehmern bzw. Freelancern (Ziff. 3.6 der Ausschreibung sowie Eignungskriterium 2.3) für die Beschwerdeführerinnen einstweilen nicht gelte und die Offerteingabefrist für diese auf den 9. April 2010 festgesetzt werde. Die Öffnung der eingehenden Angebote wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt.

**D.**

Mit Verfügung vom 8. April 2010 wies der Instruktionsrichter ein Begehren der Vergabestelle vom 31. März 2010 um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen einstweilen ab mit der Begründung, es sei keine Veränderung der Verhältnisse seit Ergehen der Verfügung vom 24. März 2010 ersichtlich.

**E.**

Innert instruktionsrichterlich auf den 9. April 2010 angesetzter Frist reichte die Beschwerdeführerin 2 unter Beizug der Beschwerdeführerin 1 und der J.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerinnen eine Offerte im laufenden Beschaffungsverfahren ein.

**F.**

Auf erneutes Begehren der Vergabestelle um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 13. April 2010 verfügte der Instruktionsrichter am 16. April 2010, der Vergabestelle werde in Abänderung der Ziff. 1.3 des Dispositives der Zwischenverfügung vom 24. März 2010 erlaubt, die eingegangenen Offerten zu öffnen, die Eignungsprüfung durchzuführen und allenfalls ungeeignete Anbieter mit anfechtbarer Verfügung vom laufenden Verfahren auszuschliessen, wobei der Ausschluss von Bietergemeinschaften (Ziff. 3.5 der Ausschreibung) und Subunternehmern bzw. Freelancern (Ziff. 3.6 der Ausschreibung sowie Eignungskriterium 2.3) für die Beschwerdeführerinnen einstweilen nicht gelte. Des Weiteren wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, Verhandlungen mit den Anbietern zu führen und die Offerten materiell zu evaluieren.

**G.**

Mit Verfügung vom 6. Mai 2010 schloss die Vergabestelle die Beschwerdeführerin 2 vom laufenden Beschaffungsverfahren mangels Eignung aus, da sowohl das Eignungskriterium 2.5 "Qualitätsmanagementsystem (QMS)" als auch das Eignungskriterium 3.1 "Erfahrung

bei Privatisierungen" von dieser beziehungsweise von den von ihr zugezogenen Subunternehmerinnen nicht erfüllt würden.

**H.**

Am 7. Mai 2010 reichte die Vergabestelle ihre Beschwerdeantwort ein mit den folgenden Anträgen:

- "1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 nicht einzutreten.
3. Subeventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. [...]
4. Es sei kein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.
5. Eventualiter, falls ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt wird, sei die aufschiebende Wirkung bzw. seien die bestehenden vorsorglichen Massnahmen mit unmittelbarer Wirkung aufzuheben."

**I.**

Nachdem der Instruktionsrichter in der Folge mit Verfügung vom 10. Mai 2010 einen zweiten Schriftenwechsel angeordnet hatte, ergänzte beziehungsweise änderte die Vergabestelle mit Eingabe vom 12. Mai 2010 ihre prozessualen Anträge dahingehend, es sei die aufschiebende Wirkung bzw. es seien die vorsorglichen Massnahmen umgehend aufzuheben, eventualiter sei der Vergabestelle zu gestatten, die eingegangenen Offerten, unter provisorischem Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerin 2, materiell zu evaluieren.

**J.**

Mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2010 wies der Einzelrichter den Antrag der Beschwerdeführerinnen vom 12. Mai 2010, der Entscheid betreffend die Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen sei bis zum Ablauf der Beschwerdefrist zur Anfechtung der Ausschlussverfügung vom 6. Mai 2010 aufzuschieben, ab. Ebenfalls abgelehnt wurde die vollständige Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen wie von der Vergabestelle mit Eingabe vom 12. Mai 2010 beantragt. In Gutheissung des Eventualantrages der Vergabestelle erlaubte das Gericht dieser indessen, die Angebote materiell zu evaluieren. Die Erteilung des Zuschlags blieb einstweilen untersagt.

**K.**

Am 27. Mai 2010 reichten die Beschwerdeführerinnen ihre Replik ein, mit welcher sie an den bisher gestellten Rechtsbegehren und Anträgen, insbesondere an den mit Beschwerde vom 9. März 2010 gestellten Anträgen festhielten. Inhaltlich brachten die Beschwerdeführerinnen zur Hauptsache vor, die vorgegebenen und mit Beschwer-

de vom 9. März 2010 gerügten Eignungskriterien würden zu einer unzulässigen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Gleichentags erhob die Beschwerdeführerin 2 zudem Beschwerde gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 6. Mai 2010, mit welcher sie mangels Eignung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war. Das entsprechende Verfahren wird unter dem Aktenzeichen B-3803/2010 geführt.

**L.**

Die Vergabestelle duplizierte am 14. Juni 2010 unter Festhalten an den bisher gestellten Begehren und Anträgen. Sie brachte unter anderem vor, die Eignungskriterien seien angemessen und sachgerecht. Insbesondere schränkten diese die Anzahl der Anbieter nicht in der von den Beschwerdeführerinnen behaupteten Weise ein. Sie fügte eine Liste derjenigen schweizerischen Unternehmen an, die sie für grundsätzlich geeignet hält, für einen derartigen Auftrag zu offerieren.

**M.**

Mit Verfügung vom gleichen Tag stellte das Gericht fest, dass die Duplik Neuerungen im Hinblick auf die Marktsituation enthalte, zu denen den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen sei.

**N.**

Die Beschwerdeführerinnen machten in ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2010 geltend, die von der Vergabestelle gewählten Eignungskriterien würden die grossen internationalen Marktplayer bevorzugen und sich einschränkend auf den Wettbewerb auswirken.

**O.**

Mit Zwischenverfügung im Verfahren B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 betreffend die Ausschlussverfügung vom 6. Mai 2010 lehnte das Bundesverwaltungsgericht das Begehren der Beschwerdeführerin 2 um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab. Zur Begründung wurde einerseits festgehalten, die Vergabestelle habe prima facie ihr Ermessen nicht überschritten, indem sie davon ausgegangen war, das Angebot erfülle das Eignungskriterium 2.5 betreffend Qualitätsmanagementsystem nicht. Des Weiteren wurde die Rüge betreffend die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots im Rahmen der Eignungsprüfung als nicht offensichtlich unbegründet beurteilt. Es sei indessen prima facie davon auszugehen, dass die im Verfahren verbliebenen Anbieter auch bei einer formell korrekten Eignungs-

prüfung als geeignet befunden worden wären. Angesichts dieser Ausgangslage seien die öffentlichen Interessen an einer zügigen Fortführung des Vergabeverfahrens höher zu gewichten als die Interessen der Beschwerdeführerin 2.

**P.**

Die Vergabestelle äusserte sich am 29. Juni 2010 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 21. Juni 2010 und stellte zugleich den Antrag, die bestehenden vorsorglichen Massnahmen seien mit unmittelbarer Wirkung aufzuheben. Mit Eingabe vom gleichen Tage beantragten die Beschwerdeführerinnen, auf die Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen sei zu verzichten.

**Q.**

Mit Zwischenverfügung vom 30. Juni 2010 hob der Instruktionsrichter die mit Zwischenverfügung vom 18. Mai 2010 getroffene vorsorgliche Anordnung, wonach der Vergabestelle einstweilen untersagt worden war, nach durchgeführter Evaluation den Zuschlag zu erteilen, ersatzlos auf.

**R.**

Nachdem der Zuschlag am 15. August 2010 veröffentlicht worden war, teilte die Vergabestelle dem Gericht mit Eingabe vom 15. September 2010 mit, der Vertragsabschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin sei am gleichen Tage erfolgt.

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

### **1.**

**1.1** Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1996 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst indessen 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).

**1.2** Die Eidgenössische Alkoholverwaltung untersteht gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. b BöB als Auftraggeberin diesem Gesetz. Der Auftragswert der in Frage stehenden Dienstleistungen beträgt Fr. 766'400.- (vgl. die Zuschlagspublikation vom 15. August 2010), womit der massgebende Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB erreicht ist. Ein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB liegt nicht vor.

**1.3** Auftragsinhalt ist gemäss Ziff. 2.5 der Ausschreibung vom 17. Februar 2010 die Beratung und Unterstützung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung bei der Vorbereitung und Durchführung der Privatisierung der Alcosuisse. 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 (BVGE 2008/48 E. 2.3). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPC; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Vorliegend ist eine gemischte Dienstleistung zu beurteilen. Gemischte Dienstleistungen unterstehen dann dem BöB, wenn der schwergewichtigere Auftragsteil darunter fällt (BVGE 2008/48 E. 4.3 mit Hinweisen). Aufgrund der eingegangenen Offerten ist zu erkennen, dass die Dienstleistungen unter den Titeln "Darstellung des heutigen Business Case", "Pro-Forma-Bilanz per 31.12.2009", "Jahresrechnung 2008/2009 gemäss Swiss GAAP FER", "Darstellung eines künftigen Business Case in diesen Szenarien", "Entwicklung der Verkaufsstrategie" sowie "Unterstützung des Privatisierungsprozesses (ohne juristische Beratung)" deutlich mehr als die Hälfte des veranschlagten Gesamtaufwandes ausmachen. Diese Dienstleistungen sind – wie auch von der Vergabestelle nicht bestritten wird – den CPC-

Kategorien 865 (Management consulting services) und 866 (Services related to management consulting) zuzurechnen, welche unter den Anwendungsbereich des GPA fallen. Das BöB ist damit anzuwenden, wobei offen bleiben kann, ob dies auf diejenigen Dienstleistungen, welche in den Ausschreibungsunterlagen als "juristische und steuerliche Abklärungen" zusammengefasst werden, für sich alleine ebenfalls zutreffen würde.

## **1.4**

**1.4.1** Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 32 Abs. 2 BöB lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Da das Bundesverwaltungsgericht sowohl der Beschwerde im vorliegenden Verfahren als auch derjenigen im Verfahren B-3803/2010 die aufschiebende Wirkung rechtskräftig entzogen hat, führt der – vorliegend am 15. September 2010 erfolgte – Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin dazu, dass sich die Hauptanträge der Beschwerdeführerinnen auf Aufhebung beziehungsweise Abänderung der Ausschreibung vom 17. Februar 2010 sowie der Eventualantrag auf Rückweisung der Sache zur Neuformulierung und Neupublikation der Ausschreibung als gegenstandslos erweisen und entsprechend materiell nicht zu behandeln sind. Zu prüfen bleiben die weiteren Eintretensvoraussetzungen für die Subeventualanträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ziffern 3.5 (Ausschluss von Bietergemeinschaften) und 3.7, Eignungskriterium (EK) 2.3 (Ausschluss von Subunternehmer inkl. Freelancer), EK 1.3 (Mindestvorgaben für Personalressourcen), EK 1.4 (Kundenstruktur) sowie EK 2.5 (Qualitätsmanagementsystem) der Ausschreibung.

**1.4.2** Während im Verwaltungsprozess in der Regel das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatz nicht ausreicht, um ein gerichtliches Feststellungsurteil über die Rechtswidrigkeit einer Verfügung erwirken zu können, da sekundärer Rechtsschutz via Staatshaftungsbegehren direkt geltend gemacht werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2A.64/2003 vom 27. Mai 2003 E. 2.2.3; RETO FELLER, Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2007, S. 209 ff.; vgl. auch BEATRICE WEBER-DÜRLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

[VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 25 N. 16), stellt sich im Beschaffungsrecht das System aufgrund von Art. 32 Abs. 2 BöB gerade umgekehrt dar: Nur wer ein gerichtliches Feststellungsurteil erwirkt hat, kann auf dem Staatshaftungsweg (teilweisen) Ersatz des ihm entstandenen Schadens fordern (GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV S. 1202; MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 590 ff.). Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht damit ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar. Die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die subeventualiter vorgebrachten Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerinnen ist damit nicht restriktiver als beim auf Aufhebung der Ausschreibung bzw. Rückweisung gerichteten Haupt- und Eventualbegehren. Umgekehrt müssen die für das Eintreten auf ein Begehren auf Aufhebung der Ausschreibung geltenden Anforderungen an die Beziehungsnähe zur Streitsache und das hinreichende Rechtsschutzinteresse aber auch vorliegen, um auf die auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung lautenden Subeventualanträge eintreten zu können (vgl. MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 590).

## 1.5

**1.5.1** Die Vergabestelle beantragt Nichteintreten auf die Beschwerde. Sie bestreitet zum einen die hinreichende materielle Beschwer der Beschwerdeführerin 1, da diese, im Unterschied zur Beschwerdeführerin 2, lediglich als Subunternehmerin am Vergabeverfahren teilgenommen habe und damit nicht die gemäss Rechtsprechung erforderliche Beziehungsnähe zum Streitgegenstand aufweise. Zum andern sei auch die Beschwerdeführerin 2 nicht zur Beschwerdeführung legitimiert, da sie vom Vergabeverfahren wegen Nichterfüllens mehrerer Eignungskriterien ausgeschlossen worden sei. Dabei sei namentlich zu berücksichtigen, dass der Ausschluss auch aufgrund Nichterfüllens des mit der vorliegenden Beschwerde nicht angefochtenen Eignungskriteriums 3.1 (Privatisierungsreferenzen) erfolgt sei, weshalb die Eignung auch fehlen würde, wenn die vorliegende Beschwerde in Bezug auf die Anfechtung des Eignungskriteriums 2.5 (Qualitätsmanagementsystem) begründet wäre. Weder die Beschwerdeführerin 1 noch die Beschwerdeführerin 2 seien damit als potentielle Anbieterinnen anzusehen (Duplik vom 14. Juni 2010, Rz. 4). Zudem fehle es den Beschwerdeführerinnen an einem hinreichenden Rechtsschutzinteresse am Begehren auf Zulassung von Bietergemeinschaften, da

sie trotz einstweiliger Zulassung von Bietergemeinschaften durch den Zwischenentscheid des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 gar keine Offerte als Bietergemeinschaft eingereicht hätten (Beschwerdeantwort vom 7. Mai 2010, Rz. 11).

**1.5.2** Die Beschwerdeführerinnen, welche als Hauptanbieterin und Subunternehmerin offeriert haben, erachten die Eintretensvoraussetzungen als gegeben an. Die Beschwerdeführerin 1 sei eine mittelgrosse Wirtschaftsrechtskanzlei, zu deren Schwerpunktgebieten die Privatisierung öffentlicher Trägerschaften gehöre. Die Beschwerdeführerin 2 sei ein führendes und unabhängiges Mergers & Acquisitions- bzw. Corporate Finance-Beratungsunternehmen in der Schweiz, welches sich insbesondere auf Unternehmenskäufe und -verkäufe sowie Business Planning und Restrukturierungen spezialisiert habe. Die Beschwerdeführerinnen seien deshalb zur gemeinsamen Ausführung des strittigen Auftrags prädestiniert und allein aufgrund der seitens der Vergabestelle (unzulässig) statuierten Bedingungen und Eignungskriterien vom Kreis der Anbieter ausgeschlossen worden (Beschwerde vom 9. März 2010, S. 3). Die Beschwerdeführerinnen führen zu ihrer Legitimation weiter aus, der Entscheid zur Offerteingabe als General- und Subunternehmung anstelle der Teilnahme am Beschaffungsverfahren als Bietergemeinschaft sei namentlich durch das laufende Beschwerdeverfahren beeinflusst worden. Im Falle der Gutheissung der Beschwerde und der Aufhebung der angefochtenen Ausschreibung stünde es den Beschwerdeführerinnen frei, als Bietergemeinschaft ein Angebot einzureichen. Da der Ausschluss der Beschwerdeführerin 2 aufgrund des Nichterfüllens des Eignungskriteriums "Qualitätsmanagementsystem" erfolgt sei, hätten die Beschwerdeführerinnen bezüglich dieses Eignungskriteriums in jedem Fall ein Rechtsschutzinteresse an der materiellen Beurteilung der Beschwerde (Replik vom 27. Mai 2010, S. 2 f.).

**1.6** Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und ist als Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Während Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Abbruch des Vergabeverfahrens beenden und deshalb zu deren Anfechtung eine formelle Beschwerde im Sinne der Teilnahme am Verfahren grundsätzlich vorausgesetzt wird (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Auflage,

Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 850), kommt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG keinerlei Bedeutung zu, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert (BVGE 2009/17 E. 2; Zwischenverfügung des BVGer im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 E. 3.3; Urteil des BVGer B-1982/2008 vom 17. Juli 2008 E. 1.3.1; vgl. auch zur analogen Rechtslage bei der Anfechtung eines Zuschlages im freihändigen Verfahren das Urteil des BVGer B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 3.1).

**1.7** Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen durch die angefochtene Ausschreibung im Sinne von Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG materiell beschwert sind und ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung der Rechtmässigkeit der von ihnen als unzulässig gerügten Submissionsbedingungen und Eignungskriterien haben.

**1.7.1** Zur Anfechtung von Ausschreibungen gemäss Art. 18 bzw. 29 Bst. b BöB sind grundsätzlich nur die potentiellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung berechtigt, da (nur) sie ein Interesse am späteren Zuschlag haben (Urteil des Bundesgerichts 2P.157/2001 vom 8. September 2001 E. 1b; BVGE 2009/17 E. 3.2). Neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potentiellen) Anbieterinnen kommt die Beschwerdeberechtigung in der Regel nur jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen, die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (BVGE 2009/17 E. 3.2; vgl. BGE 125 I 203 E. 3a). Soweit die Vergabestelle geltend macht, die Beschwerdeführerinnen seien keine potentiellen Anbieterinnen und entsprechend nicht zur Beschwerdeführung legitimiert, da ihnen die Eignung zur Erfüllung des strittigen Auftrags entsprechend den festgesetzten Eignungskriterien fehle, kann diesem Vorbringen angesichts des Umstandes, dass mit der vorliegenden Beschwerde gerade die Submissionsbedingungen und Eignungskriterien angefochten wurden, kein Erfolg beschieden sein. Mit Blick auf das von der Beschwerdeführerin 2 am 9. April 2010 eingereichte Angebot ist vielmehr davon auszugehen, dass diese unter Beizug geeigneter Subunternehmungen grundsätzlich in der Lage wäre, einen Auftrag der entsprechenden Art zu übernehmen, wurde ihr Angebot doch nur deshalb vom Verfahren ausgeschlossen, weil die von ihr zugezogenen Subunternehmungen nach Auffassung der Vergabestelle je ein Eignungskriterium nicht erfül-

len konnten (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010). Die Eignung der als Subunternehmerin beigezogenen Beschwerdeführerin 1 wurde im Übrigen nur wegen Fehlens eines hinreichenden Qualitätsmanagementsystems verneint, die Zulässigkeit dieses Eignungskriteriums bildet nun aber gerade Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Schliesslich kann der Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerin 2 vom 7. Mai 2010, der Gegenstand des Verfahrens B-3803/2010 vor Bundesverwaltungsgericht bildet, auch deshalb keine Auswirkungen auf die Legitimation der Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren haben, weil dieser Ausschluss noch nicht rechtskräftig ist.

**1.7.2** Dass die Beschwerdeführerin 1 kein eigenes Angebot im strittigen Beschaffungsverfahren eingereicht hat, sondern lediglich als Subunternehmerin der Beschwerdeführerin 2 aufgetreten ist, bedeutet – entgegen der Auffassung der Vergabestelle – nicht, dass ihr die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache fehlt. Vorliegend kann vielmehr nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin 1 namentlich deshalb nicht als Mitglied einer Bietergemeinschaft ein Angebot im laufenden Beschaffungsverfahren eingereicht hat, weil es das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 abgelehnt hat, vorsorglichen Anordnungen hinsichtlich des Eignungskriteriums Qualitätsmanagementsystem zu erlassen, zumal unter diesen Gegebenheiten eine Angebotseinreichung als Bietergemeinschaft wenig aussichtsreich war. Der Verzicht auf eine Angebotseinreichung kann nun aber nicht dazu führen, dass der Beschwerdeführerin 1 die erforderliche Beziehungsnähe zur angefochtenen Ausschreibung abgesprochen wird. Auch wenn der zuständige Instruktionsrichter als Einzelrichter das entsprechende Vorbringen als offensichtlich unbegründet erachtet hat, haben die Beschwerdeführerinnen Anspruch auf einen Endentscheid über die Zulässigkeit eines Qualitätsmanagementsystems als Eignungskriterium, ohne gezwungen zu sein, im laufenden Beschaffungsverfahren ein ohne entsprechende vorsorgliche Anordnungen kaum aussichtsreiches Angebot einzureichen.

**1.7.3** Neben der materiellen Beschwerde muss ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse gegeben sein, damit auf die Beschwerde eingetreten werden kann. Ein solches besteht nach abgeschlossenem Vertrag regelmässig darin, dass mit einem Feststellungsentscheid der Weg zur Geltendmachung von Schadenersatz geöffnet wird (vgl.

E. 1.4.2 hiervor). Vorliegend ist indessen zu beachten, dass durch die vorsorglichen Anordnungen des BVGer vom 24. März 2010 die Ziffern 3.5 (Ausschluss von Bietergemeinschaften) und 3.6 (Ausschluss von Subunternehmen inkl. Freelancer) der Ausschreibung sowie das Eignungskriterium 2.3 (keine Subunternehmer und Freelancer) für die Beschwerdeführerinnen während des strittigen Beschaffungsverfahrens keine Geltung hatten (Ziff. 1 des Dispositives des Zwischenentscheides des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010). Die Beschwerdeführerinnen konnten damit entgegen den Vorgaben der Ausschreibung sowohl in der Form als Bietergemeinschaft als auch als General- und Subunternehmung ein Angebot einreichen und am Beschaffungsverfahren teilnehmen. Indem die Beschwerdeführerin 2 unter Beizug der Beschwerdeführerin 1 sowie einer weiteren Gesellschaft als Subunternehmerinnen am 9. April 2010 ein Angebot für die strittige Submission eingereicht hat, haben die Beschwerdeführerinnen von der einstweiligen gerichtlichen Öffnung der Submissionsbedingungen auch Gebrauch gemacht. Die Beschwerdeführerinnen wurden durch die gerichtlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen während des mittlerweile abgeschlossenen Vergabeverfahrens damit genau so gestellt, als ob ihrer Beschwerde hinsichtlich der Begehren auf Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen entsprochen worden wäre. Die vorsorglichen Anordnungen hatten ja gerade den Sinn, der Vergabestelle die Fortführung des Vergabeverfahrens unter den Gegebenheiten zu ermöglichen, wie sie sich im Falle der Begründetheit der nicht offensichtlich aussichtslosen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen darstellen würden. Entsprechend würden die Beschwerdeführerinnen bei einer Aufhebung und Neupublikation der Ausschreibung ohne die Ziffern 3.5 sowie 3.6 und ohne das Eignungskriterium 2.5 auch nicht besser gestellt, als sie es aufgrund der gerichtlich angeordneten vorsorglichen Massnahmen im strittigen Beschaffungsverfahren ohnehin waren.

Nicht anders gestaltet sich die Rechtslage in Bezug auf das Eintreten auf die subeventualiter gestellten Begehren um Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausschreibung: Wurden die Beschwerdeführerinnen durch die vorsorglichen Anordnungen des Gerichts so gestellt, als ob ihren Beschwerden bezüglich der Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen zu entsprechen wäre, haben sie für den Fall, dass die Eignung wie vorliegend mit anderer Begründung bestritten wird, kein praktisches Rechtsschutzinteresse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit der entsprechenden Submissions-

bedingungen und Eignungskriterien. Ob im vorliegenden Fall der Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen zulässig war, erweist sich aufgrund des Verfahrensablaufs vielmehr als rein theoretische Frage, die keine Relevanz auf den Ausgang des strittigen Beschaffungsverfahrens mehr hat. Die Chancen der Beschwerdeführerinnen auf den Zuschlag waren durch das vorsorgliche Ausserkraftsetzen der dargestellten Submissionsbedingungen und Eignungskriterien nach dem Gesagten nicht anders, als wenn diese Vorgaben nie bestanden hätten. Dies wiederum wirkt sich unmittelbar auf die Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und einem möglichen Schaden im Sinne von Art. 34 BöB aus.

**1.7.4** Nach dem Gesagten hat das Gericht die Anträge der Beschwerdeführerinnen, es sei die Widerrechtlichkeit der Ziff. 3.5 und 3.7, EK 2.5 der Ausschreibung vom 17. Februar 2010 festzustellen, mangels hinreichendem Rechtsschutzinteresse materiell nicht zu behandeln. Da das Rechtsschutzinteresse durch die vorsorglichen gerichtlichen Anordnungen und damit während Hängigkeit der Beschwerde weggefallen sind, erweisen sich die entsprechenden Anträge als gegenstandslos.

**1.8** Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Subeventualbegehren der frist- und formgerecht eingereichten Beschwerde insoweit einzutreten ist, als die Beschwerdeführerinnen die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Eignungskriterien 1.3 (Mindestvorgaben für Personalressourcen), 1.4 (Kundenstruktur) und 2.5 (Qualitätsmanagementsystem) gemäss Ausschreibung vom 17. Februar 2010 beantragen. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als gegenstandslos.

## **2.**

**2.1** Gemäss Art. 9 Abs. 1 BöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskri-

terien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (zuletzt im Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1 mit Hinweis auf die Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.1.3, B-1295/2010 vom 8. April 2010 E. 4, B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 4.2, B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3; siehe auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 347 f. mit Hinweis, PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Fribourg 1999, S. 19). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBI 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

**2.2** Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2, mit Hinweisen; Zwischenentscheid der Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5b, mit Hinweisen), in welchen das BVGer nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3; vgl. zur vergleichbaren Überlegung in Bezug auf die technischen Spezifikationen den Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (siehe dazu ausführlich E. 6 hiernach).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das Eignungskriterium 1.3 betreffend die personellen Ressourcen der Anbieterinnen für das Privatisierungsprojekt sei widerrechtlich. Die qualitativen und quantitativen Vorgaben, wonach ein Anbieter über mindestens drei

Projektleiter, drei Projektmanager (senior level), fünf Consultants (senior level) und fünf Analysten (senior level) mit einem Beschäftigungsgrad von mindestens 80 Prozent und einer Mindestanstellungsdauer von einem Jahr per 31. Januar 2010 verfügen muss, seien für das vorliegende Projekt völlig überdimensioniert. Da die Alcosuisse eine kleine Verwaltungseinheit sei, erweise sich für die Privatisierung derselben ein Team von ein bis zwei Projektleitern und zwei weiteren Consultants als genügend. Durch die in der Ausschreibung vorgegebenen Personalressourcen werde zudem der wirksame Wettbewerb ausgeschlossen, da kleine und mittlere Unternehmungen nicht für einen derart langen Zeitraum für ein Projekt in diesem Umfang Personal zur Verfügung stellen könnten. Die Beschwerdeführerinnen weisen zudem darauf hin, dass die Beschwerdeführerin 2 bereits weitaus grössere Transaktionen mit weniger Personal durchgeführt habe (Beschwerde vom 9. März 2010, S. 10).

**3.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, es sei zwar richtig, dass die Einheit, welche privatisiert werden soll, klein sei. Der Einhaltung des Zeitplans komme aber erste Priorität zu, da die vorgegebenen Termine mit dem Gesetzgebungsprojekt verknüpft seien. Es werde kein lineares Vorgehen verlangt, sondern die einzelnen Projektschritte seien jeweils in kurzen Perioden zu bewältigen, während zwischen den einzelnen Projektschritten längere Pausen bestünden. Dieser von der Politik vorgegebene Stop-and-Go-Ansatz erfordere mehr Ressourcen als ein gleichmässiger Arbeitsrhythmus. Die Ansprüche seien zudem hoch; der Prozess werde von Politik, Personal und potentiellen Erwerbenden mit Argusaugen verfolgt, und es sei zu erwarten, dass auch der kleinste Fehler medial "amplifiziert" werde. Unter diesen Gegebenheiten dürften über das absolut Notwendige hinaus auch angemessene Reservekapazitäten verlangt werden, weshalb die Vorgaben der Vergabestelle betreffend die Personalressourcen jedenfalls nicht rechtswidrig seien (Stellungnahme der Vergabestelle vom 22. März 2010, S. 23 f.).

**3.3** Vorgaben der Vergabestelle an die für ein Projekt zur Verfügung zu stellenden Personalressourcen sollen sicherstellen, dass für die Auftragserfüllung genügend und hinreichend qualifiziertes Personal bereitsteht. Es besteht damit ein Leistungs- beziehungsweise ein Auftragsbezug, soweit die entsprechenden Vorgaben für das in Frage stehende Projekt nicht deutlich überdimensioniert und folglich sachlich nicht mehr begründbar sind. Demgemäss sieht auch der Anhang 3 zur

VöB in Ziff. 4 die "Erklärung betreffend einsetzbare Personalkapazität und Ausstattung im Hinblick auf die Erbringung des zu vergebenden Auftrages" explizit als möglichen Eignungsnachweis vor. Die Vorgaben an die Personalressourcen müssen sich dabei nicht auf das absolut notwendige Minimum, mit welchem ein Auftrag ausführbar erscheint, beschränken, sondern dürfen durchaus auch angemessene Reservekapazitäten vorsehen. Dabei erscheint es nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, auf die Art der Auftragsabwicklung Rücksicht zu nehmen und die Rahmenbedingungen zu berücksichtigen. Vorliegend ist es etwa nachvollziehbar, wenn die Vergabestelle davon ausgeht, gewisse Arbeiten müssten in sehr kurzer Zeit ausgeführt werden, während zwischen den Projektphasen längere Pausen zu erwarten seien. Es ist damit auch zulässig, wenn sie dies bei der Vorgabe an die Personalressourcen berücksichtigte. Mit Blick auf den Gesamtaufwand für das Projekt – dieser liegt nach einer der eingereichten Offerten bei rund 400 Personenarbeitstagen – kann zudem nicht gesagt werden, die geforderten Personalressourcen von insgesamt 16 Personen unterschiedlicher Qualifikation seien für das vorliegende Projekt völlig überdimensioniert und damit missbräuchlich festgesetzt worden. Vielmehr ist festzustellen, dass die Vorgaben für das vorliegenden Privatisierungsprojekt zwar als eher hoch angesetzt bezeichnet werden müssen, die Vergabestelle aber den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten hat. Soweit die Beschwerdeführerinnen den Wettbewerb durch die Vorgabe an das zur Verfügung zu stellende Personal als in unzulässigem Masse eingeschränkt erachten, ist auf die Ausführungen unter E. 6 hiernach zu verweisen.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen die Widerrechtlichkeit des Eignungskriteriums 1.4 betreffend die Kundenstruktur der Anbietenden. Es lautet:

"Der Anbieter kann für den Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2005 bis heute mindestens drei öffentlich-rechtliche Kunden oder Verbände bzw. Non-Profit-Organisationen nachweisen, für die er mit dem Gegenstand dieser Ausschreibung hinsichtlich Dauer, Bedeutung und Ressourcenbedarf vergleichbare Leistungen erbracht hat."

Die Beschwerdeführerinnen verlangen konkret die Zulassung auch älterer Referenzen, da es in den letzten fünf Jahren nur wenige vergleichbare Aufträge gegeben habe. Da es vorliegend um "normale

Privatisierungs- bzw. M&A-Prozesse" gehe, sei ausserdem die Begrenzung auf öffentlich-rechtliche Kunden und Non-Profit-Organisationen sachlich nicht nachvollziehbar und verenge den Kreis der in Frage kommenden Anbieter erheblich (Beschwerde vom 9. März 2010, S. 11).

**4.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, als Auftraggeber für die geforderten Referenzprojekte kämen unter anderem der Bund, 26 Kantone und mehr als 2'500 Gemeinden in Frage. Darüber hinaus werde der Kreis von Referenzkunden auf Verbände und Non-Profit-Organisationen erweitert. Deren Anforderungen seien oft ähnlich mit dem Profil, welches öffentliche Stellen erwarten. Die Vergabestelle wolle von Vorkenntnissen und Erfahrungen profitieren und sich nicht mit einer "Lernkurve" von Anbietern konfrontiert sehen (Stellungnahme vom 22. März 2010, S. 25 f.). Die Vergabestelle betont, dass sich das vorliegende Projekt von "normalen Privatisierungs- bzw. M&A-Prozessen" deutlich unterscheide. Die Ausgliederung einer Verwaltungseinheit aus einer selbständigen öffentlichen Anstalt des Bundes erfordere Kenntnisse der zahlreichen öffentlich-rechtlichen Schnittstellen und darüber hinaus einschlägige Erfahrungen mit solchen facettenreichen Projekten (Stellungnahme vom 22. März 2010, S. 33).

**4.3** Mit dem als "Kundenstruktur" bezeichneten Eignungskriterium 1.4 verlangt die Vergabestelle von den Anbietenden den Nachweis über Erfahrungen mit ähnlichen Projekten. Es geht nicht darum, aktuelle Kundenbeziehungen zum Nachweis der Leistungsfähigkeit heranzuziehen, sondern vielmehr darum, anhand von Referenzprojekten sicherzustellen, dass die Anbietenden in der Lage sind, den strittigen Auftrag korrekt zu erfüllen. Nach Anhang 3 zur VöB i.V.m. Art. 9 Abs. 1 VöB können von den Anbieterinnen und Anbietern u.a. eine "Liste der in den letzten fünf Jahren vor der Ausschreibung erbrachten wichtigen Leistungen" (Ziff. 7) und "Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen [...] kann [...]" (Ziff. 8) erhoben werden. Nach Rechtsprechung und Lehre ist der Nachweis von Referenzprojekten im Rahmen der Eignungsprüfung grundsätzlich zulässig (Entscheidung des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 2.2 und B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 349). Der Auftrags- und Leistungsbezug ist gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind. Unzulässig erschiene es demgegenüber, wenn

Referenzen über Projekte von weitaus grösserem Umfang als dem in Frage stehenden verlangt würden (so bereits der Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 E. 4). Des Weiteren ist für die Beurteilung der vorgegebenen Anforderungen an Referenzprojekte die Komplexität des Auftrages von Bedeutung: Dabei gilt, dass je anspruchsvoller beziehungsweise komplexer eine Leistung ist, desto höher dürfen auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzprojekte sein.

**4.4** Vorliegend handelt es sich um ein komplexes und interdisziplinäres Dienstleistungsprojekt. Entsprechend erweist es sich als ohne weiteres zulässig, die Eignung vom Nachweis einschlägiger Referenzen abhängig zu machen. Die Anforderungen an diesen Eignungsnachweis wurden in der Ausschreibung vom 17. Februar 2010 offen formuliert. Die Anbietenden müssen nicht zwingend gleichgelagerte Privatisierungsprojekte als Referenzen angeben, sondern es reicht der Nachweis von Projekten mit "hinsichtlich Dauer, Bedeutung und Ressourcenbedarf vergleichbare[n] Leistungen" aus. Durch diese Formulierung, welche die Vergleichbarkeit mit den ausgeschriebenen Leistungen ins Zentrum stellt, wurde von der Vergabestelle per se ein Auftrags- beziehungsweise Leistungsbezug geschaffen. Wert legt die Vergabestelle darauf, dass diese Leistungen für öffentlich-rechtliche Kunden oder Verbände beziehungsweise Non-Profit-Organisationen erbracht wurden. Da, wie die Vergabestelle zurecht betont, die Projektarbeit für Verwaltungsstellen namentlich aufgrund des politischen Umfelds, daneben aber auch aus juristischer Sicht Besonderheiten birgt – so ist etwa dem öffentlich-rechtlichen Rahmen bzw. den spezifischen Projekt- und insbesondere Reputationsrisiken besondere Beachtung zu schenken –, ist diese Einschränkung sachlich begründbar (vgl. auch den Entscheid des BVGer B-4366/2010 vom 24. Februar 2010 E. 2, wo die Erfüllung des Eignungskriteriums "Erfahrung in der Zusammenarbeit mit einer Organisation des öffentlichen Rechts" zu beurteilen war). Indem auch Aufträge für Verbände und Non-Profit-Organisationen als Referenzprojekte zugelassen wurden, hat die Vergabestelle die Anforderungen an die Referenznachweise mit Blick auf das verfolgte Ziel so formuliert, dass die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen können, es habe im massgeblichen Zeitraum zu wenig solche Referenzprojekte gegeben. Soweit die Beschwerdeführerinnen offenbar sämtliche Mergers & Acquisitions-Geschäfte als Referenzen zugelassen wissen wollen, verlangen sie vom Gericht einen unzulässigen Eingriff in das Ermessen der Vergabestelle. Soweit

sie die verlangten Nachweise als rechtsfehlerhaft rügen, verkennen sie nach dem Gesagten die Besonderheiten bei der Leistungserbringung für öffentlich-rechtliche Kunden.

Die von den Beschwerdeführerinnen als rechtswidrig gerügte Einschränkung der zugelassenen Referenzprojekte auf den Zeitraum nach dem 1. Januar 2005 ist ebenfalls nachvollziehbar, zumal sich in diesem Bereich – worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist – seit den ersten Projekten einiges geändert hat und seither neues Know-how hinzugewonnen worden ist, welches sich in jüngeren Vorhaben niedergeschlagen hat (vgl. Beschwerdeantwort, S. 18). Der von der Vergabestelle gewählte Zeitraum von fünf Jahren liegt demnach jedenfalls im der Vergabestelle zustehenden Ermessensbereich. Im Übrigen erweist sich auch die Anzahl der verlangten Referenzprojekte – die von den Beschwerdeführerinnen nicht gerügt wurde – für den massgebenden Fünfjahreszeitraum als nicht besonders hoch angesetzt und überschreitet das der Vergabestelle zustehende Ermessen jedenfalls nicht. Das gerügte Eignungskriterium 1.4 hält nach dem Gesagten der Rechtskontrolle stand. Für die Auswirkungen dieses Eignungskriteriums auf den Restwettbewerb wird auf die E. 6 hiernach verwiesen.

## **5.**

Unter dem Titel "Qualitätsmanagement" (QMS) wurde in der Ausschreibung vom 17. Februar 2010 das Eignungskriterium 2.5 wie folgt definiert:

"Der Anbieter betreibt ein Qualitätsmanagement und muss nachweisen, dass er seine Prozesse organisiert, pflegt und weiterentwickelt (z.B. gemäss ISO-Standard oder einem ähnlichen Standard)."

**5.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Eignungskriterium 2.5 sei rechtswidrig, da nur grössere Unternehmungen die entsprechende Vorgabe erfüllen könnten und damit kleinere Unternehmungen unzulässig von der Vergabe ausgeschlossen würden. KMU besäßen zwar meistens genauso gute, wenn nicht sogar noch effizientere Arbeitsstrukturen und Organisationsabläufe. Diese würden in der Regel aber nicht schriftlich festgehalten. Es sei nachvollziehbar, dass die Vergabestelle einen Vertragspartner suche, welcher gut organisiert sei und eine effiziente Abwicklung des Mandats gewährleisten könne. Hierzu sei ein Nachweis mittels eines standardisierten Qualitätsmanagementsystems jedoch nicht erforderlich. Auch Referenzmandate oder der

Nachweis von verwendeten Arbeitshilfen gäben Aufschluss über die interne Organisation einer Unternehmung.

**5.2** Im Anhang 3 zur VöB, der in Ausführung von Art. 9 Abs. 1 VöB eine Aufzählung möglicher Eignungsnachweise enthält, ist in Ziffer 10 die "Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems" explizit aufgeführt. Dabei hat die Vergabestelle grundsätzlich die Wahl, ob sie die Qualität des Anbieters anhand von Referenzangaben prüft oder ein QMS verlangt (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 30. Juli 2002, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2002 S. 316 ff., E. 6a). Dies bedeutet indessen nicht, dass diese Nachweise nicht auch kombiniert werden können. Die Vergabestelle hat aber – wie bei der Festlegung jedes anderen Eignungskriteriums – der Art und dem Umfang des Auftrages Rechnung zu tragen (Art. 9 Abs. 2 VöB, vgl. auch den Zwischenentscheid des BVGer im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 E. 4.1). Die Vorgabe eines QMS muss demnach durch den Gegenstand der Vergabe begründet sein (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2004.95 vom 30. Juni 2004 E. 3.1.1). Damit ein QMS gefordert werden darf, muss die Qualität der in Frage stehenden Leistung in gewissem Umfang von der system- und prozessorientierten Erfassung und Weiterentwicklung der unternehmensinternen Abläufe abhängig erscheinen. Dies ist bei Dienstleistungsaufträgen naturgemäss eher der Fall als beim Einkauf von standardisierten Gütern.

**5.3** Vorliegend handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag, der aufgrund seiner Komplexität hohe Anforderungen an die Anbietenden stellt. Mit Blick auf die Anzahl der am Projekt beteiligten Personen, den Zeithorizont des Projekts und den unstillen Projektrhythmus (vgl. E. 3.3 und 4.4 hiervor) durfte die Vergabestelle die Eignung der Anbietenden ohne weiteres davon abhängig machen, dass die internen Abläufe systematisch kontrolliert, gepflegt und weiterentwickelt werden und in diesem Sinne ein Qualitätsmanagement besteht. Auch die Beschwerdeführerinnen erkennen im Übrigen an, dass die Vergabestelle ein berechtigtes Interesse an effizienten Arbeitsstrukturen und Organisationsabläufe der Anbietenden habe, womit sie in der Sache mit der Vergabestelle einig zu gehen scheinen, dass nur Anbietende als zur Auftragserfüllung geeignet anzusehen sind, welche ihre Prozesse organisieren, pflegen und weiterentwickeln. Es ist des Weiteren zu beachten, dass zum Nachweis der Eignung nicht ein zertifiziertes

QMS verlangt wurde. Vielmehr steht es den Anbietenden nach den Vorgaben der Vergabestelle offen, in anderer Art nachzuweisen, dass ihr QMS mit dem ISO-Standard 9001 vergleichbar ist. Die Vergabestelle hat den Eignungsnachweis damit offen gehalten (vgl. dazu das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 06 86 vom 5. Oktober 2006 E. 3, nach welchem der Nachweis einer ISO-Zertifizierung ohne Zulassung von alternativen QMS im zu beurteilenden Fall aus Praktikabilitätsüberlegungen zulässig war, da dem Gericht aus zahlreichen Submissionsverfahren bekannt sei, dass sehr viele Unternehmungen, welche für den strittigen Totalunternehmerauftrag in Frage kämen, eine ISO-Zertifizierung vorweisen könnten). Eine Rechtsverletzung kann im von der Vergabestelle festgesetzten Eignungskriterium 2.5 nach dem Gesagten jedenfalls nicht gesehen werden.

Wenn die Beschwerdeführerinnen vorbringen, bei kleineren Unternehmungen bestünden oftmals keine Handbücher beziehungsweise keine schriftlich festgehaltenen Prozessabläufe betreffend das Qualitätsmanagement, betrifft dies nicht das Eignungskriterium als solches, sondern die Frage nach dem Nachweis, die Gegenstand des zum vorliegenden konnexen Verfahrens B-3803/2010 bildet. Immerhin kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass ein QMS, das in keiner Weise dokumentiert ist, sondern lediglich auf unternehmensinternen Gepflogenheiten basiert, kaum den Anforderungen eines QMS gemäss ISO-Standard entsprechen dürfte.

**5.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle jedenfalls das ihr zustehende Ermessen nicht überschritten hat, indem sie von den Anbietern den Nachweise eines QMS "z.B. gemäss ISO-Standard oder einem ähnlichen Standard" verlangt hat. Das entsprechende Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erweist sich als unbegründet.

## **6.**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Ausschreibung sei so formuliert, dass nur grössere Unternehmungen, nicht aber KMU als Anbieterinnen in Frage kommen. Die einzelnen Eignungskriterien seien je für sich und in ihrer Kombination so restriktiv, dass sie von kleineren und mittleren Unternehmungen gar nicht erfüllt werden könnten. Die Beschwerdeführerinnen rügen insofern nicht bloss die Rechtswidrigkeit einzelner Eignungskriterien in dem Sinne, dass diese mangels Auftrags- bzw. Leistungsbezug in sich vergaberechtswidrig

seien, sondern sie sehen den Markt durch die vorgegebenen Eignungskriterien als in rechtswidriger Weise eingeschränkt an.

**6.1** Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmungen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erbringen. Es liegt damit in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Insbesondere führt das Betonen der Bedeutung von Referenzprojekten dazu, dass sich neue Anbieter, die auf den Markt drängen, nicht beteiligen können (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009, E. 5.3). Sofern die Eignungskriterien einen genügenden Leistungs- bzw. Auftragsbezug aufweisen, ist die sich durch restriktive Eignungskriterien ergebende Einschränkung des Anbietermarktes, soweit sie nicht im Widerspruch zur Natur des zu vergebenden Auftrags steht, aber jedenfalls solange unbedenklich, als noch ein hinreichender (Rest-)Wettbewerb verbleibt (vgl. in Bezug auf technische Spezifikationen den Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.2). Dabei kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf (vgl. E. 2.2 hiavor).

**6.2** Einen Rechtsanspruch auf KMU-Förderung in dem Sinne, dass die Eignungskriterien so zu formulieren sind, dass kleinere und mittlere Unternehmungen grundsätzlich in der Lage sind, diese zu erfüllen, gibt es nach dem geltendem Vergaberecht des Bundes nicht. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits im Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 (E. 4.5) festgehalten hat, kann die Vergabestelle wohl in gewissem Umfang KMU-Förderung betreiben, sie wird aber dazu vergaberechtlich nicht verpflichtet (so im Ergebnis auch GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 363, wo aber als Postulat festgehalten wird, es sei eine KMU-freundlichere Vergabepolitik der Vergabestellen angezeigt). Im Übrigen ist mit Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 24. März 2010 (E. 4.3) bereits mit Bezug auf Art. 21 VöB betreffend die Zulassung von Bietergemeinschaften entsprechend ausgeführt worden, dass diese Bestimmung nicht als strukturpolitischer KMU-Förderungsartikel verstanden werden kann. Eine Verpflichtung, wie sie die Beschwerdeführerinnen behaupten, würde ausserdem wohl eine formell-gesetzliche Grundlage voraussetzen (vgl. dazu mutatis mutandis den Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.3). Soweit zur Förderung von KMU von der Vergabestelle marktunübliches Verhalten verlangt

würde, müsste wohl zugleich von einem sogenannten vergabefremden Gesichtspunkt gesprochen werden. Auf den Vorwurf der Vergabestelle, die Beschwerdeführerinnen nutzten das Beschwerderecht in nicht zulässiger Weise für gewerbepolitische Anliegen (Stellungnahme vom 29. Juni 2010, S. 3), ist in diesem Zusammenhang nicht weiter einzugehen.

**6.3** Der Sache nach geht es nach dem Gesagten darum, unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Vergabestelle die Wettbewerbszielsetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB und die Zielsetzung des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB in Einklang zu bringen. Der Vergabestelle kann aber nicht gefolgt werden, wenn sie festhält, sie sei für einen optimalen Einsatz der öffentlichen Mittel lediglich verpflichtet, ihre Bedürfnisse genau abzuklären und – so die Vergabestelle wörtlich – "unabhängig von den anbieterseitigen Marktverhältnissen" festzulegen (vgl. Duplik, S. 7). Vielmehr ist es entscheidend, dass die Vergabestelle im Rahmen der Ausübung ihres Ermessens auch die Auswirkungen ihrer Nachfrage auf den Anbieterwettbewerb mitberücksichtigt. Die Auftraggeberin darf in der Regel Auftragsvolumen und Anforderungen an die Anbieter nicht so definieren, dass dies dazu führt, dass nur zwei Anbieter die in Frage stehende Leistung erbringen können (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.98.00362 vom 19. Mai 1999, Minderheitsmeinung; der Minderheit zustimmend GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 363, vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00155 vom 19. Oktober 2005, insbes. E. 5). Sonst kann – soweit nicht objektivierbare Besonderheiten der Nachfragebedürfnisse oder des betroffenen Marktes die entsprechende Einschränkung rechtfertigen – von einem hinreichenden Restwettbewerb nicht mehr gesprochen werden.

**6.4** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, insbesondere der Ausschluss von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen führe in Kombination mit den anderen Eignungskriterien dazu, dass der Wettbewerb in unzulässiger Weise auf wenige Unternehmungen eingeschränkt werde (Replik vom 27. Mai 2010, S. 5 ff.). Da den Beschwerdeführerinnen durch den vorsorglich gewährten Rechtsschutz die Teilnahme am Beschaffungsverfahren in der Form als Bietergemeinschaft beziehungsweise General- und Subunternehmung ermöglicht wurde (vgl. E. 1.7.3 hiervor, wonach damit das aktuelle und praktische Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der Frage nach der Zuläs-

sigkeit des Ausschlusses von Bietergemeinschaften und Subunternehmungen weggefallen ist), sind diese Einschränkungen indessen auch bei der Prüfung des Restwettbewerbes nicht weiter zu berücksichtigen. Vielmehr ist die Wettbewerbssituation entsprechend der sich für die Beschwerdeführerinnen nach Ergehen des Zwischenentscheides vom 24. März 2010 (und damit bei Angebotseinreichung am 9. April 2010) präsentierenden Rechtslage zu beurteilen.

**6.5** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, nur grössere Unternehmungen führten ein standardisiertes QMS, weshalb die entsprechende Vorgabe im Rahmen der Eignungskriterien kleinere und mittlere Unternehmungen faktisch von der Vergabe ausschliesse, erweist sich dieses Vorbringen als nicht stichhaltig. Die Anforderungen an die Standardisierung eines QMS ergeben sich vielmehr gerade (u.a.) aus der Grösse einer Unternehmung (vgl. die Dokumentation International Standard, ISO 9001, Quality management systems – Requirements, Fourth edition 2008, S. V), wobei es grundsätzlich keine Mindestgrösse für die Implementierung eines standardisierten QMS gibt. In der Schweiz führt inzwischen eine nicht unerhebliche Anzahl von KMU ein QMS nach ISO-Standard, wobei dazu nicht nur Sachgüter produzierende Betriebe, sondern insbesondere Dienstleistungsbetriebe gehören. So weisen namentlich auch etliche Anwaltskanzleien gegenüber potenziellen Kunden darauf hin, dass sie über ein QMS nach ISO-Standard 9001 verfügen. Es findet sich sogar einschlägige Spezialliteratur (LEO STAUB/CHRISTIAN BEUTTER, Die ISO-9000-Zertifizierung von Anwaltskanzleien und das Anwaltsgeheimnis, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1998, S. 1403 ff.). Darauf braucht indessen nicht weiter eingegangen zu werden. Indem sich die Vergabestelle nicht auf den ISO-Standard festlegte, sondern alternativ einen ähnlichen Standard zulies, wurde der Anbietermarkt für die strittige Beschaffung jedenfalls nicht derart eingeschränkt, dass von einem ungenügenden Restwettbewerb gesprochen werden könnte.

**6.6** Wenn die Beschwerdeführerinnen des Weiteren vorbringen, die vorgegebenen Personalressourcen würden es kleineren und mittleren Unternehmungen verunmöglichen, ein Angebot einzureichen, da diese nicht während längerer Zeit für ein Projekt 16 Personen bereitstellen könnten, kann diesem Argument zwar eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden. In der Tat mag es für kleinere Unternehmungen, welche Dienstleistungen im Bereich von Geschäftsübernahmen und -umstrukturierungen anbieten, tatsächlich problematisch

sein, während längerer Zeit einen nicht unwesentlichen Teil des Personals für ein bestimmtes Projekt bereitzuhalten. Dass in casu die vorgegebenen Personalressourcen den Anbietermarkt praktisch auf "einige wenige Marktplayer" (Beschwerde vom 9. März 2010, S. 12) eingeschränkt haben, ist aber nicht zu sehen, zumal in der Schweiz eine Vielzahl von Beratungsunternehmen und Anwaltskanzleien im Mergers & Acquisitions-Bereich tätig sind, die über die entsprechenden personellen Kapazitäten verfügen. Dass kleinere Unternehmungen durch Mandate wie das vorliegend strittige ihre Ressourcen stärker binden als grössere Unternehmungen, liegt im Übrigen in der Natur der Sache.

**6.7** Auch die geforderten drei Referenzprojekte, welche hinsichtlich "Dauer, Bedeutung und Ressourcenbedarf" mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar sein müssen, führen nicht zu einer unzulässigen Einschränkung des Restwettbewerbs: Die Vorgabe verhindert zwar den Markteintritt für Beratungsunternehmungen, die bislang weder für öffentlich-rechtliche Kunden noch für Non-Profit-Organisationen tätig waren. In Anbetracht der vielen Umstrukturierungsprojekte der öffentlichen Hand in den letzten Jahren auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden ist aber ohne weiteres davon auszugehen, dass hinreichend viele Unternehmungen entsprechende Referenzprojekte darzulegen vermögen. Dabei ist namentlich darauf hinzuweisen, dass sowohl die Beschwerdeführerin 1 als auch die Beschwerdeführerin 2 im Rahmen der Angebotseinreichung vom 9. April 2010 Referenzprojekte vorweisen konnten, welche von der Vergabestelle nicht beanstandet wurden.

**6.8** Die Kombination der von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten Eignungskriterien 1.3 (Personalressourcen), 1.4 (Kundenstruktur bzw. Referenzprojekte) und 2.5 (Qualitätsmanagementsystem) führt im Vergleich zur isolierten Betrachtung der Auswirkungen dieser Kriterien zwar, worauf die Beschwerdeführerinnen zutreffend hinweisen, tendenziell zu einer weiteren Verkleinerung der Anzahl möglicher Anbieter. So müssen namentlich die Referenzprojekte in Bezug auf den (Personal-)Ressourceneinsatz vergleichbar mit dem ausgeschriebenen Privatisierungsprojekt sein, womit sich dieses Eignungskriterium in Bezug auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb weitgehend mit den geforderten Personalressourcen gemäss EK 1.3 überschneidet. Dem entspricht, dass die Beschwerdeführerinnen eine seitens der Vergabestelle mit Duplik vom 14. Juni 2010 eingereichte Aufzählung von elf

namentlich genannten weiteren möglichen Anbietern mit Eingabe vom 21. Juni 2010 weitgehend bestreiten, zum Teil nach Konsultation der betreffenden Unternehmen. Indessen gehen die Beschwerdeführerinnen selbst davon aus, dass neben den vier grossen Wirtschaftsprüfungsunternehmungen KPMG, Ernst & Young, PriceWaterhouse Coopers und Deloitte Touche Tohmatsu lediglich (aber immerhin) "einige wenige Unternehmungen" für den Auftrag in Frage kommen. Andererseits anerkennt auch die Vergabestelle, dass der schweizerische Markt im Markt für integrierte Transaktionsberatung und -unterstützung "nicht unüberschaubar gross" ist (Stellungnahme vom 29. Juni 2010, S. 5). Es gebe aber immerhin "mindestens sieben Anbieter", welche die Eignungskriterien der angefochtenen Ausschreibung erfüllen. Aus den Akten ergibt sich jedenfalls, ohne dass auf die genaue Zahl möglicher Anbieter weiter einzugehen wäre, dass eine Anbieterin im vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahren für geeignet befunden worden ist, welche nicht zu den vier genannten grossen Wirtschaftsprüfungsunternehmen gehört. Damit ist der massgebende Restwettbewerb – dies gilt im Übrigen wohl auch unter Berücksichtigung des Ausschlusses von Bietergemeinschaften und Subunternehmern – angesichts der Natur der in Frage stehenden Dienstleistungen mit Blick auf den diesbezüglichen vergaberechtlichen Mindeststandard nicht zu beanstanden. Demnach ist die Beschwerde, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist (vgl. dazu E. 1.7 hiervor), vollumfänglich abzuweisen.

## 7.

7.1 Die Verfahrenskosten richten sich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Wird ein Verfahren gegenstandslos, so werden die Verfahrenskosten gemäss Art. 5 VGKE in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Ist das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden, so werden die Kosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes festgelegt. Vergabestellen werden in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt.

**7.2** In Anbetracht des Vergabevolumens von rund Fr. 750'000.– und unter Berücksichtigung, dass vorliegend eine Ausschreibung angefochten wurde, sind die Verfahrenskosten für den Hauptsacheentscheid ohne Berücksichtigung der Zwischenentscheide betreffend aufschiebende Wirkung bzw. vorsorgliche Massnahmen in Anwendung von Art. 4 VGKE trotz nicht unerheblichen Aufwands, aber unter der Berücksichtigung, dass die Beschwerde teilweise gegenstandslos geworden ist, womit wesentliche Punkte nicht beurteilt werden, auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

**7.3** Zur Verlegung der Kosten ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen in der Hauptsache unterliegen, soweit die Beschwerde nicht gegenstandslos geworden ist. Sie haben entsprechend gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG die Verfahrenskosten zu tragen, soweit die teilweise Gegenstandslosigkeit nicht eine andere Kostenverlegung gebietet.

Werden im Beschaffungsrecht die Hauptanträge auf Aufhebung einer Ausschreibung bzw. Rückweisung an die Vergabestelle aufgrund des Vertragsabschlusses zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin gegenstandslos, so wird dies bei der Kostenverlegung nicht weiter berücksichtigt, soweit das Gericht die angefochtene Verfügung in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 BöB auf ihre Rechtmässigkeit hin überprüft (vgl. betreffend die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Zuschlags den Entscheid des BVGer B-2778/2008 vom 20. Mai 2009, teilweise publiziert in BVGE 2009/18, E. 6). Eventualanträge auf Feststellung der Rechtswidrigkeit erweisen sich insofern als zu den Hauptanträgen gleichwertig. Demnach wirkt sich auch im vorliegenden Fall der am 15. September 2010 geschlossene Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nicht auf die Kostenverlegung aus. Die Gegenstandslosigkeit des subeventualiter gestellten Feststellungsbegehrens in Bezug auf die Zulassung von Bietergemeinschaften beziehungsweise Subunternehmen ergab sich vorliegend aufgrund der vorsorglichen Anordnungen des Gerichts und dem weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens (vgl. E. 1.7.3 f. hiavor). Die vorsorgliche Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmen wurde vom Gericht am 24. März 2010 auf Antrag und im Interesse der Beschwerdeführerinnen erlassen, da die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen als nicht offensichtlich unbegründet angesehen wurden. Demnach wäre es unbillig, die Gegenstandslosigkeit als Unterliegen der Beschwerdeführerinnen zu beur-

teilen. Vielmehr sind die auf Fr. 2'500.– festgesetzten Verfahrenskosten um etwas mehr als einen Drittel auf Fr. 1'600.– zu reduzieren.

**7.4** Im vorliegenden Verfahren hat das Gericht am 24. März, 8. April, 16. April, 18. Mai und 30. Juni 2010 Zwischenentscheidungen betreffend die aufschiebende Wirkung beziehungsweise vorsorgliche Anordnungen getroffen. Die Kosten für dieser Zwischenentscheide sind gesondert zu bestimmen und zu verlegen. Die Verfahrenskosten für diese Zwischenentscheide sind auf insgesamt Fr. 2'500.– festzusetzen. Da bei Beschwerdeeinreichung eine derart aufwendige Prozessführung noch nicht absehbar war, wurde kein entsprechender Kostenvorschuss erhoben.

In Bezug auf den Zwischenentscheid vom 24. März 2010 obsiegten die Beschwerdeführerinnen in Anbetracht der Zulassung von Bietergemeinschaften und Subunternehmern, also zu einem Drittel. Die in der Folge gestellten Anträge der Vergabestelle auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen wurden mit Zwischenentscheid vom 8. April 2010 einstweilen abgewiesen. Mit Zwischenentscheid vom 16. April 2010 wurde den Begehren auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen teilweise entsprochen, womit die Vergabestelle als zur Hälfte obsiegend zu betrachten ist. Nach erfolgter Eignungsprüfung hiess der Instruktionsrichter das Begehren der Vergabestelle auf Aufhebung sämtlicher vorsorglicher Massnahmen teilweise gut und wies einen Sistierungsantrag der Beschwerdeführerinnen ab. Damit sind Beschwerdeführerinnen und Vergabestelle hinsichtlich des Zwischenentscheides vom 18. Mai 2010 als je zur Hälfte obsiegend zu betrachten. Mit Entscheid vom 30. Juni 2010 hat der Instruktionsrichter schliesslich die vorsorglichen Anordnungen entsprechend dem Antrag der Vergabestelle ersatzlos aufgehoben, womit die Beschwerdeführerinnen insoweit unterlegen sind.

Den etwas mehr als hälftig unterliegenden Beschwerdeführerinnen sind damit für die Zwischenentscheide Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 1'300.– aufzuerlegen. Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**7.5** Als mit Blick auf die Zwischenentscheide teilweise obsiegende Partei haben die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich Anspruch auf eine dem Obsiegen entsprechende Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Die

Parteientschädigung umfasst namentlich die Kosten der Vertretung (Art. 8 VGKE), wobei gemäss Art. 9 Abs. 2 VGKE keine Entschädigung geschuldet ist, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Ebenso ist keine Entschädigung geschuldet, wenn ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin in eigener Sache auftritt. Aus den Angebotsunterlagen der Beschwerdeführerinnen ist zu entnehmen, dass die Rechtsdienstleistungen der Beschwerdeführerin 1 (ohne Notariat und forensische Tätigkeit) über die A. \_\_\_\_\_ AG abgerechnet werden, während deren notarielle und forensische Tätigkeiten über die A. \_\_\_\_\_ Kollektivgesellschaft abgerechnet werden (Angebot der Beschwerdeführerin 2 vom 9. April 2010, Beilage 3-1.2.3). In der Präsentation der Unternehmung wird indessen nicht weiter nach forensisch und beratend tätigen Personen unterschieden und die eingereichten Geschäftsberichte zeigen explizit den Umsatz der konsolidierten Gruppe (bestehend aus der A. \_\_\_\_\_ AG und der A. \_\_\_\_\_ Kollektivgesellschaft) auf. Wird demnach keine Trennung zwischen beratender und forensischer Tätigkeit vorgenommen, so kann die Beschwerdeführerin 1 unabhängig von der Beurteilung im Lichte der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Rahmen der Kostenverlegung auch nicht geltend machen, sie werde von einer unabhängigen Anwältin vertreten. Die bevollmächtigte Anwältin, deren Tätigkeit offenbar über die A. \_\_\_\_\_ Kollektivgesellschaft abgerechnet wird, vertritt vorliegend vielmehr die Interessen ihrer Arbeitgeberin im Beschaffungsverfahren, weshalb insoweit keine Parteientschädigung geschuldet ist. Geschuldet ist eine Parteientschädigung demgegenüber, soweit die bevollmächtigte Anwältin die Interessen der Beschwerdeführerin 2 vertritt.

Aufgrund der Akten wird der notwendige Parteiaufwand für die Vertretung der Beschwerdeführerin 2 mangels Kostennote für die Zwischenentscheide vom 24. März, 8. April, 16. April, 18. Mai und 30. Juni 2010 gemäss Art. 14 Abs. 2 VGKE auf pauschal Fr. 11'000.– festgelegt. Den Beschwerdeführenden ist entsprechend ihrem etwas mehr als hälftigen Unterliegen für den auf die Beschwerdeführerin 2 anfallenden Aufwand eine Parteientschädigung von Fr. 5'200.– zulasten der Vergabestelle zuzusprechen. Die Vergabestelle hat auch in Bezug auf die Zwischenentscheide des Gerichts betreffend die vorsorglichen Massnahmen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 2'900.– den Beschwerdeführerinnen auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2500.– verrechnet. Der Restbetrag in der Höhe von Fr. 400.– ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Den Beschwerdeführerinnen wird zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 5'200.– inkl. MwSt zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin, Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Martin Buchli

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: >