



## Urteil vom 6. Oktober 2016

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Hans Urech, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

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

1. **A.** \_\_\_\_\_ **SA**,

2. **B.** \_\_\_\_\_ **S.p.A.**,

beide vertreten durch Riccardo Schuhmacher, Rechtsanwalt,  
Schuhmacher Associati, Via Ca' del Caccia 4, 6943 Vezia,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG**,

Bahnhofplatz 7, 3900 Brig,

vertreten durch Dr. iur. Peter Galli, Rechtsanwalt,  
Advokaturbüro, Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "Update Furkatunnel,  
Los 12 Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten",  
SIMAP-Meldungsnummer 891369,  
SIMAP-Projekt-ID 127343.

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

**A.a** Am 3. Juni 2015 schrieb die Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Update Furkatunnel, Los 12 Gewölbearbeiten im Tunnel, Baumeisterarbeiten" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 870039).

Die Baumeisterarbeiten Los 12 umfassen das Einrichten der Installationsplätze Oberwald und Realp, die Instandsetzung Gewölbe Furkatunnel, das Fassen und Ableiten von Bergwasser, den Umbau Wasserreservoir 1. Etappe bei Tm 10.200, die Vorbereitungsarbeiten für elektrotechnische Einrichtungen (Fahrleitungs-Tragwerksnischen), die Vorbereitungsarbeiten für Personenschutznischen Tm 8'450 bis Tm 10'540 sowie die Erstellung von Trenntüren Ausweichstelle Geren (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.5).

Die Angebote waren bis zum 7. August 2015 bzw. 28. August 2015 einzureichen.

**A.b** In der Folge gingen sechs Angebote fristgerecht und ohne Formfehler ein, darunter dasjenige der ARGE X.\_\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_\_ SA und der B.\_\_\_\_\_ S.p.A. (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen).

**A.c** Am 20. November 2015 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die ARGE Y.\_\_\_\_\_, bestehend aus der C.\_\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen). Die Zuschlagsverfügung wurde am 24. November 2015 auf der Internetplattform SIMAP publiziert (Meldungsnummer 891369). Zur Begründung wurde ausgeführt, das gesamtwirtschaftlich beste Angebot gemäss den Zuschlagskriterien in der Ausschreibung erhalte den Zuschlag. Die Vergabestelle informierte die Beschwerdeführerinnen zudem am 24. November 2015 per E-Mail und Brief über ihren Vergabeentscheid.

**B.**

Gegen diesen Zuschlag erheben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 14. Dezember 2015 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei die Zuschlagsverfügung vom 20./24. November 2015 aufzuheben und der Zuschlag sei direkt den Beschwerdeführerinnen zu

erteilen, eventualiter sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Sache sei zur Erteilung eines neuen Zuschlags an die Vergabebehörde zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, es sei ihnen Einsicht in die vollständigen Submissionsakten mit Ausnahme der angebotenen Preise zu gewähren und es sei ihnen nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben.

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil die Vergabestelle ihnen keine Einsicht in die Evaluationsunterlagen und in das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen gewährt habe.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe alle Punkte, auch diejenigen für die Hauptkriterien, entgegen dem klaren Text der Submissionsunterlagen abgerundet, ohne die Dezimalstellen zu berücksichtigen. Dies habe die Position und Bewertung der Beschwerdeführerinnen verschlechtert. Weiter habe die Vergabestelle in der Formel für die Berechnung der Punktzahl der Beschwerdeführerinnen einen Angebotspreis eingesetzt, der nicht ihrem angebotenen Preis entspreche. Die Vergabestelle habe offenbar zur Berechnung der Punktzahl einen um Fr. 680'000.– erhöhten Preis eingesetzt. Da die Bewertungsunterlagen nicht offengelegt worden seien, könne der Einfluss dieser Vorgehensweise nicht konkret eingeschätzt werden.

Im Weiteren rügen die Beschwerdeführerinnen, die Zuschlagsempfängerinnen erfüllten die Eignungskriterien nicht. Die Vergabestelle habe in den Submissionsunterlagen drei Eignungskriterien aufgeführt, nämlich eine hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung (abgeschlossene oder sich in der Abschlussphase befindende Referenz im Bereich Tunnelinstandsetzung mit einer Bausumme von Fr. 2 Mio. und ausgeführt innerhalb der letzten 15 Jahre), eine hinreichende Leistungsfähigkeit und ein hinreichendes Qualitätsmanagement (ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat). Diese Musskriterien seien vom berücksichtigten Anbieter nicht erfüllt worden. Insbesondere werde bestritten, dass alle Gesellschafter der Zuschlagsempfängerinnen über die notwendigen Qualitätszertifikate verfügten.

Sodann kritisieren die Beschwerdeführerinnen, es seien ihnen beim Zuschlagskriterium "Organisation/Personaleinsatz" bzw. dessen Unterkriterien "Baustellenführung bei Tag- und dauernder Nachtarbeit" sowie "Arbeitsleistung" zu wenige Punkte erteilt worden.

**C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Dezember 2015 untersagte die Instruktionsrichterin bis zum Entscheid betreffend die aufschiebende Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen.

**D.**

Die Zuschlagsempfängerinnen teilten mit Eingabe vom 4. Januar 2016 mit, dass sie darauf verzichteten, als Beschwerdegegnerinnen am Verfahren teilzunehmen.

**E.**

Die Vergabestelle reicht am 5. Januar 2016 eine Vernehmlassung in der Sache ein und nimmt Stellung zum Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Vergabestelle beantragt, es sei den Beschwerdeführerinnen Einsicht in die Akten zu gewähren, für welche kein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse bestehe, ansonsten sei das Gesuch um Akteneinsicht abzuweisen. Den Beschwerdeführerinnen sei zur Begründung ihrer Beschwerde keine Nachfrist zu gewähren. Die der Beschwerde superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sei zu widerrufen und das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne.

Zur Begründung führt sie aus, das Angebot der Beschwerdeführerinnen habe bei den Zuschlagskriterien ohne Preis insgesamt 10 Punkte weniger erhalten als jenes der Zuschlagsempfängerinnen. Zudem liege der bereinigte Offertpreis der Beschwerdeführerinnen höher als derjenige der Zuschlagsempfängerinnen. Eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen sei daher nicht in Frage gekommen. Die Vergabestelle habe den Beschwerdeführerinnen anlässlich des Debriefings vom 2. Dezember 2015 insbesondere auch erläutert, dass und weshalb im Rahmen der Offertbereinigung ein Betrag von Fr. 680'000.– aufzurechnen gewesen sei.

Da die Beschwerde offensichtlich aussichtslos und unbegründet sei, brauche keine Interessenabwägung vorgenommen zu werden. Bereits aus diesem Grund seien der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sofort zu entziehen und das Gesuch um definitive Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

**F.**

Mit Zwischenentscheid vom 3. Februar 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut.

**G.**

Mit Verfügungen vom 24. Februar 2016 bzw. vom 18. März 2016 wurde den Beschwerdeführerinnen Akteneinsicht in das Dokument „Bewertung Anbieter A2“ und in Ziffer 2.2e und 2.2.f des Dokuments „Bewertung Anbieter A3“, in das Schreiben der Z. \_\_\_\_\_ AG an die D. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden auch: Zuschlagsempfängerin 2) vom 27. August 2015 sowie in das ISO-Zertifikat der Zuschlagsempfängerin 2 vom 14. Oktober 2015. Das Begehren der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in Ziffern 3.2.4.1, 3.2.4.2 und 3.1 der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen wurde abgewiesen.

**H.**

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Replik vom 30. März 2016 an ihren Rechtsbegehren fest.

Zur Begründung führen sie aus, die nachträgliche Zertifizierung könne nicht als gültig erachtet werden. Das Qualitätsmanagement-Zertifikat sei ein Eignungskriterium, weshalb die Nichterfüllung zum Ausschluss des Anbieters führen müsse. Die Zertifizierung einer Baufirma nehme zwischen 18 und 36 Monaten in Anspruch. Die D. \_\_\_\_\_ AG sei nicht einmal ein Jahr vor Eingabe der Offerte gegründet worden, deshalb sei es fraglich, ob eine Zertifizierung bezüglich der Bautätigkeit (und nicht der Beratungstätigkeit) in weniger als 12 Monaten habe möglich sein können. Das Zertifikat der Z. \_\_\_\_\_ AG hätte hinterfragt werden müssen, auch wenn es bereits im Moment der Offerteingabe vorhanden gewesen sei. Auch das Eignungskriterium NE 1 „Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung“ sei möglicherweise nicht erfüllt. Diesbezüglich sei verlangt worden, dass die Arbeitsgemeinschaften gemeinsam ausgeführte Referenzen im Bereich Tunnelinstandsetzung unter Verkehr erbringen sollten.

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln weiter, die ihnen für das Zuschlagskriterium NZ 1 „Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals“ und das Unterkriterium NZ 2.2 „Organisation/Personaleinsatz“ erteilten Punkte seien offensichtlich falsch. Die Vergabestelle habe ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt. Für das Zuschlagskriterium NZ 1 seien maximal 150 Punkte erteilt worden, wovon die Zuschlagsempfängerinnen 140 Punkte und die Beschwerdeführerinnen nur 95 Punkte erhalten hätten.

Auch die für das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen beim Zuschlagskriterium NZ 1 „Schlüsselpersonal“ vergebenen Punkte würden – mangels Akteneinsicht ohne weitere Begründung – als nicht korrekt gerügt, insbesondere, dass der Baustellenchef und der Polier je mit der Höchstnote fünf bewertet worden seien. Das Gericht habe diesen Punkt kritisch zu würdigen, auch, weil die Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerinnen viel härter beurteilt worden seien.

Mit Bezug auf den Preis rügen die Beschwerdeführerinnen erneut, dass sie Fr. 15'218'872.65 exkl. Mehrwertsteuer angeboten hätten, die Vergabestelle zur Berechnung aber einen um Fr. 680'000.– erhöhten Preis von Fr. 15'898'872.65 eingesetzt habe, um die Punkte zu berechnen. Da ihre Offerte die Vorgaben des Devis erfüllt habe, hätte sie die Vergabestelle zum angebotenen Preis bewerten müssen.

#### I.

Die Vergabestelle hält mit Duplik vom 22. April 2016 an ihrem Rechtsbegehren fest, soweit es nicht gegenstandslos geworden sei. Sie beantrage weiterhin die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Zur Begründung führt sie aus, die Vergabestelle habe einen Anbieter nur bei schweren Regelverstössen auszuschliessen. Sie habe es als unrealistisch taxiert, dass die Zuschlagsempfängerinnen das ISO-Zertifikat der D. \_\_\_\_\_ AG nicht rechtzeitig vor der Zuschlagserteilung beibringen würden. Dieses sei denn auch tatsächlich vor der Zuschlagserteilung vorgelegt und die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen damit im Sinne der in den Ausschreibungsunterlagen zum Eignungskriterium NE 3 definierten Anforderungen nachgewiesen worden. Die erst nach der Offerteinreichung, aber deutlich vor der Zuschlagserteilung erfolgte Unterbreitung des ISO-Zertifikats sei als geringfügige Regelverletzung zu qualifizieren, die überdies entschuldbar sei. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen aufgrund dieser Regelverletzung wäre jedenfalls unverhältnismässig und überspitzt formalistisch gewesen.

Die Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen bezüglich der Bewertung des Zuschlagskriteriums NZ 1 „Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals“ seien unbegründet. Die Beschwerdeführerinnen vermischten diese Rüge mit Einwänden gegen das Subkriterium Ziffer 2.2.e „Baustellenführung bei Tag- und dauernder Nachtarbeit“ und 2.2.f „Arbeitsleistung“

des Zuschlagskriteriums NZ 2. Diesbezüglich sei die Annahme der Beschwerdeführerinnen, sie hätten bei den Subkriterien zum Zuschlagskriterium NZ 2, Ziffern 2.2.e und 2.2.f, eine schlechtere Bewertung erhalten als die Zuschlagsempfängerinnen, gar nicht zutreffend. Vielmehr seien sie in Wirklichkeit sogar besser als diese bewertet worden.

Was die Rüge angehe, die Vergabestelle habe die im Rahmen der Offertbereinigung erfolgte Aufrechnung von Fr. 680'000.– nicht vornehmen dürfen, halte die Vergabestelle an ihren bisherigen Ausführungen fest. Im Übrigen hätten selbst dann, wenn der Berechnung eine Angebotssumme der Beschwerdeführerinnen von Fr. 15'218'872.65 zu Grunde gelegt würde, die Zuschlagsempfängerinnen einen Punktevorsprung bei den neben dem Preis bestehenden übrigen Zuschlagskriterien, so dass die Rangfolge sich nicht ändere.

Die Beschwerdeführerinnen hätten mit ihrer Offerte auch gegen die Sicherheitsvorschriften der Ausschreibungsunterlagen verstossen. Auch deshalb hätten sie vom Verfahren ausgeschlossen werden können.

### **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** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

Das 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.

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Für den Bund bezeichnet der Bundesrat gemäss Art. 2 Abs. 2 BöB die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Organisationen, die in der Schweiz Tätigkeiten unter anderem im Bereich der Verkehrsversorgung ausüben und für diese Tätigkeiten nach dem GPA und anderen völkerrechtlichen Verträgen auch unter das BöB fallen. Der Bundesrat hat diese Kompetenz in Art. 2a Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) umgesetzt und unter anderem öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, insbesondere, wenn der Bund die Kapital- oder Aktienmehrheit besitzt oder wenn er über die Hälfte der Mitglieder der Geschäftsleitung oder des Kontrollorgans stellt, dem BöB unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB). Diese Auftraggeberinnen unterstehen dem Gesetz aber nur für die in Art. 2a Abs. 2 Bst. a-c VöB ausdrücklich genannten Tätigkeiten, und wenn die Schwellenwerte gemäss Art. 2a Abs. 3 VöB überschritten werden (vgl. Art. 2a Abs. 1 VöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 156 f.).

Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind gemäss Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzt, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158).

Die Vergabestelle ist gemäss dem von ihr ins Recht gelegten Auszug aus dem Handelsregister Oberwallis Eigentümerin der Bahninfrastruktur der ehemaligen Furka Oberalp Bahn, umfassend namentlich Fahrbahn, Fahrleitung, Sicherungsanlagen und Bahnhöfe sowie die entsprechenden Infrastrukturanlagen der ehemaligen BVZ Zermatt-Bahn. Die Aktienmehrheit



wird vom Bund gehalten. Die Vergabestelle ist daher eine Auftraggeberin im Sinn von Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB.

Bei den in der vorliegenden Submission zugeschlagenen Baumeisterarbeiten handelt es sich offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB resp. eine Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB.

Der Preis des berücksichtigten Angebots von Fr. 15'665'406.– (ohne MwSt.) überschreitet zweifelsfrei den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert gemäss Art. 2a Abs. 3 Bst. d VöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (AS 2013 4395).

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor.

Die vorliegend angefochtene Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht.

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.2** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

Die Beschwerdeführerinnen haben als Anbieterinnen am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Zuschlagsverfügung, mit der der Zuschlag einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt.

Sie beantragen, der Zuschlag sei aufzuheben und ihnen selbst zu erteilen. Sie rügen dabei, die Zuschlagsempfängerinnen wären auszuschliessen gewesen, weil sie nicht alle Eignungskriterien erfüllten. Weiter rügen sie, sie hätten für ihre Offerte korrekterweise mehr Punkte erhalten müssen als die Zuschlagsempfängerinnen für deren Offerte. Würde das Gericht auch

nur einer dieser Argumentationen Folge leisten, so hätten die Beschwerdeführerinnen als an zweiter Stelle rangierte Anbieterinnen eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie haben daher auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind.

**1.3** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## **3.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Zuschlagsempfängerinnen erfüllten das in der Ausschreibung verlangte Eignungskriterium NE 3 „Hinreichendes Qualitätsmanagement“ nicht.

Konkret beanstanden sie, dass nicht alle Gesellschaften der Zuschlagsempfängerinnen über die notwendigen Qualitätszertifikate (ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat) verfügten. Obwohl gemäss dem klaren Wortlaut der Ausschreibung zum Zeitpunkt der Offerteingabe ein gültiges ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat habe vorhanden sein müssen und eingereicht werden sollen, habe die Zuschlagsempfängerin 2 weder ein solches Zertifikat der Offerte beigelegt noch sei es zu dem Zeitpunkt vorhanden gewesen. Die Auftragsbestätigung der Z. \_\_\_\_\_ AG allein bestätige in keiner Weise, dass zu dem Zeitpunkt ein funktionierendes Qualitätsmanagement bestanden habe. Die Vergabestelle hätte daraus die von ihr selbst in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Konsequenzen ziehen und feststellen müssen, dass die Zuschlagsempfängerinnen den geforderten Nachweis nicht erbracht hätten, und sie deshalb ohne Weiteres ausschliessen müssen. Das Qualitätsmanagement-Zertifikat sei ein Eignungskriterium, d.h. ein Musskriterium, und grundsätzlich führe die Nichterfüllung zum Ausschluss des Anbieters.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, nach ständiger Praxis sei der Verfahrensausschluss eines Anbieters wegen geringfügigen Regelverstössen unzulässig. Bei mittelschweren Regelverstössen sei der Ausschluss fakultativ; die Vergabestelle sei dazu nicht verpflichtet. Nur bei schweren Regelverstössen des Anbieters habe die Vergabestelle den Ausschluss vorzunehmen. Die erst nach der Offerteinreichung, aber deutlich vor der Zuschlagserteilung erfolgte Unterbreitung des ISO-Zertifikats sei als geringfügige Regelverletzung zu qualifizieren, die überdies angesichts der erst kurze Zeit zurück liegenden Gründung der Gesellschaft entschuldbar sei. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen aufgrund dieser Regelverletzung wäre jedenfalls unverhältnismässig und überspitzt formalistisch gewesen. Die Vergabestelle habe die Bestätigung der Zertifizierungsstelle, dass sie die Zertifizierung vornehmen werde, im Vergleich mit dem effektiven Vorliegen des ISO-Zertifikats als gleichwertigen Ausweis betrachten dürfen. Eine Firma, die das ISO-Zertifikat erwerben wolle, sei nach der Offertstellung durch das Zertifizierungsinstitut praktisch sicher, das Ziel zu erreichen. Die Vergabestelle habe angesichts der Bestätigung der Zertifizierungsstelle Z. \_\_\_\_\_ AG vom 27. August 2015, in der diese die Zertifizierung „im Oktober 2015“ in Aussicht gestellt habe, auch davon ausgehen können, dass bei der D. \_\_\_\_\_ AG bereits ein funktionierendes QM-System vorhanden gewesen sei. Ansonsten hätte die Zertifizierungsstelle keine Zusicherung für eine solchermaßen kurzfristige Zertifizierung abgeben können. Das ISO-Zertifikat der Zuschlagsempfängerin 2 habe in der Folge denn auch tatsächlich vor der Zuschlagserteilung vorgelegen. Es sei am 14. Oktober 2015 bei der Vergabestelle eingereicht worden, während der mutmassliche Vergabetermin schon in den Ausschreibungsunterlagen auf die Kalenderwoche 43/2015 und damit unabhängig von dem bei der Offerteinreichung noch nicht vorliegenden ISO-Zertifikat der Zuschlagsempfängerin 2 festgelegt worden sei. Die Zuschlagserteilung sei dann auch am 20. bzw. 24. November 2015 erfolgt.

**3.1** Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Das BÖB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf und gibt diese sowie die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BÖB).

**3.2** Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziffer 3.7 der Ausschreibung drei Eignungskriterien festgelegt:

"NE 1: Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung

NE 2: Hinreichende Leistungsfähigkeit

NE 3: Hinreichendes Qualitätsmanagement"

**3.3** Die Vergabestelle definierte den Nachweis für das Eignungskriterium „NE 3: Hinreichendes Qualitätsmanagement" wie folgt (vgl. Ausschreibung, Ziffer 3.8):

„zu NE 3: Nachweis eines funktionierenden unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements (zum Zeitpunkt der Offerteingabe gültiges ISO-Zertifikat oder gleichwertiges Zertifikat

Im Falle einer Arbeitsgemeinschaft ist die ISO-Zertifizierung (oder ein gleichwertiges Zertifikat) für alle Mitglieder zu erbringen.“

Eine (nahezu) identische Definition findet sich in den Ausschreibungsunterlagen (Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.1.2, S. 16).

Die Ausschreibungsunterlagen sahen ausdrücklich vor, dass Angebote, welche eines der genannten Kriterien nicht erfüllten (fehlende oder nicht beurteilbare Nachweise) vom weiteren Verfahren ausgeschlossen würden (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.1.2, S. 16).

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

**3.5** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei 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., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). 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).

**3.6** Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut der entsprechenden Ausschreibungsbestimmung klar. Die Vergabestelle hatte die Eignung eines Anbieters explizit unter anderem davon abhängig gemacht, dass im Zeitpunkt der Offerteingabe für jedes Mitglied der Arbeitsgruppe der Nachweis eines funktionierenden, unternehmensbezogenen Qualitätsmanagements anhand eines gültigen Zertifikats erbracht werde. In sachverhaltlicher Hinsicht ist aktenkundig und unbestritten, dass das ISO-Zertifikat der Zuschlagsempfängerin 2 erst am 14. Oktober 2015 und damit nach Ablauf der Eingabefrist am 28. August 2015 ausgestellt wurde. Im Zeitpunkt der Offerteingabe reichte die Zuschlagsempfängerin 2 lediglich ein Bestätigungsschreiben der Zertifizierungsstelle Z. \_\_\_\_\_ AG vom 27. August 2015 ein, in welcher diese den Auftrag für die Zertifizierung im Oktober 2015 bestätigte.

**3.7** Die Vergabestelle argumentiert, dass bereits aufgrund des beigelegten Zertifizierungsauftrags die Gleichwertigkeit gegeben gewesen sei.

Zwar kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum bezüglich der Frage zu, inwieweit die beigebrachten Eignungsnachweise die in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen Anforderungen erfüllen. Diesbezügliche Ermessensentscheide der Vergabestelle überprüft die Rechtsmittelinstanz nur auf Rechtsfehler hin (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff., m.H.). Die Argumentation der Vergabestelle, mit

dem Auftrag zur Zertifizierung sei die spätere Zertifizierung „praktisch sicher“, weshalb diese Anmeldung als gleichwertig mit der effektiven Zertifizierung habe eingestuft werden dürfen, überzeugt indessen klarerweise nicht. Genauso wenig, wie eine Anmeldung zur Prüfung garantiert, dass der betreffende Kandidat die Prüfung in der Folge besteht, kann aus der Anmeldung zur Zertifizierung geschlossen werden, dass das Zertifikat in der Folge erteilt wird. Soweit die Vergabestelle bereits aufgrund des im Offertzeitpunkt beigelegten Zertifizierungsauftrags die Gleichwertigkeit als gegeben erachtet haben will, hat sie ihr Ermessen daher rechtsfehlerhaft ausgeübt.

**3.8** Die Vergabestelle argumentiert weiter, da noch vor dem Datum der in Aussicht genommenen Zuschlagserteilung mit dem Vorliegen des ISO-Zertifikats zu rechnen gewesen sei und das betreffende ISO-Zertifikat denn auch tatsächlich vor der Zuschlagserteilung eingereicht worden sei, wäre ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen unverhältnismässig gewesen.

**3.8.1** Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2007/13 E. 3.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1, je mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3; Entscheid der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). Fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, so muss die Vergabestelle die Offerte ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen. Handelt es sich dagegen lediglich um unbedeutende Mängel, so verfügt die Vergabestelle über einen gewissen Ermessensspielraum, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen will. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar, aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus

bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dazu verpflichtet (vgl. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H.).

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, Eignungsnachweise, welche erst nach Ablauf der Antragsfrist beigebracht würden, dürften als verspätet nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, N. 1 zu Art. 19 BöB). Teilweise wird diese Rechtsfolge dagegen lediglich für das selektive Verfahren befürwortet, im offenen Verfahren dagegen könne sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ergeben. So müsse es mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot wohl zulässig sein, eine zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gegebene Eignung durch das nachträgliche Einreichen von Nachweisen zu belegen. Entsprechend habe die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststelle, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter mangels Eignung ausschliesse (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 572 und Rz. 575; MARTIN BEYELER, Eignung und technische Spezifikation, Baurecht 2010, S. 94).

**3.8.2** Die Grenze zwischen einer (zulässigen bzw. sogar gebotenen) nachträglichen Behebung von unbedeutenden Formmängeln einerseits und einer (unzulässigen) Nachbesserung wesentlicher inhaltlicher Mängel einer Offerte andererseits ist zwar nicht einfach zu ziehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass die in der Literatur und Rechtsprechung genannten Beispiele, in denen die nachträgliche Einreichung von Belegen als zulässig erachtet wurde, Fälle betrafen, in denen der zu belegende Sachverhaltsumstand im Zeitpunkt der Offerteinreichung bereits bestand (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 575; BEYELER, a.a.O., S. 94). Die Berücksichtigung von für den Anbieter positiven Tatsachen, die sich erst nach Ablauf des Eingabetermins für die Angebote ereignet haben, wird dagegen abgelehnt (vgl. TRÜEB, a.a.O., N. 1 zu Art. 19 BöB; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in: VPB 67.5 E. 2b; Entscheid der BRK/CRM 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c.aa).

**3.8.3** Hinzu kommt, dass die Nachreichung eines Zertifizierungsbelegs, der erst nach dem Eingabetermin ausgestellt wurde, weil die betreffende Anbieterin im Zeitpunkt des Eingabetermins noch gar nicht zertifiziert war, im vorliegenden Fall offensichtlich gegen den klaren Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen versties.

**3.8.4** Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien (vgl. Art. 9 Abs. 2 BÖB) bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen „Spielregeln des Verfahrens“. Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV) schützt den Anbieter, der sein Angebot so verfasst und diejenige Nachweise beigebracht hat, von denen er aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen. Ein unterliegender Anbieter, der geltend macht, die Vergabebehörde habe beim obsiegenden Konkurrenten ein Eignungskriterium weniger streng gehandhabt, als es in der Ausschreibung festgelegt worden ist, kann sich mit diesen Rügen dagegen nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 33 S. 406, mit Hinweisen auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 3.5 und VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3.1.1). Bei unklar formulierten Eignungskriterien ist es daher nicht unzulässig, wenn die Vergabestelle zu Gunsten jedes Anbieters alle nach Treu und Glauben möglichen Auslegungsvarianten gelten lässt und die entsprechend nachgewiesene Eignung des jeweiligen Anbieters bejaht.

Eine andere Frage ist allerdings, ob – bzw. gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen – die Vergabestelle berechtigt wäre, nach der Offerteingabe von bestimmten Eignungsanforderungen abzusehen, sofern die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich klar und unzweideutig sind. Diese Konstellation ist vorliegend gegeben.

Die Frage kann indessen offen gelassen werden, da die Beschwerde – wie noch darzulegen sein wird – ohnehin aus anderen Gründen gutzuheissen ist.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen – erstmals in ihrer Replik vom 30. März 2016 – das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen erfülle möglicherweise auch das Eignungskriterium NE 1 „Hinreichende Befähigung zur Auftrags Erfüllung“ nicht. Verlangt worden sei, dass die Arbeitsgemeinschaften gemeinsam ausgeführte Referenzen im Bereich Tunnelinstandsetzung unter Verkehr mit einer Bausumme von 2 Mio. Franken erbringen sollten und



diese Referenzen nicht mehr als 15 Jahre zurückliegen dürften. Eventuelle Referenzen der erst am 21. November 2014 gegründeten Zuschlagsempfängerin 2 hätten nicht mehr als 11 Monate zurückliegen können. Ohne Einsicht in die Akten könnten die Beschwerdeführerinnen nicht überprüfen, ob eventuelle Referenzen zwischen dem 11. November 2014 und dem Datum der Offerteingabe für einen Betrag von 2 Mio. Franken ausgeführt worden seien. Diese Frage sei vom Gericht zu überprüfen.

Die Vergabestelle wendet ein, diese von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachte Rüge hätte bereits mit ihrer Beschwerdeschrift eingereicht werden können und müssen. Im Übrigen sei der Schluss falsch, denn weder enthielten die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen die durch die Beschwerdeführerinnen behaupteten Anforderungen, dass die Arbeitsgemeinschaften gemeinsam ausgeführte Referenzen erbringen sollten. Die Zuschlagsempfängerinnen hätten ein Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerin 1 eingereicht, das die Anforderungen von NE 1 erfülle. Die Vergabestelle habe daher im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums zu Recht entschieden, dass die Zuschlagsempfängerinnen das Eignungskriterium erfüllt hätten.

**4.1** Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte oder bis anhin unbekannte neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden. Gleiches gilt für neue Beweismittel. Auch rechtliche Noven, mit welchen ein neues Begründungselement beigebracht wird, sind im Verwaltungsverfahren jederzeit zulässig. Bringen die Parteien neue Rechtsstandpunkte erst spät in das Verfahren ein, kann dies allenfalls Anlass zu Berücksichtigung bei der Kostenregelung geben, ist aber nicht unzulässig (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., 2013, Rz. 2.204 ff.; FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar VwVG*, 2. Aufl. 2016, Art. 52 N. 78 f.; Urteil des BVGer B-2508/2013 vom 13. Oktober 2014 E. 6).

Vorliegend durften die Beschwerdeführerinnen demnach den Einwand, das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen erfülle möglicherweise das Eignungskriterium NE 1 nicht, erstmals in ihrer Replik vorbringen, auch wenn keine Gründe ersichtlich sind, warum sie diese Rüge nicht bereits in einem früheren Zeitpunkt hätten erheben können.

**4.2** Die Vergabestelle definierte den Nachweis für das Eignungskriterium „NE 1: Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung“ wie folgt (vgl. Ausschreibung, Ziffer 3.8):

„Die Unternehmung hat den Nachweis für eine abgeschlossene oder in der Abschlussphase befindende Referenz im Bereich Tunnelinstandsetzung unter Verkehr (Aufrechterhaltung der sicherheitsrelevanten Anlagen etc.) zu erbringen. Bausumme: Auftragswert mind. 2 Mio. CHF. Ausgeführt innerhalb der letzten 15 Jahre.“

Eine identische Definition findet sich in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.1.2, S. 16), wo zudem der folgende Hinweis angebracht ist:

„Bei Arbeitsgemeinschaften ist der Nachweis durch die Gemeinschaft, nicht durch die einzelnen Partner-Firmen zu erfüllen.“

**4.3** Die von der Vergabestelle vertretene Auslegung, wonach dies bedeute, dass nicht alle Partner-Firmen der ARGE je einzeln die Referenz vorlegen müssen, sondern nur mindestens eine von ihnen für die Gemeinschaft, ist aufgrund dieses Wortlauts nicht zu beanstanden.

Die Rüge, das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen erfülle möglicherweise das Eignungskriterium NE 1 nicht, erweist sich somit als offensichtlich unbegründet.

## 5.

Die Vergabestelle bringt (erstmalig) in ihrer Duplik das Argument vor, die Beschwerdeführerinnen hätten mit ihrer Offerte gegen die Sicherheitsvorschriften der Ausschreibungsunterlagen verstossen, weshalb sie vom Verfahren hätten ausgeschlossen werden können. Die Beschwerdeführerinnen planten gemäss ihrem Gesamtterminprogramm zum Beispiel teilweise beidseits der Ventilation (Standort Abzweigung Bedretto) zu arbeiten. Im Ereignisfall (Brandereignis) würde die Ventilation den Rauch aus dem Brandereignis auf die andere Tunnelseite blasen, was verheerend wäre. Sodann sehe das Gesamtterminprogramm der Beschwerdeführerinnen zu Beginn der Arbeiten vier Bauzüge und ab September 2016 drei Bauzüge vor, was eine schnelle Evakuierung des Tunnels im Notfall verunmöglichen würde. Auf Seite Oberwald seien gemäss dem Gesamtterminprogramm der Beschwerdeführerinnen zuerst ein Bauzug zum Abklopfen, dann der Schienenbagger (separate Einheit) und anschliessend der Bauzug 1 vorgesehen, wobei sich letzterer gemäss der Offerte der Beschwerdeführerinnen aus zwei Kompositionen zusammensetze. Ab September 2016 hätten

die Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte vorgesehen, den Schienenbagger und anschliessend den ersten Teil des Bauzugs 1 zu platzieren. Damit sei der erste Teil des Bauzugs 1 zwischen dem Schienenbagger und dem zweiten Teil des Bauzugs eingeklemmt, was eine rasche Rettung der betroffenen Personen im Notfall verunmögliche.

**5.1** Da diese Argumente von der Vergabestelle erstmals in ihrer Duplik vorgebracht wurden, hatten die Beschwerdeführerinnen keinen Anlass, in ihren vorangegangenen Rechtsschriften dazu Stellung zu nehmen.

**5.2** Selbst wenn der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen nicht beantragt haben, zu diesen Neuerungen Stellung zu nehmen, als fehlende Bestreitung dieser Sachverhaltsvorbringen aufgefasst würde, überzeugt die rechtliche Schlussfolgerung der Vergabestelle indessen nicht:

**5.2.1** Richtig ist, dass die Ausschreibungsunterlagen, Besondere Bestimmungen für Bauaufträge, in Kapitel 4 „Randbedingungen“ eine Vielzahl von Angaben und Vorschriften betreffend Erschwernisse und Einschränkungen, den Schutz von Personen und Eigentum, den Schutz der Baustelle und den Umweltschutz, darunter in Ziffer 4.3.24 insbesondere die folgende Vorschrift enthalten:

„Es dürfen max. 2 Arbeitsstellen gleichzeitig betrieben werden. In jedem Fall sind die Traktionsmittel jeweils auf Seite Portalausgang zu positionieren, um eine rasche Ausfahrt (Notfall) zu gewährleisten.“

D.h., eine Traktion zeigt immer in Richtung Realp und die zweite Traktion in Richtung Oberwald.

Aus Sicherheitsgründen kann nur auf jeweils einer Seite der Ventilation (Standort: Abzweiger Bedretto) gearbeitet werden. Beide Bauzüge müssen entweder auf Seite Oberwald (zwischen Portal Oberwald und Ventilator) oder auf Seite Realp (zwischen Ventilator und Portal Realp) eingesetzt werden.

Diese Randbedingung ist in der Terminplanung und der Preiskalkulation des Unternehmers zu berücksichtigen.“

Die Vergabestelle hat die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die besonderen Bestimmungen, die sie beim Vertrag über den in Frage stehenden Auftrag zur Anwendung bringen will, in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 29 Abs. 3 VöB). Damit weiss jeder Anbieter im Voraus, dass er im Falle eines Zuschlags und Vertragsabschlusses die von ihm offerierte Leistung unter anderem zu diesen Bedingungen zu erbringen haben wird. Offensichtlich ist auch, dass

derjenige Anbieter, der letztlich den Zuschlag erhält, bei der Auftragsausführung die Sicherheitsvorschriften, die sich aus den anwendbaren rechtlichen Grundlagen ergeben, einzuhalten hat.

Eine Planung, welche derartige Sicherheitsvorschriften nicht genügend berücksichtigt, ist daher unzweifelhaft mangelhaft, so dass der betroffene Anbieter zumindest im Falle eines Zuschlags und Vertragsabschlusses seine Planung auf eigene Kosten korrigieren müsste.

**5.2.2** Ob Diskrepanzen zwischen der eingereichten Planung und den vorgegebenen Besonderen Bestimmungen zu einem Ausschluss der Offerte führen können oder ob lediglich Bewertungsabzüge vorzunehmen sind und der Anbieter die Mängel vor der Ausführung beheben muss, hängt primär davon ab, welche Folge diesbezüglich in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist.

**5.2.3** Im vorliegenden Fall stellen die Ausschreibungsbedingungen nicht in Aussicht, dass Mängel bezüglich der Vereinbarkeit der Planung mit den Besonderen Bestimmungen zu einem Ausschluss führen würden. Vielmehr sah die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Zuschlagskriterium NZ 2 „Geeignete Logistik / Installation, Organisation sowie genügender Personaleinsatz“ eine Bewertung der Planung nach den folgenden Kriterien und Gewichtungen vor (vgl. Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.2.2 S. 17 f.):

Zuschlagskriterium		Gewichtung
<b>NZ2</b>	<b>Kriterium:</b> <b>Zur sicheren Zielerreichung: Geeignete Logistik / Installation, Organisation sowie genügender Personaleinsatz</b>	<b>70%</b>
	Nachweis Auftragsanalyse – <b>Risikobeurteilung</b> im Hinblick auf <b>Qualität, Termine und Kosten</b> sowie darauf ausgerichtetes detailliertes <b>Massnahmenkonzept</b> in folgenden Aspekten: <b>2.1 Logistik / Installation</b> a. Tunnel Ein- und Ausfahrt (vorgesehene Abläufe und Mittel, insbesondere leistungsstarke Traktion zur Minimierung der Fahrzeiten, rechtzeitige Gleisfreigabe, etc.).	<b>50%</b> 15%

	<p>b. Bauzug mit Installationen (Massnahmen zur Sicherstellung der angebotenen Leistungswerte, Unterhalt, mögliche Massnahmen zur Leistungssteigerung bei Verzögerungen, etc.).</p> <p>c. Arbeitszyklus der Hauptarbeiten (Darlegung der Abläufe unter Einhaltung der MAK-/Lärmwerte [insbesondere Wechselwirkung bei mehreren Arbeitsstellen, vorgesehene Lüftungskonzept, usw.].</p> <p>d. Konzept der Baustellenlogistik übertag. Aufzeigen der Wintermassnahmen, Schneeräumung.</p>	<p>15%</p> <p>10%</p> <p>10%</p>
	<p><b>2.2 Organisation / Personaleinsatz</b></p> <p>e. Baustellenführung bei Tag- und dauernder Nacharbeit (Organigramm mit entsprechenden Erläuterungen, Schnittstellen, Sicherheitsverantwortlichen, Sicherstellung der Kommunikation, Mitarbeitermotivation, Minimierung Fluktuation, Massnahmen zur Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, etc.).</p> <p>f. Arbeitsleistung (Leistungsannahmen, Anzahl / Grösse / Zusammensetzung der Equipen, Massnahmen bei Verzögerungen, Nachweis des Personaleinsatzes im Bauprogramm, etc.).</p>	<p><b>20%</b></p> <p>10%</p> <p>10%</p>

In den Ausschreibungsunterlagen war somit vorgesehen, dass die Qualität der Planung bezüglich „Bauzug mit Installationen“ (NZ 2.1b) oder „Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben, etc.“ (NZ 2.2e) unter diesem Zuschlagskriterium zu bewerten war, so dass allfällige Qualitätsmängel sich in einer niedrigeren Bewertung niederschlagen würden. Auch die Vergabestelle selbst ging von diesem Verständnis aus, hat sie doch die nun in ihrer Duplik thematisierten Sicherheitsmängel in der Planung der Beschwerdeführerinnen anlässlich der Evaluation sehr wohl erkannt, aber nicht zum Anlass für einen Ausschluss genommen, sondern bei der Bewertung des NZ 2.1b entsprechende Abzüge gemacht, wie sich aus ihrer Begründung dieser Abzüge ergibt.

Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass eine Offerte, welche sich in wichtigen Punkten nicht an die Vorgaben der Vergabestelle hält, ausgeschlossen

werden kann, auch ohne dass diese Rechtsfolge in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen ist (vgl. Urteil des BVGer B-2599/2016 vom 17. August 2016). Im vorliegenden Fall indiziert indessen der Umstand, dass die Vergabestelle, obwohl sie die erwähnten Planungsmängel nachweislich bereits anlässlich der Evaluation erkannt hatte, erstmals in ihrer Duplik behauptet, die Offerte der Beschwerdeführerinnen müsse deswegen ausgeschlossen werden, klar, dass diese Planungsmängel kein vergleichbares Gewicht aufweisen.

**5.3** Der erstmals in ihrer Duplik vorgetragenen Argumentation der Vergabestelle, wonach die Offerte der Beschwerdeführerinnen wegen dieser Sicherheitsmängel auszuschliessen sei, kann daher nicht gefolgt werden.

## **6.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vergabestelle habe im Hinblick auf die Evaluation den Preis ihrer Offerte unberechtigterweise um Fr. 680'000.– erhöht. Sie hätten einen Preis von Fr. 15'218'872.65 exkl. Mehrwertsteuer angeboten, doch habe die Vergabestelle zur Berechnung einen Preis von Fr. 15'898'872.65 eingesetzt, um die Punkte zu berechnen.

Die Vergabestelle führt hierzu aus, gemäss dem Leistungsverzeichnis (Abschnitt R894.100) seien während der gesamten Bauzeit eigene, vom Bauablauf unabhängige Transportfahrten für Bauherrschaft, Bauleitung und Dritte zu tätigen. Hinter dieser Vorschrift stehe die Absicht der Vergabestelle, die Arbeitsstellen im Tunnel (Markierung der Gewölbearbeiten durch die Bauleitung) jeweils mit einem Vorsprung von ca. 500 m zum Bauprogramm des Unternehmers vor Ort anzuzeichnen. Gemäss dem Gesamtterminprogramm der Beschwerdeführerinnen werde für die Markierung der Gewölbearbeiten durch die Bauleitung der Bauzug 2 während rund vier Monaten eingesetzt; beim Bauzug 1 sei dies nicht eingeplant. Dies stelle eine Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen dar. Im Rahmen der Offertbereinigung seien die Beschwerdeführerinnen darauf aufmerksam gemacht worden, dass alle Installationen, speziell der Bauzug 2, über die gesamte Bauzeit vorzuhalten seien. Auf die Frage, was der Bauzug 2 mit Personal koste, hätten die Beschwerdeführerinnen geantwortet, dass sie dies für die gesamte Bauzeit (20 Monate, ungefähr 100 Schichten) für Fr. 680'000.– anbieten könnten. Zur Vergleichbarmachung des Angebots der Beschwerdeführerinnen mit den anderen Ange-

boten seien somit im Rahmen der Offertbereinigung diese von den Beschwerdeführerinnen selbst genannten Zusatzkosten für das längere Vorhalten des Bauzugs 2 bei ihrem Offertpreis aufzurechnen gewesen.

Die Beschwerdeführerinnen legen dagegen dar, sie hätten die Installation „Bauzug“ für die ganze Dauer der Arbeiten vorgesehen und mit dem (während der ganzen Dauer vorhandenen) Bauzug 1 auch die Dienst- und Transportfahrten für die Bauherrschaft garantiert. Sie hätten damit das im Leistungsverzeichnis in Kapitel 113 (Baustelleneinrichtung; Position R894.100) angegebene Erfordernis, wonach während der gesamten Bauzeit eigene, vom Bauablauf unabhängige Transportfahrten für Bauherrschaft, Bauleitung und Dritte zu tätigen seien, wobei die Transportfahrten vom Installationsplatz bis Arbeitsstelle im Tunnel und retour erfolgten, erfüllt. Damit hätten sie die Position R894.100 eingehalten. Anders könne diese Position R894.100 nicht interpretiert werden, insbesondere könne darin nicht die von der Vergabestelle nachträglich bekannt gegebene „Absicht“ integriert werden, die Arbeitsstelle jeweils im Tunnel mit einem Vorsprung von 500 m anzuzeichnen. Diese Absicht sei weder technisch haltbar, da die Farbe am Gewölbe nicht so lange halten würden, bis die Arbeiten am genannten Punkt anlangen würden, noch sei diese „Absicht“ Teil der Ausschreibungsunterlagen und damit der zu berücksichtigenden Konditionen gewesen. Die Bauherrschaft habe diese „Absicht“ erstmals am Bietergespräch kundgetan und die Beschwerdeführerinnen hätten sie kritisiert und zurückgewiesen. Im Ergebnis hätten die Beschwerdeführerinnen die Vergabe des Devis erfüllt, und zwar zum Preis von Fr. 15'218'872.65 exkl. MwSt. Nur diesen Preis hätte die Vergabestelle in Betracht ziehen und bewerten dürfen.

**6.1** Die Vergabestelle schrieb in der Leistungsbeschreibung in Position R894.100 „Dienst- und Transportfahrten für Bauherrschaft / Bauleitung und Dritter“ Folgendes vor:

„Während der gesamten Bauzeit sind eigene, vom Bauablauf unabhängige Transportfahrten für Bauherrschaft, Bauleitung und Dritte zu tätigen. Die Transportfahrten erfolgen vom Installationsplatz bis Arbeitsstelle im Tunnel und retour.“

Die Ein-/Ausfahrt der Bauleitung und der Bauherrschaft zu Schichtbeginn/Schichtende auf dem Bauzug zur Arbeitsstelle des Unternehmers ist in die normalen Transportfahrte[n] des Unternehmers einzukalkulieren und wird nicht mit den folgenden Positionen vergütet.“

Die Beschwerdeführerinnen haben diese Vorgabe unverändert in ihre Offerte aufgenommen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, inwiefern ihre Offerte in diesem Punkt unvollständig sein sollte.

**6.2** Die Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien sind darauf zurückzuführen, dass die Vergabestelle den Bauzug 2 benützen will, der nicht während der gesamten Installationszeit geplant ist, um nicht nur bis zur Arbeitsstelle im Tunnel zu gelangen, sondern noch um 500 m weiter, um jeweils mit einem Vorsprung von 500 m zum Bauprogramm des Unternehmers Markierungen anzubringen, während die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass die Bauherrschaft nur bis zur Arbeitsstelle zu befördern ist und dies daher teilweise mit dem Bauzug 1 allein geschehen kann.

Diesbezüglich weisen die Beschwerdeführerinnen indessen zu Recht darauf hin, dass es im Leistungsbeschrieb dazu heisst, die „Transportfahrten erfolgen vom Installationsplatz bis Arbeitsstelle im Tunnel und retour“. Eine Beförderung der Bauleitung um eine zusätzliche Distanz von 500 m, wozu der einzige Bauzug nicht benützt werden könnte, ist im Leistungsbeschrieb nicht vorgesehen.

**6.3** Die Aufrechnung zusätzlicher Kosten für den Bauzug 2 durch die Vergabestelle war daher nicht korrekt, vielmehr hätte die Vergabestelle in ihrer Evaluation vom offerierten Preis von Fr. 15'218'872.65 exkl. MwSt. ausgehen müssen.

Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich als begründet.

## **7.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, ihr Angebot sei in Bezug auf das Zuschlagskriterium NZ 1 „Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals“ zu tief bewertet worden, überdies seien nicht alle von ihr im Bewerbungsformular genannten Schlüsselpersonen bewertet worden. Jede Schlüsselperson habe „1 Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität (...) in gleicher Funktion“ aufweisen sollen. In der Bewertungstabelle seien aber teilweise andere Gründe aufgeführt worden, die offenbar auf die Gewichtung Einfluss gehabt hätten. Ihre Schlüsselpersonen seien möglicherweise viel härter beurteilt worden als diejenigen der Zuschlagsempfängerinnen, deren Baustellenchef und Polier je mit fünf Punkten bewertet wor-



den seien. Die Beschwerdeführerinnen beantragen diesbezüglich eine kritische Würdigung durch das Gericht, da sie keine Akteneinsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen erhalten haben.

Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe.

**7.1** Die Zuschlagskriterien konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält in der Folge den Zuschlag (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB). Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1; zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1).

Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (vgl. Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2, B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3, m.H.; Urteil des BVGer B-6082/2012 vom 8. Mai 2012 E.2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte

Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (vgl. Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, in: VPB 65.94, E. 3d i.V.m E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leopold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 410; vgl. Urteil des BVGer B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 4.1 f., m.H.).

**7.2** Vorliegend verwies die Vergabestelle in Ziffer 3.9 (Zuschlagskriterien) der Ausschreibung auf die in den Unterlagen genannten Kriterien. In den Ausschreibungsunterlagen (Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.2 S. 17-19) nannte die Vergabestelle die Kriterien, anhand welcher sie die Angebotsqualität beurteilen werde. Deren Gewichtung war in Prozent aufgeführt. Bezüglich des Zuschlagskriteriums NZ 1 „Genügende Qualität des Schlüsselpersonals“ waren folgende Kriterien und Gewichtungen vorgesehen:

<b>Zuschlagskriterium</b>		<b>Gewichtung</b>
<b>NZ1</b>	<b>Kriterium: Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals</b>	<b>30%</b>
	Nachweis Schlüsselpersonal: 1 Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität je Schlüsselperson in gleicher Funktion (CV sind dem Angebot beizulegen) - Linienbaustelle ab Bauzug - Bausumme > 2 Mio. CHF Projekt ausgeführt innerhalb der letzten 15 Jahre.	
	Als Schlüsselpersonen gelten: 1.1 Baustellenchef 1.2 Bauführer 1.3 Polier(e), falls mehrere im Einsatz (z.B. wegen Nacharbeit)	5% 10% 15%

Die Bewertung der qualitativen Kriterien erfolge anhand einer Benotungsskala von der Note 0 (nicht beurteilbar) bis zur Note 5 (sehr gute Erfüllung). Der Punktwert errechne sich als Produkt aus Gewichtung und Benotung, wobei maximal 500 Punkte möglich seien (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.2.2 S. 17-18).

Das Zuschlagskriterium NZ 1 erhielt dabei eine Gewichtung von 30%, das Zuschlagskriterium NZ 2 „Geeignete Logistik / Installation, Organisation sowie genügender Personaleinsatz“ eine Gewichtung von 70%, aufgeteilt in das Subkriterium 2.1 „Logistik / Installation“ mit 50% und das Subkriterium 2.2 „Organisation / Personaleinsatz“ mit 20% (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.2.2 S. 17-18).

**7.3** Das Subkriterium NZ 1.1 „Baustellenschef“ wurde im Angebot der Beschwerdeführerinnen gemäss dem Dokument „Bewertung Anbieter A2“ mit der Note 4 bewertet. Die Vergabestelle führte dort zur Begründung an:

„Wenig Erfahrung im Bereich der Tunnelsanierung unter Betrieb (2 Sanierungsprojekte Bahntunnel, sonst eher in Wasserkraft tätig (CV)), ausgewiesener Experte für die Sanierung von Wasserkraftwerken; daher bezüglich der Logistik und der Terminanforderungen vergleichbar. Referenzprojekt K.\_\_\_\_\_ weist logistisch ähnliche Anforderungen auf wie Furka. Bautechnische Analogien sind: Ausbrucharbeiten und Sicherungen in Querverbindungen und Kavernen. Solche Arbeiten sind im Furkatunnel nicht vorgesehen. Gewölbedrainagen, Wasserableitungen (welche den Hauptteil der Arbeiten am Furkatunnel ausmachen), werden im Beschrieb K.\_\_\_\_\_ nicht aufgeführt. Abbruch und Ersatz Spritzbetonschalen ist i.O.“

**7.3.1** Wie dargelegt kommt der Vergabestelle im Rahmen der Offertbewertung ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BÖB). Eine Korrektur der Noten bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist.

**7.3.2** Gemäss der Begründung im Evaluationsbericht erfolgte der Punktabzug offenbar deswegen, weil das Referenzobjekt keine Arbeiten bezüglich Gewölbedrainagen und Wasserableitungen beinhaltete. Die Beschwerdeführerinnen haben nicht dargetan, dass diese Begründung in der Sache unzutreffend sei. Dass die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen für ihre Schlüsselperson „Baustellenschef“ die Note vier und nicht die Maximalnote fünf erteilt hat, ist daher nicht zu beanstanden.

**7.4** Umstritten ist weiter die Bewertung für das Subkriterium NZ 1.2 „Bauführer.“ Die Beschwerdeführerinnen kritisieren, in der Bewertungstabelle sei beim „Bauführer“ L.\_\_\_\_\_ aufgeführt worden: „ScP auf Italienisch gemacht. Dürfte im deutschsprachigen Raum nicht eingesetzt werden.“ Ein solcher Grund dürfe aber offensichtlich zu keinem Punktabzug führen.

**7.4.1** Gemäss dem Dokument „Bewertung Anbieter 2“ benotete die Vergabestelle dieses Subkriterium im Angebot der Beschwerdeführerinnen mit der Note 3. Sie merkte dort unter anderem an:

„(...) Gleiches Projekt wie P.\_\_\_\_\_. (...) ScP auf Italienisch gemacht. Dürfte in deutschsprachigem Raum nicht eingesetzt werden. Kommunikation mit Leitstelle ist sicherheitsrelevant und wird durch schlechte Deutschkenntnisse erschwert“.

**7.4.2** Gemäss den Ausschreibungsunterlagen beurteilt die Vergabestelle die „Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals“ (Zuschlagskriterium NZ 1) für den Baustellenchef, den Bauführer und den Polier anhand des folgenden Nachweises (vgl. Teil A: Allgemeines Los 12, Ziffer 4.2.2):

„Nachweis Schlüsselpersonal:

- 1 Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität je Schlüsselperson in gleicher Funktion (CV sind dem Angebot beizulegen)
  - Linienbaustelle ab Bauzug
  - Bausumme > 2 Mio. CHF
- Projekt ausgeführt innerhalb der letzten 15 Jahre.“

Die Anforderung, wonach der Bauführer einen Abschluss ScP auf Deutsch aufweisen müsse, ist in dieser Liste der vorgängig bekanntgegebenen Zuschlagskriterien nicht enthalten.

**7.4.3** Die Vergabestelle stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, die Ausschreibungsunterlagen sähen vor, dass unter anderem das Reglement „I-FW-SI 113, Zulassung, Ausbildung und Prüfung von Sicherheitschefs privater Unternehmungen“ auf das vorliegende Submissionsverfahren anwendbar sei, welches in Ziffer 2.2.3 vorsehe, dass der Sicherheitschef Privat (ScP) im Gebiet der Arbeitsstelle der ortsüblichen Sprache kundig sein müsse (sprechen/lesen/interpretieren). Ziffer 5 regle den Nachweis der Mehrsprachigkeit von privaten Sicherheitschefs. Der Bauführer der Beschwerdeführerinnen habe seinen ScP-Ausweis auf Italienisch gemacht; damit sei er gemäss Ziffer 5 dieses Reglements nicht berechtigt, im deutschsprachigen Sprachgebiet als Sicherheitschef tätig zu sein, solange

er nicht über die einen entsprechenden Zusatzausweis („Eintrag einer zusätzlichen Sprache“) verfüge.

**7.4.4** In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der in Frage stehende Bauführer zwar über den ScP-Ausweis auf Italienisch sowie über ein Zertifikat B1 für einen Intensiv Deutschkurs beim Goethe-Institut, Niveau B2.2 verfügt (vgl. Lebenslauf L. \_\_\_\_\_, Bewerbungsformular der Beschwerdeführerinnen), nicht aber über den Zusatzausweis („Eintrag einer zusätzlichen Sprache“) zum ScP-Ausweis für den Einsatz in einem deutschsprachigen Kanton.

**7.4.5** In Beilage „B10-Allgemeine Bestimmungen“ in Teil B der Ausschreibungsunterlagen wird festgehalten:

„Sämtliche einschlägigen Gesetze, Vorschriften und Richtlinien von Bund, Kanton, BAV (Bundesamt für Verkehr) und Gemeinden sind einzuhalten.

Die Beschaffung dieser Unterlagen ist Sache des Anbieters“.

Es folgt eine als nicht abschliessend bezeichnete Liste von Gesetzen, Verordnungen, Richtlinien, Vorschriften, Geschäftsbedingungen, Empfehlungen und weiteren Dokumenten, darunter das Reglement „I-FW-SI 113, Zulassung, Ausbildung und Prüfung von Sicherheitschefs privater Unternehmen“.

Das Reglement „I-FW-SI 113“ ist lediglich eine Weisung der Schweizerischen Bundesbahnen SBB und fällt daher nicht unter die Kategorie „Gesetze, Vorschriften und Richtlinien von Bund, Kanton, BAV (Bundesamt für Verkehr) und Gemeinden“.

Hingegen legt die Verordnung des UVEK vom 18. Dezember 2013 über die Zulassung zu sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich (ZSTEBV, SR 742.141.22) fest, dass eine Bescheinigung unter anderem für die Durchführung und Überwachung von Sicherheitsmassnahmen als Sicherheitschef oder –chefin im Rahmen des Sicherns einer Arbeitsstelle im Gleisbereich erforderlich ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. e ZSTEBV). Im Weiteren bestimmt sie, dass Personen mit sicherheitsrelevanten Tätigkeiten über genügend gute Kompetenzen in den Amtssprachen ihrer Einsatzgebiete verfügen, um ihre Tätigkeiten im Normalbetrieb, bei Störungen und in Notsituationen ausüben zu können. Dazu gehören insbesondere das Empfangen und Erteilen von sicherheitsrelevanten Anweisungen und das Ausfüllen von Formularen (vgl. Art. 13 Abs. 1 ZSTEBV). Die Verordnung sieht

vor, dass, wer eine bescheinigungspflichtige Tätigkeit ausüben will, eine Fähigkeitsprüfung ablegen muss (vgl. Art. 15 ZSTEBV).

In den Ausschreibungsunterlagen (Teil B: Besondere Bestimmungen für Bauaufträge, Ziffer 4.3.8, Sicherheitschef Privat) wurde ein ScP sogar ausdrücklich verlangt. Die entsprechende Passage lautet:

„Der Sicherheitsschef der Unternehmung hat einen von den SBB durchgeführten Kurs zu besuchen. Der Kurs findet mehrmals im Jahr an unterschiedlichen Standorten statt und dauert 2 Tage. Die Kurskosten sind durch den Unternehmer zu tragen.“

Pro Arbeitsstelle ist eine Person mit der Ausbildung und dem Ausweis des Sicherheitsschefs Privat zu stellen.“

**7.4.6** Die Auslegung der Vergabestelle, dass der von den Beschwerdeführerinnen eingesetzte Sicherheitschef über den ScP sowie, gegebenenfalls, den Zusatzausweis für den Einsatz in deutschsprachigen Kantonen verfügen muss, ist daher an sich nicht zu beanstanden.

**7.4.7** Eine andere Frage ist dagegen, ob es sich bei dieser Anforderung um ein Kriterium handelt, das im Rahmen der Bewertung des Subkriteriums NZ 1.2 „Bauführer“ Anlass zu einem Abzug geben darf.

Aus den dargelegten Normen sowie aus der zitierten Ziffer 4.3.8 ergibt sich zwar das Erfordernis einer entsprechenden Ausbildung. Hingegen ergibt sich daraus weder, dass es der Bauführer sein muss, der über diese Ausbildung verfügt, noch, dass sie bereits im Offertzeitpunkt vorliegen und eingereicht werden musste. Vielmehr indiziert die Formulierung in Ziffer 4.3.8, dass der designierte Sicherheitsschef diese Ausbildung zwar vor Beginn der Arbeitsstelle, aber nach dem Zuschlag besuchen könnte.

**7.4.8** Vor allem aber sind Auflagen in den Allgemeinen oder Besonderen Bestimmungen für Bauaufträge nicht mit Zuschlagskriterien identisch. Die Vergabestelle ist nicht frei, bei der Evaluation eines Zuschlagskriteriums andere oder zusätzliche Gesichtspunkte heranzuziehen als diejenigen, die sie in den Ausschreibungsunterlagen zu diesem Zweck bekannt gegeben hat, und zwar auch dann nicht, wenn die Gesichtspunkte zweckmässig erscheinen oder sich auf andere Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen abstützen lassen.

Im vorliegenden Fall war, wie dargelegt, der Nachweis für das Zuschlagskriterium NZ 1 „Genügende Qualifikation des Schlüsselpersonals“ für den

Baustellenchef, den Bauführer und den Polier anhand eines Referenzprojektes mit vergleichbarer Komplexität je Schlüsselperson in gleicher Funktion zu erbringen. Ein ScP war dagegen nicht verlangt. Der Abzug für den nicht beigebrachten Zusatzausweis für den Einsatz in der deutschsprachigen Schweiz versties daher gegen den Transparenzgrundsatz.

**7.4.9** Die Beschwerdeführerinnen hatten beim Subkriterium NZ 1.2 „Bauführer“ das gleiche Referenzprojekt angegeben wie beim Subkriterium NZ 1.1 „Baustellenleiter“, das Projekt „Erneuerung des K. \_\_\_\_\_-Bahntunnels“. Dieses war, wie bereits dargelegt, beim Subkriterium NZ 1.1 wegen teilweise fehlender Vergleichbarkeit von der Vergabestelle mit der Note vier bewertet worden. Bezüglich der Vergleichbarkeit verwies die Vergabestelle denn auch auf die Bewertung dieses Subkriteriums.

Abgesehen von der Kritik am fehlenden Zusatzausweis zum ScP enthält der Evaluationsbericht zwar folgenden Vermerk:

„Nur ein Referenzprojekt für Tunnelanierung. Sehr wenig Baustellenerfahrung. Arbeitet erst seit 2014 auf Baustellen (CV)“

Diese Formulierung indiziert zwar eine gewisse Kritik an der Erfahrung des Bauführers, doch macht die Vergabestelle zu Recht nicht geltend, dass der Abzug von 2 Notenpunkten auf andere Gründe zurückzuführen sei als auf die nur bedingte Vergleichbarkeit des Referenzprojekts und den nicht beigebrachten Zusatzausweis zum ScP. Nachdem die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen als Qualifikationsnachweis für die Schlüsselpersonen lediglich je ein vergleichbares Referenzprojekt verlangt hatte, wäre es, wie dargelegt, auch nicht zulässig gewesen, andere, nicht bekannt gegebene Kriterien, wie beispielsweise eine Mindestanzahl Jahre Baustellenerfahrung, in die Bewertung einzubeziehen.

**7.4.10** Nachdem die Beschwerdeführerinnen beim Subkriterium NZ 1.2 „Bauführer“ das gleiche Referenzprojekt angegeben haben wie beim Subkriterium NZ 1.1 „Baustellenleiter“ – das Projekt „Erneuerung des K. \_\_\_\_\_-Bahntunnels“ –, und dieses von der Vergabestelle bereits beim Subkriterium NZ 1.1 mit der Note vier bewertet wurde, ergibt sich, dass die Vergabestelle auch das Subkriterium NZ 1.2 „Bauführer“ mit der Note vier statt mit der Note drei hätte bewerten müssen.

**7.5** Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist somit festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen für das Subkriterium NZ 1.2 „Bauführer“ die Note

vier (statt drei) hätte erteilt werden müssen. Dies ergibt, bei einer Gewichtung von 10%, 10 Punkte mehr bei diesem Subkriterium bzw. bei der Gesamtpunktzahl.

#### **8.**

Erhält ihre Offerte unter dem Zuschlagskriterium NZ 1 zusätzliche 10 Punkte, so erzielen die Beschwerdeführerinnen bei den Zuschlagskriterien insgesamt 340 Punkte. Bei einem Gesamtpreis von Fr. 15'218'872.65 ergibt dies einen Nutzwert von 44'761. Damit erreicht die Offerte der Beschwerdeführerinnen einen tieferen Nutzwert als jene der Zuschlagsempfängerinnen mit 46'075 und liegt damit auf Rang 1.

Bei diesem Zwischenergebnis erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen bezüglich der Bewertung ihrer Offerte und auf ihre prozessualen Anträge, insbesondere in Bezug auf eine Zeugenbefragung und auf weitere Akteneinsicht, einzugehen.

#### **9.**

Im Ergebnis kann somit offen gelassen werden, ob die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen hätte ausgeschlossen werden müssen oder nicht, da jedenfalls weder die von der Vergabestelle vorgenommene Aufrechnung von Fr. 680'000.– zum Gesamtpreis der Offerte der Beschwerdeführerinnen noch der Punktabzug für den fehlenden Zusatz zum ScP des Bauführers rechtskonform waren und die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen zu Unrecht hinter demjenigen der Zuschlagsempfängerinnen platziert hatte.

Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet, weshalb sie gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben ist.

#### **10.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (Art. 32 Abs. 1 BöB). Insbesondere dort, wo noch Fragen zu entscheiden sind, bezüglich derer der Vergabestelle Ermessen zukommt, fällt eine direkte Erteilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu die Urteile BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6, B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 2.2 sowie B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395 f.). Ein Entscheid in der Sa-



che wäre vorliegend am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteil des BVGer B-364/2014 vom 16. Januar 2015 E. 9, m.H.).

Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine reformatorische Guttheissung der Beschwerde gegeben, weshalb, entsprechend dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerinnen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag dem Angebot der Beschwerdeführerinnen zu erteilen ist.

#### **11.**

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2).

Sowohl beim Entscheid in der Hauptsache als auch beim Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung haben die Beschwerdeführerinnen obsiegt. Ihnen sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **12.**

Den Beschwerdeführerinnen ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da seitens der Beschwerdeführerinnen keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.– (inkl. MwSt. und Auslagen).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Zuschlag vom 20. November 2015 wird aufgehoben und der Zuschlag wird dem Angebot der Beschwerdeführerinnen erteilt.

### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

### **3.**

Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zugesprochen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 127343; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen ARGE Y. \_\_\_\_\_ (Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziffer 1 und 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 7. Oktober 2016