



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-3196/2022**

whs/ret/lse

## **Zwischenentscheid vom 27. März 2023**

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

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

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,
2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**,
3. **C.** \_\_\_\_\_,
4. **D.** \_\_\_\_\_ **AG**,
5. **E.** \_\_\_\_\_ **AG**,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Beat Denzler und/oder Dr. Heinrich Hempel,  
Schiller Rechtsanwälte AG,  
Kasinostrasse 2, Postfach 1507, 8401 Winterthur,  
Beschwerdeführerinnen,  
gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB**,  
Infrastruktur Ausbau- und Erneuerungsprojekte,  
Bahnhofstrasse 12, 4600 Olten,  
Vergabestelle,

---

und

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

1. **F. \_\_\_\_\_ AG**,

2. **G. \_\_\_\_\_ AG**,

beide vertreten durch Rechtsanwältin

Claudia Schneider Heusi,

Schneider Rechtsanwälte AG,

Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen,

Öffentliches Beschaffungswesen;

Zuschlag betr. Projekt

"Instandstellung Hauenstein Basistunnel"

SIMAP-Projekt-ID 229840,

SIMAP-Meldungsnummer 1271201,

---

Gegenstand

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Am 4. Oktober 2021 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) einen Bauauftrag mit dem Projekttitel "Instandstellung Hauenstein Basistunnel" im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1217801, Projekt-ID 226336). Nachdem die Vergabestelle beschlossen hatte, die ursprünglich nur als Option vorgesehene Bauablaufvariante (Sommerfahrplan) zur Amtsvariante zu machen, brach sie das Verfahren am 11. November 2021 ab (SIMAP-Meldungsnummer 1227859).

Die neue Ausschreibung erfolgte am 30. November 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1230463, Projekt-ID 229840).

Die Angebote waren bis zum 17. Februar 2022 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4). Das Verfahren wurde nach der 2-Couvert-Methode durchgeführt, d.h. die Anbieter waren verpflichtet, Leistung und Preis in zwei separaten Couverts anzubieten (Ziff. 4.2 Teil B2 der Ausschreibungsbestimmungen).

**B.**

In der Folge reichten drei Bietergemeinschaften insgesamt fünf Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE A.\_\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_\_, AG, der B.\_\_\_\_\_, AG, der C.\_\_\_\_\_, AG, der D.\_\_\_\_\_, AG und der E.\_\_\_\_\_, AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen). Zwei Anbieterinnen reichten zusätzlich zur Amtsvariante eine Unternehmervariante ein.

Die technischen Angebote wurden am 22. Februar 2022 geöffnet. Nach Prüfung der Eignungskriterien, der Mindestanforderungen und der qualitativen Zuschlagskriterien (ohne Preis) kam die Vergabestelle zum Schluss, dass alle fünf Angebote die Anforderungen erfüllten und keine unzulässigen Vorbehalte enthalten würden, weshalb sie grundsätzlich für den Zuschlag in Frage kämen.

Im Anschluss daran öffnete die Vergabestelle am 15. März 2022 die Preis-couverts.

**C.**

Am 29. Juni 2022 erteilte die Vergabestelle der ARGE R.\_\_\_\_\_, bestehend aus der F.\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerinnen bzw. Beschwerdegegnerinnen), den Zuschlag zum Preis von Fr. 50'223'669.16 (ohne MwSt.).

Die Vergabestelle informierte die nichtberücksichtigten Anbieter per E-Mail vom 4. Juli 2022 über die Nichtberücksichtigung und verwies sie auf die Publikation des Zuschlags.

Die Zuschlagsverfügung wurde am 4. Juli 2022 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1271201, Projekt-ID 229840) publiziert. Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei insgesamt das Vorteilhafteste gewesen und habe am meisten Punkte erhalten. Ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung sei insbesondere das Zuschlagskriterium "Preis" gewesen, bei dem die Zuschlagsempfängerin das niedrigste Angebot eingereicht habe (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.3).

Im Anschluss an die Zuschlagspublikation machten die Beschwerdeführerinnen am 12. Juli 2022 Gebrauch von einem Debriefing mit der Vergabestelle.

**D.**

Gegen den am 4. Juli 2022 auf SIMAP publizierten Zuschlag erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 22. Juli 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
2. es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen;  
  
eventuell sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerinnen;  
  
subeventuell sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen und die Vergabestelle zu verpflichten, den Beschwerdeführerinnen eine Entschädigung von CHF 250'000.00 zu bezahlen;
3. der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

4. der Vergabestelle sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über Antrag 3 superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen;
5. es sei den Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung Gelegenheit zu geben, zur Vernehmlassung der Vergabestelle hierzu Stellung zu nehmen;
6. es seien die Vorakten beizuziehen und es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren;  
  
eventuell seien die entscheidrelevanten Tatsachen in anderer geeigneter Weise von der Vergabestelle, subeventuell vom Bundesverwaltungsgericht, offenzulegen;
7. es sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zu geben, die Beschwerde nach der Akteneinsicht zu ergänzen und zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vergabestelle Stellung zu nehmen;
8. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerinnen.

Zur Begründung führen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, der ungewöhnlich tiefe Angebotspreis der Beschwerdegegnerinnen könne nur dadurch erklärt werden, dass deren Angebot nicht ausschreibungskonform sei, indem beispielsweise das Betriebsgleis als Baugleis genutzt werde. Zudem sei davon auszugehen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen durch eine vermeintliche Preisbereinigung "nachgebessert" worden sei. Ein nicht ausschreibungskonformes Angebot sei nicht nachzubessern, sondern auszuschliessen.

Die Beschwerdeführerinnen müssten zudem davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerinnen das Eignungskriterium EK1 (Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung) und die Mindestanforderungen MA1 (Qualifikation und Einsatzplanung Schlüsselpersonal) und MA5 (Baustellenlogistik, Bauablauf, Bauprogramm) nicht erfüllen würden. Auch dies müsse zum Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerinnen führen.

#### **E.**

Mit superprovisorischer Verfügung vom 25. Juli 2022 ordnete der Instruktiionsrichter an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit den Beschwerdegegnerinnen, zu unterbleiben hätten.

Weiter lud es die Beschwerdegegnerinnen ein, innert Frist bekannt zu geben, ob sie am vorliegenden Verfahren als Partei teilnehmen möchten.

#### **F.**

Die Vergabestelle reichte am 15. August 2022 ihre Vernehmlassung mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen.
4. Ein zweiter Schriftenwechsel zur Frage der aufschiebenden Wirkung sei nicht zu gewähren.
5. Unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerinnen.

Zur Begründung führte die Vergabestelle im Wesentlichen aus, die Beschwerdegegnerinnen erfüllten sowohl das Eignungskriterium EK1 sowie die Mindestanforderungen. Zudem sei die Bereinigung rechtskonform erfolgt, und es habe sich beim Angebot der Beschwerdegegnerinnen nicht um ein unzulässiges, ungewöhnlich niedriges Angebot gehandelt.

#### **G.**

Am 17. August 2022 konstituierten sich die Beschwerdegegnerinnen als Partei und reichten eine Beschwerdeantwort mit folgenden Anträgen ein:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und es sei die Anordnung der einstweiligen Untersagung aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können (namentlich den Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen) gemäss Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 25. Juli 2022 ohne Verzug aufzuheben.
3. Die von der Vergabestelle einzureichenden und/oder in vorliegender Stellungnahme gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerinnen sei von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerinnen auszunehmen und vertraulich zu behandeln.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen.

Zur Begründung machten die Beschwerdegegnerinnen im Wesentlichen geltend, ihr Angebot sei nicht vom Verfahren auszuschliessen, da dieses sämtlichen Ausschreibungsbedingungen entspreche und die Preisanpassung im Rahmen der Angebotsbereinigung vergaberechtskonform erfolgt sei. Zudem seien alle Eignungs- und Mindestanforderungen vollumfänglich erfüllt.

#### **H.**

Mit Verfügung vom 19. August 2022 wurden den Beschwerdeführerinnen die Vernehmlassung und die teilweise anonymisierte Version verschiedener Beilagen der Vergabestelle samt der Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen zugestellt, mit der Gelegenheit zur Replik.

#### **I.**

Mit Replik vom 9. September 2022 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihrer Beschwerde und den darin gestellten Anträgen fest. Zusätzlich stellten sie folgende Verfahrensanträge:

"Den Beschwerdeführerinnen sei Einsicht in die folgenden Dokumente und Unterlagen zu gewähren:

- die Offerte und die Offertunterlagen der Zuschlagsempfängerinnen, soweit sie die von den Zuschlagsempfängerinnen angewandten "innovativen Methoden" betreffen;
- den von den Zuschlagsempfängerinnen eingereichten Nachweis N1.1 sowie die von der Vergabestelle für den Nachweis N1.1 zusätzlich berücksichtigten Referenzprojekte (Offertbeurteilung, Beilage 10 zur Beschwerdeantwort SBB; Technisches Angebot RSRG, S. 5 und 6, Beilage 14 zur Beschwerdeantwort SBB);
- den von den Zuschlagsempfängerinnen eingereichten Nachweis N1.9 (Technisches Angebot RSRG, S. 20 und 21, Beilage 14 zur Beschwerdeantwort SBB);
- den von den Zuschlagsempfängerinnen eingereichten Nachweis N5.3 (Technisches Angebot RSRG, S. 32 - 34, Beilage 14 zur Beschwerdeantwort SBB);
- den Wortlaut der Fragen im Zusammenhang mit dem Nachweis N5.3 und zum Bezug von Subunternehmern (Protokoll Unternehmergespräch Angebotsbereinigung, Fragen 1.11 und 1.23, Beilage 15 zur Beschwerdeantwort SBB);

- in die zu Protokoll Unternehmergespräch Angebotsbereinigung, Frage 1.11, Beilage 15 zur Beschwerdeantwort SBB, nachgereichte Unterlagen (vgl. auch Protokoll Unternehmergespräch Angebotsbereinigung, S. 59, Beilage 15 zur Beschwerdeantwort SBB)."

**J.**

Mit Verfügung vom 13. September 2022 wies der Instruktionsrichter die in der Replik der Beschwerdeführerinnen vom 9. September 2022 gestellten Verfahrensanhträge um erweiterte Akteneinsicht im Rahmen der Beurteilung des Begehrens um aufschiebende Wirkung ab und gab der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen Gelegenheit, zur Replik der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen.

**K.**

In ihrer Eingabe vom 30. September 2022 machte die Vergabestelle unter anderem geltend, dass dem Angebot der Beschwerdeführerinnen bei Anwendung des von ihnen geforderten strengeren Beurteilungsmassstabes die Eignung fehle und das Angebot zwingende Mindestanforderungen nicht erfülle, weshalb es vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse. Bei Anwendung dieses Massstabs, fehle den Beschwerdeführerinnen die Legitimation.

Im Übrigen würden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen betreffend Beeinträchtigung der Nutzung des Betriebsgleises auf Mutmassungen und falschen Annahmen beruhen, weshalb sie unhaltbar seien. Auch die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Vorbehalte hinsichtlich der Nachbesserung eines ungenügenden Angebots der Beschwerdegegnerinnen würden nicht zutreffen, da es sich um zulässige Bereinigungen des Angebots der Beschwerdegegnerinnen zwecks Vergleichbarmachung mit den übrigen Angeboten handle.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2022 nahmen ebenfalls die Beschwerdegegnerinnen zu der Replik der Beschwerdeführerinnen Stellung und hielten an den Anträgen in der Beschwerdeantwort vom 17. August 2022 vollumfänglich fest.

**L.**

Mit Zwischenverfügung vom 10. Oktober 2022 übermittelte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführerinnen die Stellungnahmen der Vergabestelle vom 30. September 2022 und der Beschwerdegegnerinnen vom 5. Oktober 2022 mit dem Hinweis, dass im Zusammenhang mit dem Antrag



auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei.

### **M.**

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 nahmen die Beschwerdeführerinnen noch einmal zu den Dupliken der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerinnen Stellung.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen Bezug genommen.

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

### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**1.1** Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 [nachfolgend: GPA 2012], BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 30. November 2021 eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 Abs. 2 BöB).

**1.3** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

**1.4** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## **2.**

**2.1** Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Die Ausnahmen zum Geltungsbereich sind in Art. 10 BöB geregelt.

**2.2** Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur im Staatsvertragsbereich zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB). Demnach gilt im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., [nachfolgend: Botschaft BöB], S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB).

**2.3** 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). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Dabei genügt es, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; DANIEL ZIMMERLI, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [Handkommentar BöB], 2020, Art. 4 Rz. 54 f.; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2.1 "Produkte zur Aussenreinigung III").

**2.3.1** Die vorliegend zu beurteilende Vergabe dient der Instandstellung des Hauenstein Basistunnels. Die Vergabestelle umschreibt den Gegenstand und den Umfang des Auftrags wie folgt (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 2.1):

Der Auftrag beinhaltet die Instandsetzung des Hauenstein Basistunnels (HBT) mit dem Ziel die Verfügbarkeit des Tunnelsystems für weitere 25 Jahre sicherzustellen. Die Instandsetzungsarbeiten im Doppelspurtunnel erfolgen unter Betrieb. Die Rohbau- und Elektroarbeiten erfolgen in Nachtschichten mit 1/6 Sperren des Tunnels. Nach Abschluss der einzelnen Nachtschichten muss der Tunnel jeweils an den Betrieb übergeben werden. Die Fahrbahnerneuerung erfolgt während dem Sommerfahrplan mit einer durchgehenden 3/6 Sperre des Tunnels. Beim Bauablauf ist dabei somit darauf zu achten, dass der laufende Bahnbetrieb möglichst geringfügig beeinträchtigt wird und stabile sowie sichere Verhältnisse für den Betrieb sind zu gewährleisten.

In der Ausschreibung (Ziff. 2.8) wurde eine Vertragslaufzeit vom 3. Oktober 2022 bis 30. September 2027 vorgesehen.

Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe auch unter diesem Gesichtspunkt prima facie in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB).

**2.3.2** Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung von einem "Bauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt der finanziell überwiegenden Leistung. Leistungen dürfen nicht mit der Absicht oder Wirkung gemischt oder gebündelt werden, die Bestimmungen dieses Gesetzes zu umgehen (Art. 8 Abs. 3 BöB). Erreicht der Gesamtwert mehrerer Bauleistungen nach Anhang 1 Ziffer 1 für die Realisierung eines Bauwerks den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, so finden die Bestimmungen dieses Gesetzes für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung. Erreichen jedoch die Werte der einzelnen Leistungen nicht zwei Millionen Franken und überschreitet der Wert dieser Leistungen zusammengerechnet nicht 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks, so finden für diese Leistungen die Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Bagatellklausel; Art. 16 Abs. 4 BöB).

In Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird von Bauarbeiten gesprochen, was für Bauarbeiten im Sinne der CPC-Gruppe 513 spricht. Daneben werden unter dieser auch Dienstleistungen von Ingenieurbüros (CPV-Nr. 71300000) erwähnt. Die Einstufung als Bauauftrag scheint zutreffend, da es beim vorliegenden Auftrag überwiegend um die Fahrbahnerneuerung mit Sohlen- oder Planieabsenkung der Doppelspurstrecke unter Betrieb, um Tunnelsanierungsmassnahmen (Gewölbe und Entwässerung), um Schachtausbauten (Betonierarbeiten), um Ausbruchsarbeiten für Nischen sowie um die Montage technischer Anlagen im Eisenbahntunnel handelt. Im vorliegenden Zusammenhang könnte mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend Schwellenwert ohnehin offengelassen werden, ob die Leistungen als Bauarbeiten oder als Dienstleistungen zu qualifizieren sind.

**2.4** Im vorliegenden Fall beträgt der Zuschlagspreis und somit das Beschaffungsvolumen mehr als Fr. 50 Mio.–. Damit ist der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8'000'000.– (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB) ohne Weiteres erreicht.

Da der Schwellenwert für Beschaffungen von Dienstleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Bst. f BöB Fr. 640'000.– beträgt, wäre auch dieser erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB).

**2.5** Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung prima facie sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in den Staatsvertragsbereich. Davon gehen im Übrigen auch die Verfahrensbeteiligten aus.

**2.6** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig. Ausserdem ist im Staatsvertragsbereich das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig (vgl. E. 2.2 hiervor).

### **3.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

### **4.**

**4.1** Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

**4.2** Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss konstanter Praxis des Bundesverwaltungsgerichts können die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissi-

onsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft", und B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 4).

**4.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie", E. 2.2) einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte" und B-4199/2021 E. 4). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 (in Kraft seit 1. Juli 2021) – fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 bzw. von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Ge-

wahrung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341; Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 E. 4).

**4.4** Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA" und B-4199/2021 E. 4).

## **5.**

In einem nächsten Schritt ist kurz auf die Legitimation der Beschwerdeführerinnen einzugehen.

**5.1** Das BöB enthält – soweit hier interessierend – keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 56 Abs. 2 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**5.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist jedoch nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist nur zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

**5.3** Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Zuschlagsverfügung – der Zuschlag wurde an eine Mitbewerberin erteilt – besonders berührt. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben

und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Würde das Gericht dieser Argumentation folgen, insbesondere der Rüge, die Beschwerdegegnerinnen seien infolge Nichterfüllens von Eignungskriterien auszuschliessen, so hätten die Beschwerdeführerinnen als zweitplatzierte Anbieterinnen eine reelle Chance, den Zuschlag selber zu erhalten. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie prima facie zur Beschwerde legitimiert sind (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 4.3, B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 4.3 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" und B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

Daran vermögen auch die Ausführungen der Vergabestelle, wonach den Beschwerdeführerinnen – bei Anwendung des von ihnen geforderten strengeren Beurteilungsmassstabes – die Legitimation abzusprechen sei, weil ihr Angebot die zwingenden Mindestanforderungen (in Bezug auf EK 1 bzw. MA 1 sowie die Zulässigkeit von Bereinigungen) nicht erfülle (vgl. Sachverhalt Bst. K), nichts zu ändern (vgl. dazu E. 8.2 und 10 hiernach).

**5.4** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 und 2 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Das Vertretungsverhältnis wurde mit den schriftlichen Vollmachten, welche mit der Beschwerde eingereicht wurden, entgegen der in der Vernehmlassung vom 15. August 2022 von der Vergabestelle geltend gemachten Auffassung, rechtsgenüßlich ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Eine Kopie der Vollmacht der A. \_\_\_\_\_ AG wurde der Vergabestelle versehentlich nicht mit den anderen Vollmachten zur Kenntnis gebracht; dies wurde mit Verfügung vom 19. August 2022 nachgeholt.

**5.5** Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

## **6.**

Die Beschwerdeführerinnen machen in materieller Hinsicht unter anderem geltend, das Angebot der Beschwerdegegnerinnen sei im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig. Ein derartiges Angebot sei unter Berücksichtigung sämtlicher Ausschreibungsbedingungen sachlich nicht erklärbar. Es sei davon auszugehen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen nicht ausschreibungskonform und daher auszuschliessen sei.



**6.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen in diesem Zusammenhang insbesondere vor, dass gemäss den Ausschreibungsvorgaben die Oberbauerneuerungsarbeiten bei laufendem Bahnbetrieb ausgeführt werden müssten. Dies habe zur Folge, dass ein Gleis dauernd für den Bahnbetrieb zur Verfügung stehen müsse und somit nicht als Betriebsgleis beispielsweise als Abstellgleis für Ganzschotterzüge oder Logistikzüge benutzt werden dürfe. Könnten auf dem Betriebsgleis nämlich Logistikzüge eingesetzt und dort Schienen, Schwellen, Schotter usw. verladen werden, würde dies erlauben, die ausgeschriebenen Arbeiten effizienter und massiv günstiger auszuführen.

**6.1.1** Dem entgegnet die Vergabestelle, das Betriebsgleis werde durch die von den Beschwerdegegnerinnen vorgesehenen Logistik und Baumethode nicht ausschreibungswidrig beeinträchtigt. Die Logistikzüge würden nicht die Betriebsgleise im Tunnel nutzen. Diese stünden immer im geforderten Mass dem Bahnbetrieb zur Verfügung. Sämtliche Prüfer auf Seiten der Vergabestelle sowie ein externer Planer hätten dies verifiziert. Bei der konkret angewendeten Baumethodik handle es sich jedoch um ein Geschäftsgeheimnis. Auch hielten die Beschwerdegegnerinnen in ihrem Angebot die Vorgaben hinsichtlich Intervallplanung und Tunnelsperrungen ein.

Die Beschwerdegegnerinnen bestätigen in ihrer Eingabe vom 17. August 2022, dass es nicht ihre Absicht sei, das Betriebsgleis als Baugleis für irgendwelche logistischen Arbeiten zu benützen. Das Logistikkonzept für den Ein- und Ausbau der Gleise sei so konzipiert, dass die gesamte Ent- und Beladung der Materialien kopfüber erfolgen könne. Entsprechend sei keine Belegung bzw. Nutzung des sich in Betrieb befindlichen Nachbargleises nötig. Auch würden die Vorgaben zur Sperrintervallplanung und Terminplanung eingehalten.

**6.1.2** In den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 133.100.02 Teil B B1 Besondere Bestimmungen) werden der Gegenstand und der Umfang der Arbeiten noch einmal wie in der Ausschreibung umschrieben (vgl. E. 2.3.1 hier vor).

Die Vergabestelle hat weiter die konkrete Ablaufplanung aufgezeigt (vgl. Ziff. 622 Teil B B1 Besondere Bestimmungen). Hinsichtlich Intervallplanung wurde vorgegeben, dass die entsprechenden Vorgaben der Vergabestelle vom Unternehmer zu übernehmen sind und nicht angepasst werden können. Auch sind grundsätzlich keine zusätzlichen Sperrungen zulässig (Ziff. 622.100.02). In Bezug auf die verschiedenen partiellen Gleissperren

(1/6, 2/6, 3/6) wurde die Anzahl Nächte pro Woche und die jeweilige Dauer der Sperrungen detailliert umschrieben. Es wurde bei jeder dieser Teilsperungen explizit darauf hingewiesen, dass das Nachbargleis während der Dauer dieser Arbeiten in Betrieb sein muss und dass Logistikfahrten während den Stosszeiten nicht möglich sind. Einzige Ausnahme gilt bei der 6/6 Sperrung, währenddem der Doppelspurtunnel gemäss konkretisierter Zeitangaben total gesperrt wird (Ziff. 622.110).

**6.1.3** Zur Thematik der Freihaltung des Betriebsgleises wurden auch im Rahmen der Fragerunden diverse Fragen gestellt (Fragen 1, 2, 3, 32, 40 und 51). Die Vergabestelle hat auch in Beantwortung dieser Fragen betont, dass die Sperrungen grundsätzlich nicht verlängert werden können, jedoch beispielsweise die Arbeiten im Zusammenhang mit dem Kabelzug in den Gleisquerungen in den Zugspausen während der Arbeiten in den jeweiligen Teilabschnitten umgesetzt werden können (Antworten auf die Fragen 1, 2 und 3).

**6.1.4** Die Beschwerdegegnerinnen erklären in ihrer Stellungnahme vom 5. Oktober 2022 (Rz. 13 ff.) mit Verweis auf ihre Offerte nachvollziehbar, dass sie mit ihrer technisch vorgesehenen Lösung in der Lage sind, sowohl den Ablad als auch den Auflad des alten Materials kopfüber zu bewerkstelligen, ohne dabei das Nebengleise zu beeinträchtigen. Dass eine solche Logistik "über Kopf" ohne Beeinträchtigung der Nutzung des Betriebsgleises grundsätzlich möglich ist, räumen denn auch die Beschwerdeführerinnen ein (vgl. Replik vom 9. September 2022, Ziff. 16). Sie mutmassen jedoch, dass für diese Arbeiten einzig die Gleiskörperabtragmaschine [...] (im Markt bekannt als [...]) der Beschwerdegegnerinnen in Frage kommen könne. Die Zu- und Wegfahrt dieser Bahnwagen sei jedoch nicht möglich, ohne dass die Nutzung des Betriebsgleises eingeschränkt werde. Denn hierfür müssten die Tragsäulen, auf denen die Fördervorrichtung ruhe, ausgeschwenkt werden. Namentlich könne der von der Vergabestelle für feste Anlagen vorgeschriebene Gleisabstand von 3.6 Metern nicht eingehalten werden, weshalb sich die Arbeiten mit dieser Maschine nicht ausschreibungskonform realisieren liessen.

Entgegen der Mutmassung der Beschwerdeführerinnen gedenken die Beschwerdegegnerinnen für die vorgesehenen Arbeiten gerade nicht den Einsatz der Gleiskörperabtragseinrichtung [...], da diese für einen Einsatz im Hauenstein-Basistunnel unwidersprochenermassen nicht geeignet ist. Die Beschwerdegegnerinnen beschreiben in ihrer Offerte das Betriebs- und Lo-

gistikkonzept für die Fahrbahnerneuerung eingehend (vgl. Technisches Angebot Ziff. N9.4). Auch wird unter dieser Ziffer Bezug auf die Intervallplanung und die Gleissperrungen genommen.

Daraus und gestützt auf die weiteren Angaben in der Offerte lassen sich prima facie keine Anhaltspunkte finden, dass das Konzept der Beschwerdegegnerinnen einen ausschreibungskonformen Ein- und Ausbau von Gleisjochen nicht zulassen bzw. dass die Nutzung des Betriebsgleises ausserhalb der Sperrzeiten beeinträchtigt würde. Auch ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerinnen aufgrund ihrer bisherigen Erfahrungen durchaus in der Lage waren, die besonderen Anforderungen im Projekt Hauenstein Basistunnel, wie beispielsweise die Einhaltung des geforderten Gleisabstands zwischen Arbeits- und Betriebsgleis, zu erkennen.

In diesem Zusammenhang zielt auch die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe das rechtliche Gehör verletzt, weil sie die von der Zuschlagsempfängerin verwendete "innovative Methode" nicht im Detail offengelegt habe (Replik Rz. 5 ff), ins Leere: Praxisgemäss hat in Submissionsverfahren das in anderen Bereichen übliche Akteneinsichtsrecht gegenüber dem Interesse der Anbieterinnen an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie dem in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-how zurückzutreten (statt vieler: Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.3). Eine Gehörsverletzung ist demnach prima facie nicht ersichtlich.

**6.2** Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, eine auf Seiten der Beschwerdegegnerinnen im Rahmen der Bereinigung erfolgte Preisanpassung (Erhöhung um ca. 14% auf Fr. 50.2 Mio.) lasse sich nur dadurch erklären, dass das Angebot nicht ausschreibungskonform gewesen sei und habe nachgebessert werden müssen. Dies sei vergaberechtlich nicht zulässig.

**6.2.1** Dem widerspricht die Vergabestelle mit dem Hinweis, dass die Beschwerdegegnerinnen ein ausschreibungskonformes Angebot eingereicht hätten. Diese hätten zwar in ihrem Angebot gewisse Vorbehalte angebracht, was jedoch gemäss den Ausschreibungsbedingungen zulässig gewesen sei. Die Vorbehalte seien auf die Komplexität des Projekts und auf gewissen Unklarheiten in der Ausschreibung zurückzuführen. Solche Bereinigungen, auch wenn sie zu Preisanpassungen führen würden, seien

zulässig, wenn dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden könnten.

Auch die Beschwerdegegnerinnen sind der Auffassung, dass es sich bei den Preiskorrekturen um zulässige Anpassungen im Rahmen von Art. 39 BöB gehandelt habe.

**6.2.2** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine Angebotsbereinigung kann aber im Rahmen von Art. 39 BöB stattfinden, etwa wenn erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder letztere objektiv vergleichbar gemacht werden können (Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB). Dabei können Gegenstand von Bereinigungen sämtliche Teile der Ausschreibungsunterlagen sowie der Angebote sein (BRUNO GYGI, in: Handkommentar BöB, Art. 39 BöB N. 15 ff.; TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], OFK-Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 30 BöB N. 5). Unter gewissen Bedingungen kann die Vergabestelle auch unwesentliche Anpassungen an den benötigten Leistungsinhalten oder -anforderungen vornehmen (Art. 39 Abs. 2 Bst. b BöB). Eine Aufforderung zur Preisanpassung ist dabei nur in diesem Zusammenhang zulässig (Art. 39 Abs. 3 BöB).

Gemäss Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen kann eine Bereinigung der Angebote insbesondere bei komplexen Leistungen nötig werden. Die Bereinigung solle einerseits der Klärung von Missverständnissen und der Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen dienen. Andererseits werde mit der Angebotsbereinigung der Auftraggeberin im Sinne einer Flexibilisierung ein Instrument in die Hand gegeben, während einer laufenden Ausschreibung den Leistungsgegenstand innerhalb vorgegebener Schranken zu optimieren und die Angebote vergleichbar zu machen. Dabei dürfen Leistungsänderungen oder -reduktionen nicht dazu dienen, die Konformität einzelner Angebote, welche die ursprünglich gestellten Anforderungen klarerweise nicht erfüllt haben, nachträglich herbeizuführen. Auch dürfe man der Auftraggeberin bei kleineren Abweichungen einen Ermessensspielraum zubilligen, Offerten durch Rückfragen auf den verlangten Stand zu bringen (vgl. Botschaft BöB, a.a.O., BBI 2017 1851, 1953 f.).

Obwohl Preisanpassungen nach der Offertöffnung nicht mehr voraussetzungslos zugelassen werden, kann sich die Notwendigkeit zu Preisanpassungen dann aufdrängen, wenn der Leistungsgegenstand im Rahmen der Angebotsbereinigung angepasst oder konkretisiert werden muss. Das Gebot der wirtschaftlichen Beschaffung kann bei Änderungen am Leistungsinhalt auch auf der Preisseite Anpassungen zur Folge haben. Dabei ist auf die Gleichbehandlung der Anbieterinnen zu achten (vgl. Botschaft BöB, a.a.O., BBl 2017 1851, 1953 f.). Wird der Leistungsgegenstand hingegen in wesentlicher Weise geändert, ist das Verfahren abzubrechen und der Auftrag neu auszuschreiben (GYGI, a.a.O. Art. 39 N 25 f. m.w.H.). Aufgrund des Gleichbehandlungsgebots müssen alle Anbieter in die Bereinigung miteinbezogen werden, deren Angebot gemäss Einschätzung der Vergabestelle vernünftigerweise für den Zuschlag infrage kommen (TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Art. 39 BöB N. 6). Auch kann der Bereinigungsbedarf je nach Offerte unterschiedlich sein, doch hat die Bereinigung nach einem einheitlichen Massstab zu erfolgen (Zwischenentscheid des BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.5.1).

**6.2.3** Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in der Ausschreibung die Durchführung von Angebotsbereinigungen wie folgt ausdrücklich vor (vgl. Ziffer 3.5 Teil B B2 Ausschreibungsbestimmungen):

Die Angebotspreise können vom Anbieter auf Anfrage des öffentlichen Auftraggebers ausschliesslich aufgrund einer Bereinigung angepasst werden, entweder weil erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder die Angebote nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv vergleichbar gemacht werden können; oder weil Leistungsänderungen objektiv und sachlich geboten sind, wobei der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden dürfen, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert.

In den Ausschreibungsbestimmungen sind zudem mögliche Preisanpassungen oder die Aufrechnung von Kosten vorgesehen (vgl. Ziffer 3.4.3 Teil B B2 Ausschreibungsbestimmungen):

- Soweit die Vergabestelle kommerzielle, technische, vorgehensbezogene und rechtliche Vorbehalte der Anbieterin akzeptiert, werden diese quantifiziert und für den Offertvergleich auf die offerierten Preise aufgerechnet.
- Führt ein Angebot zu veränderten Aufwendungen der Vergabestelle oder von Dritten, werden diese Minder- oder Mehraufwendungen

zur Vergleichbarmachung der Angebote von der Eingabesumme abgezogen oder aufgerechnet.

- Ergeben sich Unterschiede bei den Angeboten bezüglich der Betriebskosten, der Unterhaltskosten oder der Nutzungsdauer, werden mit einer dynamischen Wirtschaftlichkeitsrechnung die Nettokapitalwerte der einzelnen Angebote bestimmt.

**6.2.4** Die Beschwerdeführerinnen rügen vor allem die Angebotsbereinigungen im Zusammenhang mit den Vorbehalten 4-6 (Logistik Schotter, Logistik Oberbaumaterial, Logistik Langschienen) der Beschwerdegegnerinnen, welche im Gegensatz zu den Bereinigungen der Vorbehalte 1-3 (Frage der Entsorgung, falsche Mengeneinheit, Missverständnis Zuordnung von Positionen) finanzielle Auswirkungen zur Folge hatten.

#### **6.2.4.1** Vorbehalt 4: Logistik Schotter

Den Ausschreibungsunterlagen ist zu entnehmen, dass die Schottermateriallieferungen bauseitig über die Vergabestelle oder deren Zulieferer via Rahmenverträge erfolgen (vgl. Ziffer 133.200.04 Teil B1 Besondere Bestimmungen). Bezüglich der Schnittstellen der bauseitigen Lieferungen und der Leistungen durch die Offerenten wird auf die Ausschreibungsbeilage B6 "Schnittstellen bauseitige Lieferungen / Leistungen" verwiesen. Aus dieser Beilage lassen sich keine weiteren Informationen betreffend die Logistik oder Art der Anlieferung des Schotters an die Baustelle finden. Die Beschwerdegegnerinnen nahmen in ihrer Offerte an, dass die Lieferung des Schotters an den Einbauort mittels einer "Material-Förder- und Siloeinheit" (MFS-Wagen) erfolgen werde, da die Vergabestelle bei vorangegangenen, ähnlich komplexen Projekten, auch schon MFS-Wagen eingesetzt bzw. zur Verfügung gestellt habe. Entsprechend brachten sie in der Offerte einen entsprechenden Vorbehalt an (vgl. S. 97 Vorbehalt Nr. 4 Technisches Angebot der Beschwerdegegnerinnen). Die Vergabestelle bestätigt in ihrer Vernehmlassung, dass Schotterlieferungen vom Zulieferer sehr häufig mit diesen Wagen erfolgt seien. Da die Vergabestelle nicht garantieren konnte, dass die Schotterlieferungen immer mit diesen Wagen vom Zulieferer erfolgen würden, sah sie einen Bedarf für die Bereinigung des Angebots der Beschwerdegegnerinnen als gegeben.

Da die Ausschreibungsunterlagen bezüglich Schotteranlieferungen lückenhaft bzw. unklar waren, ist die Vorgehensweise der Vergabestelle prima facie nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdegegnerinnen für die

Ausführungsplanung verantwortlich sind und die An- und Abtransporte sicherstellen und kalkulieren müssen. Erst mit der Bereinigung konnte der Auftrag hinreichend geklärt werden, und die objektive Vergleichbarkeit der Offerte sichergestellt werden (Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB). Dass die Auswirkungen der Schotterlieferung in einer anderen Wagengattung als der angenommenen zu kalkulierten Mehraufwänden und somit zu einer Preisanpassung der Offerte führten, erscheint im aufgezeigten Rahmen prima facie als zulässig (Art. 39 Abs. 3 BöB; vgl. auch E. 6.2.2 hiervor), zumal die Resultate der Bereinigung auch protokollmässig festgehalten worden sind (Art. 39 Abs. 4 BöB; vgl. Vernehmlassungsbeilage 15).

#### **6.2.4.2 Vorbehalt 5: Logistik Oberbaumaterial**

Gemäss Ausschreibungsunterlagen erfolgt auch die Lieferung von Schwellen und Schienen für die Fahrbahnerneuerung bauseitig über die Vergabestelle oder deren Zulieferer via Rahmenverträge (vgl. Ziffer 133.200.04 Teil B1 Besondere Bestimmungen). Und auch diesbezüglich ergeben sich aus der Ausschreibungsbeilage B6 "Schnittstellen bauseitige Lieferungen / Leistungen" keine weiteren Informationen betreffend die Logistik oder Art der Anlieferung der Schwellen und Schienen inkl. Befestigung. Die Beschwerdegegnerinnen gingen in ihrer Offerte davon aus, dass die Schwellen und Schienen als sogenanntes "Gleisjoch", d.h. als bereits fertig montiertes Gleisstück, zum Einbauort transportiert würde, da die Vergabestelle bei vorangegangenen, ähnlich komplexen Projekten, auch schon Gleisjoche geliefert bzw. zur Verfügung gestellt habe. Auch hier brachten sie in der Offerte einen entsprechenden Vorbehalt an (vgl. S. 97 Vorbehalt Nr. 5 Technisches Angebot der Beschwerdegegnerinnen). Die Vergabestelle bestätigt, dass Schwellen üblicherweise als Joche angeliefert und verlegt würden. Im vorliegenden Projekt seien jedoch beide Lieferarten denkbar. Der Zulieferer könne nicht garantieren, dass die Anlieferung immer in Jochen erfolgen würden. Entsprechend wurde auch dieser Vorbehalt im Rahmen einer Bereinigung geklärt.

Auch in diesem Punkt waren die Ausschreibungsunterlagen lückenhaft bzw. unklar, weshalb die Vorgehensweise der Vergabestelle auch hier prima facie nicht zu beanstanden ist, um die objektive Vergleichbarkeit der Offerten sicherzustellen (vgl. E. 6.2.4.1 hiervor).

### **6.2.4.3** Vorbehalt 6: Logistik Langschienen

Mit derselben Begründung ist prima facie auch die Rüge der Beschwerdeführerinnen zum Vorbehalt der Beschwerdegegnerinnen betreffend die Logistik Langschienen (vgl. S. 97 Vorbehalt Nr. 6 Technisches Angebot der Beschwerdegegnerinnen) abzuweisen.

Die Beschwerdegegnerinnen nahmen in der Offerte an, dass die Lieferungen der Langschienenkompositionen an den Einbauort mit einer Schienenzugladeeinrichtung (SILAD), einem schienengebundenen Güterwagen, der über eine eigene Einbaueinheit zum Entladen von Schienen verfügt, erfolgen würden. Auch hier bestätigt die Vergabestelle, dass der Einsatz von Schienenzugladeeinrichtungen die übliche Vorgehensweise sei. Da die Ausschreibungsunterlagen auch diesbezüglich keine näheren Informationen betreffend die Lieferung von Langschienenkompositionen enthielten, ist prima facie nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle auch diesbezüglich einen Bereinigungsbedarf erkannte.

**6.2.4.4** Nebst der Klärung dieser Vorbehalte gab es weitere Preisanpassungen. So beharrte die Vergabestelle im Rahmen des Bereinigungsgesprächs auf einem durchgehenden 4-Augen-Prinzip für die Qualitätssicherung, d.h. die Umsetzung der Arbeiten müssen zwingend zu jedem Zeitpunkt durch zwei komplett unabhängig voneinander agierende Bauleiter (ohne Doppelfunktion) kontrolliert werden (vgl. Bereinigungsprotokoll Frage 1.21). Gemäss Ausschreibungsunterlagen wurde insbesondere verlangt, dass die Bauleitung des Unternehmens die Bauausführung und die Umsetzung der geforderten Qualitäten und Vorschriften zu kontrollieren hat (vgl. Ziffer 824.200.01 Teil B1 Besondere Bestimmungen). Da sich daraus dieses durchgehende 4-Augen-Prinzip nicht ohne Weiteres ergeben hat, ist auch in diesem Fall die Bereinigung prima facie nicht zu beanstanden.

Schliesslich präsentierte die Vergabestelle gegenüber den Beschwerdegegnerinnen eine Leistungsänderung, da für das Jahr 2023 zusätzliche Sperrungen in den Bauablauf eingeplant werden mussten (vgl. Bereinigungsprotokoll Frage 1.53). Für diese Leistungsänderung sollten die Beschwerdegegnerinnen einen zusätzlichen Preis offerieren.

Da es sich hier um eine unwesentliche Leistungsänderung gehandelt hat, die weder den Anbieterkreis noch den Ausschreibungsgegenstand an sich ändert, ist auch in diesem Punkt die Vorgehensweise der Vergabestelle prima facie nicht zu beanstanden.



**6.2.5** Zusammenfassend geht das Bundesverwaltungsgericht prima facie davon aus, dass die vorliegend vorgenommene Bereinigung einerseits dazu diene, den Auftrag in einzelnen Punkten zu klären (Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB), da die Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten lückenhaft bzw. unklar waren, weshalb die Vorbehalte der Beschwerdegegnerinnen zu Recht erfolgten. Andererseits erscheint auch die unwesentliche Leistungsänderung objektiv und sachlich geboten gewesen zu sein, ohne dass sich dadurch die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert hätte (Art. 39 Abs. 2 Bst. b BöB). Da auch die von der Vergabestelle von den Beschwerdegegnerinnen geforderte Preisanpassung im gesetzlich vorgegebenen Rahmen erfolgte (Art. 39 Abs. 3 Bst. b BöB), ergeben sich prima facie in diesem Zusammenhang keine Anhaltspunkte, dass die Vergabestelle vergaberechtswidrig gehandelt hätte.

Da das bereinigte Angebot der Beschwerdegegnerinnen mit Fr. 50'223'669.15 auch nach der Preisanpassung immer noch knapp 34 % unter dem nächsthöheren Angebot der Beschwerdeführerinnen liegt, war die Vergabestelle auch nicht gehalten, mit den anderen Anbieterinnen Bereinigungsgespräche zu führen, da diese für den Zuschlag aufgrund des Punktrückstands beim Kriterium Preis für den Zuschlag nicht in Frage gekommen wären. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie ihre Angebotspreise wegen der Leistungsänderung ebenfalls hätten anheben müssen (vgl. E. 6.2.2 in fine hiavor).

**6.3** Die Beschwerdeführerinnen machen weiter geltend, der Preisunterschied zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Beschwerdegegnerinnen sei derart gross, dass dasjenige der Beschwerdegegnerinnen schlicht nicht korrekt sein könne. Sie deutet somit sinngemäss an, dass es sich beim Angebot der Beschwerdegegnerinnen um ein Unterangebot handeln könnte.

**6.3.1** Ein Angebot, das unter den Gestehungskosten liegt (sog. Unterangebot), ist als solches nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen erfüllt (BGE 143 II 553 E. 7.1; 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; BGE 130 I 241 E. 7.3; BVGE 2011/40 E. 4.1 ff.; Zwischenentscheid des BVGer B-1515/2020 vom 24. November 2020 E. 6.3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1112 ff.). Die Vergabestelle kann ergänzende Erkundigungen einziehen, wenn sie daran Zweifel hat. Sie ist dazu aber nicht verpflichtet, jedenfalls dann nicht, wenn Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Anbieter eines kostengünstigen Angebots Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt (BGE 141 II 14

E. 10.3). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3 m.w.H.).

**6.3.2** Wie sich aus den Angebotspreisen ergibt, betrug die Differenz zwischen dem Angebotspreis der Beschwerdegegnerinnen nach der Bereinigung und demjenigen der zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen immer noch rund 34 %.

Da der Gesamtpreis des Angebots der Beschwerdegegnerinnen im Vergleich zu den anderen Angeboten relativ niedrig erscheint, war die Vergabestelle gehalten, zweckdienliche Erkundigungen darüber einzuholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden (Art. 38 Abs. 3 BöB).

Dem ist die Vergabestelle prima facie nachgekommen, indem sie Bestätigungen der Beschwerdegegnerinnen einholte, dass die ausgeschriebenen Leistungen von ihrem Angebot abgedeckt waren. So forderte die Vergabestelle im Rahmen des Bereinigungsgesprächs die Beschwerdegegnerinnen ebenfalls auf, zu diversen Positionen eine Preisanalyse abzugeben. Zudem wurden Erläuterungen zu diversen Aufwendungen verlangt (Protokoll Unternehmensgespräch Angebotsbereinigung Ziff. 2.8 – 2.14). Da die Beschwerdegegnerinnen nachvollziehbar darlegen konnten, dass mit ihrem Angebot die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und sie auch die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden hatten, bestand für die Vergabestelle prima facie kein Grund zur Annahme eines Unterangebots.

Auch sonst ergeben sich aus den Akten prima facie keinerlei Anhaltspunkte, wonach die Beschwerdegegnerinnen mit ihrem Angebot Teilnahme- und/oder Auftragsbedingungen verletzt haben bzw. dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen nicht ausschreibungskonform sein sollte.

## 7.

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Beschwerdegegnerinnen würden die in der Ausschreibung verlangte Eignung (hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung [EK 1] sowie die Mindestanforderungen "Genügende Qualifikation und Einsatzplanung für jede vorgesehene Schlüsselperson" [MA1] und "Zweckmässige Baustellenlogistik und zweckmässiger Bauablauf mit Bauprogramm innerhalb des vorgegebenen Terminrahmens" [MA5]) nicht erfüllen. Sie beantragt deshalb, das Angebot der Beschwerdegegnerinnen auszuschliessen und den Zuschlag aufzuheben.

Sowohl die Vorinstanz als auch die Beschwerdegegnerinnen halten dem entgegen, dass dieses Eignungskriterium und die Mindestanforderungen sehr wohl erfüllt würden.

**7.1** Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jeder einzelnen Anbieterin zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass die konkrete Anbieterin den Auftrag in fachlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (Art. 27 Abs. 1 BöB) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 27 Abs. 3 BöB). Dabei kommt der Vergabestelle sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (Urteile des BGer 2C\_383/2014 vom 15. September 2014 E. 7.1; zur Überschreitung des Ermessens durch die Vergabestelle vgl. Urteile des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11 ff. und B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.5; ROMANA WYSS, in: Handkommentar BöB, Art. 27 Rz. 16). Das gilt insbesondere auch in Bezug auf die Bewertung von Referenzen (BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565). Dabei handelt es sich bei der Frage, ob ein Eignungskriterium erfüllt ist oder nicht, nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Tat- und Rechtsfrage, was allerdings einen Beurteilungsspielraum, in welchem eine gerichtliche Instanz die Beurteilung durch die fachkundigen Stellen nur mit Zurückhaltung überprüft, nicht ausschliesst (Urteil des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 2.2).

**7.2** Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind sodann so auszulegen, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 m.H. "Monte Ceneri"). Die Anbieterinnen dürfen

grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieterinnen erkennen können, welchen Anforderungen sie beziehungsweise ihre Offerten genügen müssen (BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 m.H. "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerk-komponenten").

**7.3** Das Vergaberecht soll weiter den wirksamen und fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken (Art. 2 Bst. d BÖB). Bei der Wahl der Eignungskriterien und der technischen Spezifikationen sind die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen und sicherzustellen, dass ein hinreichender Restwettbewerb besteht (BVGE 2010/58 E. 6.4 ff. "Privatisierung Alcosuisse I"; WYSS, Handkommentar BÖB, Art. 27 Rz. 9). Eine Vergabestelle handelte beispielsweise vergaberechtskonform, wenn sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts und unter Berücksichtigung eines ohnehin schon eingeschränkten Markts eine technische Spezifikation, welche zwingend einen Warnton von zwei Sekunden im Bereich von Bauarbeiten im Gleisbereich vorgab, so interpretierte, dass ein Angebot mit einem Warnton von drei Sekunden nicht ausgeschlossen werden musste (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 "Mobile Warnanlagen").

**7.4** Die Vergabestelle verfügt nicht nur bei der Formulierung, sondern auch bei der 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. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-4467/2021 vom 15. Juni 2022 E. 3.3.4 und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). 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 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und

B-3875/2016 vom 12. Oktober 2021 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"). Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche Referenz sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich umfasst das Ermessen der Vergabestelle die Beurteilung, ob eine Referenz ausreichend belege, dass eine Unternehmung den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen in der Lage sei (Urteile des BVGer B-4467/2021 vom 15. Juni 2022 E. 3.3.4; B-6506/2020 E. 2.3 vom 6. April 2021 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 E. 3.2 u. 3.7 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.6.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

**7.5** Eine Nichterfüllung der Eignungskriterien führt sodann zum Ausschluss des Anbieters, ausser wenn die Mängel geringfügig oder im Ergebnis unbedeutend sind und der Ausschluss somit unverhältnismässig wäre (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 "Transportlizenz"; Urteile des BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 und 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3). Der Ausschlussgrund muss somit eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn sich die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten nicht mehr gewährleisten lässt. Von entscheidender Bedeutung ist, ob die Vorinstanz willkürfrei und ohne Verletzung des Gebotes der Gleichbehandlung davon ausgehen durfte, dass kein schwerer Mangel vorliegt und sie die Zuschlagsempfängerin im Verfahren belassen durfte (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 "Transportlizenz"; Urteil des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.6; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565; WYSS, Handkommentar BöB, Art. 27 Rz. 16 ff.).

## **8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerinnen machen mit ihrer ersten Rüge hinsichtlich EK 1 "Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung" geltend, dass keines der vorgelegten Referenzprojekte, die für die Nachweise N1.1 – N1.9 genannt würden, die Anforderung gemäss Ziff. 3.8 Bst. der Ausschreibung erfüllten. Die Sanierung eines Tunnels von 8 Kilometern Länge stelle eine besondere Herausforderung dar, die bei einem Tunnel von einigen hundert Metern Länge nicht zu vergleichen sei.

**8.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen die vergleichbare Grösse (Länge) des Tunnels kein Bestandteil des Eignungskriteriums gewesen sei, da es nicht zahlreiche Doppelspurtunnel in dieser Länge gebe. Der Fokus sei daher auf die Komplexität der Tunnelsanierung mit einem Betriebsgleis in unmittelbarer Nähe gelegt worden. Die vergleichbare Komplexität erfülle das Referenzprojekt "Bommerstein-Tunnel" der Beschwerdegegnerinnen. Bei Anwendung des von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten strengen Massstabs, hätte auch deren Referenzprojekt nicht als genügend angesehen werden müssen, was zum Ausschluss der Beschwerdeführerinnen geführt hätte.

**8.3** Die Beschwerdegegnerinnen weisen ebenfalls darauf hin, dass die von ihnen angegebenen Referenzen die Anforderungen des Eignungskriteriums EK1 erfüllen würden.

**8.4** Die Vergabestelle gab in Ziff. 3.8 der Ausschreibung zum Eignungskriterium EK 1 (Hinreichende Befähigung zur Auftrags Erfüllung) unter anderem nachfolgende Nachweise bekannt:

N1: 1 Projektreferenz mit vergleichbarer Komplexität und Aufgabenstellung für jede der folgenden Sparten:

Bauausführung

N1.1 Fahrbahn (Fahrbahnerneuerung mit Sohlen- oder Planieabsenkung einer Doppelspurstrecke unter Betrieb, Bausumme > 5 Mio., 10 Jahre)

N1.2 Sanierungsmassnahmen Tunnel (Gewölbe und Entwässerung im Eisenbahntunnel unter Betrieb, Bausumme > 1.0 Mio., 10 Jahre)

N1.3 Schachtausbau (Betonierarbeiten in einem vertikalen Schacht, Länge > 20 m, 15 Jahre)

N1.4 Ausbruchsarbeiten für Nischen in Eisenbahntunnel unter Betrieb (10 Jahre)

N1.5 Kabel, technische Anlagen und Einbau von Ringleitungen (schienegebundener Kabelzug und Montage technischer Anlagen in Eisenbahntunnel, unter Betrieb, Bausumme > 2.0 Mio., 10 Jahre)

Projektierung (Phase 51):

N1.6 Projektierung (Phase 51) für Fahrbahn (Fahrbahnerneuerung mit Sohlen- oder Planieabsenkung einer Doppelspurstrecke unter Betrieb, 10 Jahre)

N1.7 Projektierung (Phase 51) Schachtausbau (Betonierarbeiten in einem vertikalen Schacht, > 20 m, 15 Jahre)

N1.8 Projektierung (Phase 51) Ausbruchsarbeiten für Nischen in Eisenbahntunnel unter Betrieb (10 Jahre)

N1.9 Projektierung (Phase 51) Kabel und technische Anlagen (schienengebundener Kabelzug und Montage technischer Anlagen in SBB Eisenbahntunnel, 10 Jahre)

Mehrere Sparten können auch innerhalb des gleichen Projektes nachgewiesen werden. Die Referenzprojekte müssen abgeschlossen bzw. zu einem wesentlichen Teil realisiert sein.

Stammt die geforderte Referenz von einem Subplaner, so hat der Anbieter eine Bestätigung des Subplaners beizulegen, dass er im Auftragsfall die Arbeit ausführen wird.

Für die Nachweise N 1.1 und N1.6 können auch zwei Referenzprojekte für die "Fahrbahnerneuerung" und "die Sohlen- oder Planieabsenkung" abgegeben werden, wobei die Bausumme > 5.0 Mio. gesamthaft erfüllt werden muss.

Für den Nachweis N 1.5 können auch zwei verschiedene Referenzprojekte für den Einbau der "Kabel und technischen Anlagen" und die "Ringleitungen" abgegeben werden, wobei die Bausumme > 2.0 Mio. gesamthaft erfüllt werden muss.

**8.4.1 Referenzprojekte "SBB Weichenerneuerung" und "Doppelspureinführung Zentralbahn Luzern" (EK1, N 1.1: Fahrbahn (Fahrbahnerneuerung mit Sohlen- oder Planieabsenkung einer Doppelspurstrecke unter Betrieb, Bausumme > 5 Mio., 10 Jahre)**

**8.4.1.1** Erst im Rahmen der Replik bringen die Beschwerdeführerinnen vor, dass die Beschwerdegegerinnen den Nachweis N1.1 nicht erbracht hätten, da das angegebene Referenzprojekt "SBB Weichenbau" einen Rahmenvertrag betreffe. Es müsse davon ausgegangen werden, dass gestützt auf diesen Rahmenvertrag Einzelaufträge für kleinere Projekte erteilt worden seien und die Referenz somit nicht als ein eigenständiges, als GU durchgeführtes Bauprojekt angesehen werden könne, wie es für den Hausstein-Tunnel vorgesehen sei.

**8.4.1.2** Die Beschwerdegegnerinnen wenden demgegenüber ein, dass das Projekt "SBB Weichenerneuerung" nicht nur einen "GU+ Vertrag" umfasse, sondern einen Totalunternehmervertrag mit BIM (Building Information Modeling). Das bedeute, dass es einen durchgehenden Rahmenvertrag bezüglich Management, Ausführung und Planung gebe. Die Beschwerdegegnerinnen sehen die Vergleichbarkeit dieses Projekts mit der Fahrbahnerneuerung im Hauenstein-Tunnel darin, dass in kurzen Sperrungen Weichen und Anschlussgleise rückgebaut, Schotter ausgehoben, Planie abgesenkt und neues Oberbaumaterial eingebaut werde. Dabei geschehe die Erneuerung der Weichen grösstenteils unter Betrieb der Nachbargleise.

**8.4.1.3** Gestützt auf diese Ausführungen ist prima facie nicht ersichtlich, inwiefern das Projekt "SBB Weichenerneuerung" betreffend die Bauausführung Fahrbahn nicht mit dem Projekt "Hauenstein-Tunnel" vergleichbar sein sollte, zumal in den Ausschreibungsbedingungen im Gegensatz zu anderen Anforderungen (N1.2, N1.4 und N1.5) keine Fahrbahnerneuerungen in "Eisenbahntunneln" verlangt waren. Da die Beschwerdegegnerinnen bereits rund einen Viertel des Projekts im Gesamtumfang von 80 Mio. Franken abgeschlossen haben, ist auch das Kriterium einer Bausumme von über 5 Mio. Franken beim Referenzobjekt gegeben. Schliesslich verweisen die Beschwerdegegnerinnen in ihrem technischen Angebot noch auf ein zweites Referenzobjekt "Doppelspureinführung Zentralbahn Luzern", was gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 3.2 Teil B B2 Ausschreibungsbestimmungen) ausdrücklich zulässig war. Zu dieser Zweitreferenz – die entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen aktenkundig ist – führen die Beschwerdegegnerinnen aus, dass diese Arbeiten unter Betrieb stattgefunden und sich komplexe Anforderungen an die Planung, Koordination und Ausführung gestellt hätten. So habe das Projekt beispielsweise neue Linienführungen der Gleise und Weichen mit sich gebracht. Da die Sperrungen überdies mindestens 3 Monate im Voraus mit den künftigen Gleis- und Weichenbezeichnungen hätten beantragt werden müssen, habe das Projekt bereits vor der Realisierung gut durchdacht werden müssen. Die Vergabestelle gab hierzu an, dass ihr das Projekt bekannt sei und ihre Auffassung stütze, dass die Beschwerdegegnerinnen für die Arbeiten im Hauenstein-Tunnel geeignet seien. Dass dieses Projekt gemäss Vergabestelle als Referenzobjekt auf einer Doppelspurlinie unter Betrieb aus den letzten 10 Jahren akzeptiert werden kann, bestreiten die Beschwerdeführerinnen in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2022 im Übrigen nicht mehr.



#### **8.4.2 Referenzprojekt "Bommerstein-Tunnel" (EK1, N 1.4: Ausbruchsarbeiten für Nischen in Eisenbahntunnel unter Betrieb (10 Jahre)**

**8.4.2.1** In diesem Zusammenhang bemängeln die Beschwerdeführerinnen, dass der Bommerstein-Tunnel bloss 458 Meter und nicht wie der Hauenstein-Tunnel 8 Kilometer lang sei. Entsprechend würden sich beim Hauenstein-Tunnel hinsichtlich Logistik, Sicherheit sowie Arbeits- und Gesundheitsschutz andere Herausforderungen ergeben. Auch habe der Bommerstein-Tunnel aufgrund seiner Kürze keine besonderen Anforderungen an die Arbeitsstellenbeleuchtung, das Lüftungs- und Rettungskonzept sowie an die Fluchtwege gestellt. Dieser habe im Gegensatz zum Hauenstein-Tunnel auch von beiden Seiten erschlossen werden können. Schliesslich habe im Bommerstein-Tunnel das Betriebsgleis zur Erhöhung der Arbeits- und Betriebssicherheit durch eine Trennwand vom Arbeitsgleis getrennt werden können, was bei längeren Tunneln nicht möglich sei.

**8.4.2.2** Es ist unbestritten, dass das Projekt Bommerstein-Tunnel der Beschwerdegegnerinnen die zeitlichen Anforderungen (10 Jahre) an die Referenz erfüllt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen war eine vergleichbare Tunnellänge nicht Bestandteil des Eignungskriteriums bzw. eines entsprechenden Nachweises. Auch ist alleine die Länge eines Tunnels nicht entscheidend in Bezug auf die Komplexität und die Aufgabenstellung. Insbesondere ist prima facie nicht ersichtlich, inwiefern die Arbeitsstellenbeleuchtung, das Rettungs- oder das Lüftungskonzept bei längeren oder kürzeren Tunneln völlig unterschiedlich sein sollten. So kann entgegen den Andeutungen der Beschwerdeführerinnen die Logistik im Hauenstein-Tunnel bei Bedarf ebenfalls von beiden Seiten erfolgen, wie dies beim Bommerstein-Tunnel möglich war. Die Beschwerdegegnerinnen legen zudem nachvollziehbar dar, dass die Arbeitsstellenbeleuchtung in langen und kurzen Tunneln über ein lokales kleines Stromaggregat erfolge, was in langen Tunneln nicht komplexer sei als in kurzen. Gleiches gelte für das Rettungskonzept. Schliesslich sei auch in kürzeren Tunneln eine hinreichende Belüftung bzw. Zufuhr von Frischluft sicherzustellen.

Schliesslich legen die Beschwerdegegnerinnen nachvollziehbar dar, dass der Einsatz einer Trennwand nichts an der Vergleichbarkeit der Ausbruchsarbeiten in den Nischen ändert, da die Trennwände offensichtlich nur während der Totalsperre des Gleises, an welchem gearbeitet wurde, im Einsatz gewesen sind. Vor- und nachher sowie während der Montage/Demontage der Trennwände seien diese nicht zum Einsatz gekommen und das zweite Gleis sei währenddessen in Betrieb gewesen.

Im Rahmen des grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraums der Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien (vgl. E. 7.4 hiervor) ist prima facie nicht zu beanstanden, wenn sie die Komplexität der Tunnelsanierung nicht an der Länge der Referenzobjekte gemessen, sondern die vergleichbare Komplexität in der Instandsetzung eines Doppelspurtunnels unter Betrieb gesehen hat. In der Folge ist auch nachvollziehbar, wenn die Vergabestelle zum Ergebnis gelangt ist, dass das Referenzobjekt "Bommerstein-Tunnel" die entsprechenden Anforderungen erfüllt.

**8.4.3** Referenz "Projekt Neuchâtel" (EK1, N 1.5: Kabel, technische Anlagen und Einbau von Ringleitungen schienengebundener Kabelzug und Montage technischer Anlagen in Eisenbahntunnel, unter Betrieb, Bausumme > 2.0 Mio.)

**8.4.3.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Beschwerdegegnerinnen könnten sich nicht auf die angegebene Referenz stützen, da die X. \_\_\_\_\_ AG beim Projekt "Neuchâtel/La Chaux-de-Fonds" als Subunternehmerin für das Unternehmen G. \_\_\_\_\_ tätig gewesen sei. Es komme hinzu, dass das angegebene Referenzprojekt nicht alle Arbeiten umfasst habe, die nachgewiesen werden mussten. So sei die entsprechende Strecke einspurig gewesen, so dass die Arbeiten nicht unter Betrieb hätten ausgeführt werden müssen. Auch habe kein schienengebundener Kabelzug unter Betrieb ausgeführt werden müssen.

**8.4.3.2** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass das als Nachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums EK1, N1.5 angegebene Referenzobjekt "Assainissement minimal ligne Neuchâtel / La Chaux-de-Fonds, SBB" die Erfordernisse sowohl in zeitlicher Hinsicht als auch die Bausumme betreffend grundsätzlich erfüllt. Auch war es unerheblich, ob es sich bei der Referenz um einen Einspur- oder Doppelspurtunnel gehandelt hat, da gemäss Ausschreibungsunterlagen nur ein "Eisenbahntunnel" verlangt war. Umstritten ist vor allem, ob die Beschwerdeführerinnen die hier interessierenden Leistungen erbracht haben und das Projekt als genügender Nachweis anzusehen ist.

**8.4.3.3** Beim Projekt "Neuchâtel" fungierten die Beschwerdegegnerinnen als Generalunternehmerin für die gesamte Bahntechnik. In dieser Rolle waren sie gemäss eigenen Angaben verantwortlich für die Erstellung und die Überprüfung des Ausführungsprojekts. Auch waren sie zuständig für die Verwaltung der Subunternehmer und ihrer Leistungen in Bezug auf die

Ausführung des gesamten Projekts im Rahmen der bestehenden Verträge. Dies beinhaltet im hier interessierenden Kontext auch die Bereiche "Fahrleitung" und "Kabel" (vgl. S. 12 f. Technisches Angebot der Beschwerdegegnerinnen). In diesen Bereichen war die X. \_\_\_\_\_ AG für die Beschwerdegegnerinnen als Subunternehmerin tätig.

**8.4.3.4** In Bezug auf die Frage, ob und wann ein Generalunternehmen beim Referenzprojekt selbst genügend involviert war bzw. wieweit es sich auf Leistungen der Subunternehmen stützen darf, ist im Allgemeinen festzuhalten, dass es in Konstellationen mit Generalunternehmen durchaus nachvollziehbar ist, dass das Generalunternehmen nicht bei jeglichen Aufgaben in der gleichen Tiefe mitwirkt wie dessen Subunternehmen. Soweit eine Referenz des Generalunternehmers zulässig ist, kann demnach auch nicht verlangt werden, dass das Generalunternehmen sämtliche Subunternehmeraufgaben wahrgenommen hat (Zwischenentscheid des BVerfG B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 7.3.6.3).

**8.4.3.5** Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend (vgl. Replik, S. 15), sie hätten die Kabelarbeiten gemeinsam mit der X. \_\_\_\_\_ AG durchgeführt. Letztere habe zwar die eigentlichen Montagearbeiten, aber unter ihrer Führung, vorgenommen. Demgegenüber hätten die Beschwerdegegnerinnen die Logistik (Fahrzeuge und Fahrzeugführer) für den schienengebundenen Kabelzug ausgeführt und das Sicherheitspersonal gestellt. Diese Angaben wurden von der X. \_\_\_\_\_ AG, auf Anfrage der Beschwerdegegnerinnen hin, bestätigt (Beilage 2 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 5. Oktober 2022). Auch wenn unter diesem Nachweis die Montage technischer Anlagen in Eisenbahntunnel verlangt wird, ist darunter nicht nur die eigentliche Kabelmontage im engeren Sinne zu verstehen, welche unbestrittenermassen durch Mitarbeiter der X. \_\_\_\_\_ AG vorgenommen wurde. Zur Montage in einem weiteren Sinne sind auch das Rollmaterial, die Fahrzeugführer, die Logistik sowie das Sicherheitspersonal zu zählen, welche von den Beschwerdegegnerinnen zur Verfügung gestellt wurden und ohne die eine eigentliche Montage nicht möglich wäre. Entsprechend war die Rolle der Beschwerdegegnerinnen als Generalunternehmen im angegebenen Referenzprojekt – auch weil in Bezug auf die vorliegend nachgefragten Leistungen von einem eher engen Anbietermarkt auszugehen ist – genügend umfassend, weshalb das Projekt "Neuchâtel" prima facie eine ausreichende Referenz darstellt.

**8.4.3.6** Die Beschwerdegegnerinnen legen denn auch nachvollziehbar dar, dass im Rahmen des Referenzprojekts "Neuchâtel" unter anderem Kabel für die Telekommunikation verlegt, elektrische Anlagen in den Technikkabineen montiert (wobei der Transport für die Transformatoren und Schalt-schränke für die Technikkabineen schienengebunden erfolgt seien), über 10 Ringleitungen eingebaut, eine schienengebundene Verlegung von Kabeln für Niederspannung durchgeführt sowie Kabelanlagen grösstenteils mit dem Kabelzug eingebaut worden seien. Auch die X.\_\_\_\_\_ AG (Bei-lage 2 zur Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 5. Oktober 2022) bestätigt, dass gewisse Kabelarbeiten und Arbeiten an technischen Anlagen nicht während der Totalsperre, sondern in den Nachtsperren und somit unter Betrieb stattfanden und dass Kabelarbeiten mittels schienengebundenen Kabelzugs durchgeführt wurden. Unter diesen Umständen lag die Beurteilung, das Referenzprojekt "Neuchâtel" erfülle die Anforderungen des Eignungskriteriums EK1, N1.5 prima facie im Ermessensspielraum der Vergabestelle. Insbesondere ist prima facie nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle auch Bauarbeiten im Gleis in Zugspausen oder Nachtinter-vallen oder neben/unter dem Gleis mit Zugsdurchfahrten als Bauen unter Betrieb akzeptiert. Die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen erweisen sich demnach prima facie als offensichtlich unbegründet.

**8.4.4** Referenzprojekt "Durchmesserlinie Zürich" (EK1, N 1.9: Projektie-rung [Phase 51] Kabel und technische Anlagen (schienengebundener Ka-belzug und Montage technischer Anlagen in SBB Eisenbahntunnel, 10 Jahre)

**8.4.4.1** In diesem Zusammenhang bemängeln die Beschwerdeführerinnen (vgl. Replik S. 21), dass es sich bei diesem Referenzprojekt um ein reines GU-Projekt gehandelt habe, welches von einer ARGE O.\_\_\_\_\_ beste-hend aus F.\_\_\_\_\_ AG, der H.\_\_\_\_\_ AG und der I.\_\_\_\_\_ AG ausge-führt worden sei. Die Planung habe aber nicht bei der ARGE O.\_\_\_\_\_, sondern in den Händen einer Ingenieurgemeinschaft, der IG P.\_\_\_\_\_, unter der Leitung des Ingenieurbüros P.\_\_\_\_\_ gelegen. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerinnen im Bereich Ka-bel und technische Anlagen keine relevanten Planungsarbeiten erbracht hätten.

**8.4.4.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, sie habe bei den Beschwerde-gegnerinnen abgeklärt, ob in der Phase 51 (Ausführungsplanung in der Realisierungsphase) Projektierungsarbeiten erbracht worden seien. Es sei bei Aufträgen im Bereich Kabel und technische Anlagen jeweils üblich,

dass der Auftragnehmer die Ausführungsplanung selber vornehme. Er bekomme von der Vergabestelle jeweils ein Realisierungspflichtenheft, in dem festgehalten sei, dass in der Ausführungsphase auch Planungsarbeiten anfallen würden, die vom GU vorgenommen werden müssten. Das Realisierungspflichtenheft im Referenzprojekt "Durchmesserlinie Zürich" habe die geforderten Ausführungsplanungspflichten enthalten. Entsprechend bestätigt die Vergabestelle, dass der mandatierte GU die Ausführungsplanung dieser Anpassungen selber gemacht habe.

**8.4.4.3** Die Beschwerdegegnerinnen entgegnen ihrerseits, die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, dass die Planung betreffend Kabel und technische Anlagen nicht bei der ARGE, sondern in den Händen einer Ingenieurgemeinschaft gelegen habe, sei haltlos und falsch. Die Ingenieurgemeinschaft "IG P. \_\_\_\_\_" habe zwar die Übersichtspläne erstellt. Aber anschliessend seien die Beschwerdegegnerinnen für die Detailplanung zuständig gewesen. Die relevante Projektierung (SIA-Phase 51) hätten die Beschwerdegegnerinnen weitgehend alleine gemacht. Weiter verweisen die Beschwerdegegnerinnen auf die Projektreferenz "SBB Weichenerneuerung", bei welcher sie als Totalunternehmer im Bereich Kabel und technische Anlagen die gesamte Projektierung übernommen hätten. Schliesslich hätten sie bei der Referenz "CEVA TECHFER" für den Bereich Kabel und technische Anlagen die Ausführungsplanung gemacht.

**8.4.4.4** Im Rahmen der Offertbeurteilung hat die Vergabestelle selber festgestellt und festgehalten, dass aufgrund des Beschriebs nicht ersichtlich sei, ob Planerleistungen als Eigenleistung oder durch Subplaner erbracht worden seien. Nach Rücksprache mit der Bauherrschaft wurde die Referenz jedoch akzeptiert (vgl. Beilage 10 der Vorakten der Vergabestelle).

Aufgrund des Realisierungspflichtenheftes für das Projekt "Durchmesserlinie Zürich", welches die geforderten Ausführungsplanungspflichten enthielt und aufgrund der entsprechenden Rückmeldung der seinerzeitigen Bauherrschaft erhellt prima facie, dass die Beschwerdegegnerinnen beim Projekt "Durchmesserlinie Zürich" relevante Projektierungs- und Planungsarbeiten im Bereich Kabel und Montage technischer Anlagen in SBB-Eisenbahntunnel in der hier interessierenden Phase 51 (Ausführungsplanung in der Realisierungsphase) übernommen hat.

Auch hier ist im Rahmen des grossen Ermessens- und Beurteilungsspielraums der Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien prima facie nicht zu beanstanden, wenn sie die Komplexität

des Referenzprojekts als mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich Komplexität und Aufgabenstellung als vergleichbar ansieht. Es ist ohne Weiteres nachvollziehbar, dass beim Projekt "Durchmesserlinie Zürich" die interdisziplinäre Planung, Abstimmung und Ausführung eine logistische Herausforderung dargestellt hat. Das wird auch von den Beschwerdegegnerinnen umschrieben, wonach dies für die Kabelanlagen und technischen Anlagen bedeutet habe, dass die Materialbestellungen an den jeweils aktuellen Baufortschritt hätten angepasst werden müssen mit der jeweiligen Vorlaufzeit bei den Lieferanten. Das Material habe dann gelagert und zur benötigten Zeit in den Tunnel geliefert werden müssen. Auch habe die Versorgung der Baustelle über einen 35 Meter tiefen Vertikalschacht erfolgen müssen, ohne dabei den Bahnbetrieb zu beeinträchtigen (vgl. Stellungnahme vom 5. Oktober 2022 Rz. 57). Schliesslich wäre es der Vergabestelle auch nicht verwehrt, die im technischen Angebot von den Beschwerdegegnerinnen aufgeführten Projektreferenzen zu N1.1 "SBB Weichenerneuerung" und zu N5.1 "CEVA TECHFER" für die Ausführungsplanung und die Projektierung im Bereich Kabel und technische Anlagen ebenfalls in ihre Entscheidung einzubeziehen (vgl. E. 9.2.3 hiernach).

## **9.**

Die Beschwerdeführerinnen rügen zudem, dass die Beschwerdegegnerinnen einzelne Mindestanforderungen (MA1) nicht erfüllen, welche an die Schlüsselpersonen (v.a. Gesamtleiter [N5.1] und Leiter Projektierung Kabel und Technische Anlagen [N5.3]) gestellt würden.

**9.1** Die Vergabestelle definierte in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung. Das Angebot musste die aufgeführten Mindestanforderungen (MA) zwingend erfüllen. Ansonsten wurde es nicht in die Bewertung einbezogen (Ziff. 3.3 Teil B B2 Ausschreibungsbestimmungen). Unter der Mindestanforderung MA1 war die genügende Qualifikation und Einsatzplanung für die hier interessierenden Schlüsselpersonen gefordert:

- Gesamtleiter (Leitung und Koordination Planung und Ausführung einer Baustelle für ein Projekt im Bahntunnelbau unter Betrieb; N5.1)
- Leiter Projektierung Kabel und technische Anlagen in SBB Eisenbahntunnel (N5.3)

Je Schlüsselperson waren folgende Nachweise zu erbringen:

- Angaben zur Ausbildung und Berufserfahrung des beteiligten Schlüsselpersonals.

- 1 Projektreferenz aus den letzten 10 Jahren mit vergleichbarer Grösse, Komplexität und Aufgabenstellung der am Vorhaben beteiligten Schlüsselpersonen. Die angegebene Referenz soll im Wesentlichen die Funktion, die Aufgabenschwerpunkte und die gemachten Erfahrungen aufzeigen. Die Referenzprojekte müssen abgeschlossen bzw. zu einem wesentlichen Teil realisiert sein. Stammt die geforderte Referenz von einem Subunternehmer, so hat der Anbieter eine Bestätigung des Subunternehmers beizulegen, dass er im Auftragsfall die Arbeit ausführen wird.
- Angaben zur Einsatzplanung des beteiligten Schlüsselpersonals über die gesamte Projektdauer.

## **9.2 Gesamtleiter (Nachweis 5.1)**

**9.2.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der von den Beschwerdegegnerinnen vorgesehene Gesamtleiter, S. \_\_\_\_\_, vermöge mit dem Referenzobjekt "Bommerstein" den geforderten Nachweis nicht zu erbringen. Der Bommerstein-Tunnel sei mit 458 Metern nicht mit dem Hauenstein-Tunnel mit einer Länge von 8 Kilometern vergleichbar. Auch sei das Referenzobjekt ein reiner Baumeisterauftrag gewesen und die Arbeiten hätten zudem im Schutz einer Trennwand durchgeführt werden können. Die von den Beschwerdegegnerinnen angegebene Zweitreferenz "CEVA TECHFER" dürfe bei der Beurteilung nicht herangezogen werden, um den Nachweis zu "retten", zumal diese die Anforderungen ebenfalls nicht erfülle.

**9.2.2** Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerinnen weisen darauf hin, dass die Referenz "Bommerstein-Tunnel" grosse Ähnlichkeit mit dem Projekt Hauenstein Basistunnel aufweise. Die Schlüsselperson "Gesamtleiter" habe in diesem multidisziplinären Projekt neue technische Lösungen entwickelt und umgesetzt. Auch die Logistik- und Koordinationsaufgaben seien vergleichbar komplex gewesen, weshalb die Mindestanforderungen erfüllt seien.

**9.2.3** Bezüglich der auch in diesem Zusammenhang aussichtslosen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zur nicht vergleichbaren Länge und zu den Arbeiten im Schutze einer Trennwand kann auf die vorgängig gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 8.4.2.2 hiervoor). Aber selbst wenn die Länge des Referenzobjekts als problematisch anzusehen wäre, könnten die Beschwerdeführerinnen daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Die Vergabestelle wird in der Regel primär auf die von den Anbietern eingereichten Unterlagen abstellen und ist nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben zu vervollständigen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist es jedoch nicht unzulässig, wenn die Vergabestelle auf vorhandene eigene Kenntnisse und Erfahrungswerte zurückgreift. Ebenso wenig ist es der Vergabestelle verwehrt, sich solches Wissen noch zu verschaffen, um sich ein Bild über die Eignung oder Qualität eines Anbieters zu machen. Nach Treu und Glauben wird zwar die Behörde in erster Linie auf diejenigen Referenzen abstellen, die der Anbieter angegeben hat; aber es muss ihr grundsätzlich erlaubt sein, im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärungen auch zusätzlich zu den Angaben, welche die Anbieter gemacht haben, weitere Informationen einzuholen (BGE 139 II 489 E. 3.2).

Darf die Vergabestelle unter Wahrung der verfassungsmässigen Mindestansprüche sogar zusätzliche Informationen einholen, darf sie im vorliegenden Fall umso mehr auch die zweite von den Beschwerdegegnerinnen bereits im technischen Angebot aufgeführte Referenz "CEVA TECHFER" mit einer Länge von 9 Kilometer Doppelspur in ihre Entscheidung einbeziehen, in welchem Schlüsselperson S. \_\_\_\_\_ ebenfalls Gesamtprojektleiter war.

**9.2.4** Die Beschwerdegegnerinnen umschreiben die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts "Bommerstein-Tunnel" mit dem vorliegenden Projekt insbesondere was die Sanierung des Tunnelgewölbes betrifft (vgl. S. 26 technisches Angebot). Auch hätten die gesamten Arbeiten unter ungebrochenem Bahnbetrieb des Nebengleises zum grossen Teil mit Schutz durch Trennwand entlang der Tunnelmitte erfolgen müssen. Die Zugänglichkeiten und die Logistik seien dadurch stark eingeschränkt gewesen. Ausserdem habe die Betriebssicherheit auf dem Nachbargleis durchgehend durch entsprechende Schutzmassnahmen gewährleistet werden müssen. Dabei sei S. \_\_\_\_\_ in der Arbeitsvorbereitung massgeblich an der Entwicklung der technischen Lösungen (Rühlwand / Schotterhalterung einbauen unter Betrieb, Tunnelsanierung, Mittelschutzwand) beteiligt gewesen. Zu den Aufgaben habe auch die Koordination der verschiedenen Arbeiten gehört. Ebenso sei die Planung eines Teils der temporären Massnahmen (wie z.B. der Trennwand in der Mitte) durch die Beschwerdegegnerinnen erfolgt. Auch sei die Arbeitsvorbereitung besonders komplex gewesen, da nur eine Zufahrt bestanden habe (vgl. S. 22 Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 15. August 2022).



**9.2.5** Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen von der Erfüllung des Nachweises N5.1 ("Gesamtleiter, Leitung und Koordination Planung und Ausführung einer Baustelle für ein Projekt im Bahntunnelbau unter Betrieb) durch das Referenzprojekt "Bommerstein-Tunnel" ausgeht, hat sie ihren grossen Ermessensspielraum bei der Bewertung der Mindestanforderungen bzw. des entsprechenden Nachweises nicht überschritten. Dies umso mehr im Wissen, dass S. \_\_\_\_\_ im ebenfalls angegebenen Referenzprojekt "CEVA TECHFER" die Funktion als Gesamtprojektleiter des kompletten Bahntechnikpakets, innehatte. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen erweist sich auch in diesem Punkt prima facie als unbegründet.

### **9.3 Leiter Projektierung Kabel und technische Anlagen in SBB Eisenbahntunnel (Nachweis 5.3)**

**9.3.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich, dass R. \_\_\_\_\_ von den Beschwerdegegnerinnen sowohl mit der Leitung "Projektierung Kabel und Technische Anlagen" als auch mit der Leitung "Ausführung und IBN Kabel und Technische Anlagen" betraut worden sei. Beide Aufgaben könne R. \_\_\_\_\_ jedoch nicht wahrnehmen, da dies ein Arbeitspensum von bis zu 225 Stunden pro Monat erfordern würde. Dies bedeute, dass die Leitung "Projektierung Kabel und technische Anlagen" nicht in den Händen von R. \_\_\_\_\_ liege und somit nicht von den Beschwerdegegnerinnen selbst, sondern von einem externen Anbieter erbracht werde. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerinnen den Nachweis N5.3 nicht erbringen würden.

**9.3.2** Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerinnen bestätigen, dass für R. \_\_\_\_\_ als Leiter "Projektierung Kabel und technische Anlagen" (N5.3) und Leiter "Ausführung und Inbetriebnahme Kabel und technische Anlagen" (N5.6) ursprünglich ein Pensum von bis zu 225 Stunden im Monat vorgesehen gewesen sei. Die Vergabestelle fügt an, es sei für sie sofort klar gewesen, dass es sich im Angebot der Beschwerdegegnerinnen um einen offensichtlichen Fehler (falsch addierte Stunden für die Referenzperson R. \_\_\_\_\_) gehandelt habe. Im Rahmen des Bereinigungsgesprächs sei dieser Fehler angesprochen worden. Neu sei für R. \_\_\_\_\_ ein Pensum von insgesamt 170 Stunden pro Monat (50 Stunden für die Planung und 120 Stunden für die Ausführung) vorgesehen.

**9.3.3** Aktenmässig ist erstellt, dass die Vergabestelle die Beschwerdegegnerinnen im Rahmen des Bereinigungsgesprächs auf das Arbeitspensum von R.\_\_\_\_\_ im Umfang von 225 Stunden aufmerksam gemacht hat (vgl. Bereinigungsprotokoll Frage Nr. 1.19). Die Beschwerdegegnerinnen räumten eine Fehlkalkulation ein und bereinigten das Pensum von R.\_\_\_\_\_ auf die erwähnten 170 Stunden. Dass die Beschwerdegegnerinnen die zusätzlich erforderlichen Stunden durch Personal der K.\_\_\_\_\_ GmbH im Personalverleihverhältnis ausführen lassen will, ist nicht zu beanstanden, zumal R.\_\_\_\_\_ immer noch die Leitung innehaben soll. Die Beschwerdeführerinnen bemängeln ansonsten weder die Ausbildung oder die Berufserfahrung von R.\_\_\_\_\_ noch die in diesem Zusammenhang genannten Projektreferenzen. Entsprechend erweist sich auch die Rüge wonach R.\_\_\_\_\_ die Mindestanforderung N5.3 nicht erfüllen soll, als prima facie unbegründet.

**9.4** In der Beschwerde (Rz. 49 und 50) haben die Beschwerdeführerinnen ursprünglich noch die separate Rüge erhoben, die Beschwerdegegnerinnen würden auch die Mindestanforderungen MA5 (Baustellenlogistik, Bauablauf, Bauprogramm) nicht erfüllen. Die Vergabestelle (Vernehmlassung S. 10 und 11) und die Beschwerdegegnerinnen (Stellungnahme Rz. 72) haben daraufhin überzeugend dargelegt, dass die geforderten sechs Nachweise für die Mindestanforderungen MA 5 offensichtlich erfüllt sind und sich diese Rüge im Übrigen mit der Rüge, die Ausschreibungsbedingungen seien nicht eingehalten (Nutzung des Betriebsgleises, vgl. E. 6.1 hiervor), überschneiden würde. In der Folge haben die Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben nicht mehr Bezug auf diese separate Rüge genommen, weshalb hier nicht mehr näher darauf einzugehen ist.

## **10.**

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerinnen hätten mehrere Nachweise für die Erfüllung von Eignungskriterien und Mindestanforderungen nicht erfüllt als prima facie offensichtlich unbegründet. Das Gericht ist insbesondere mit Blick auf den engen Anbietermarkt zum Schluss gekommen, dass es offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle gestanden hat, das Projekt Instandstellung Hauenstein Basistunnel den Beschwerdegegnerinnen zuzuschlagen. Die Beschwerde erweist sich demnach als prima facie offensichtlich unbegründet.

Bei diesem Ergebnis erübrigen sich schliesslich weitere Ausführungen zur Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen die zwingenden Mindestanforderungen (in Bezug auf EK 1 bzw. MA 1 sowie die Zulässigkeit von Bereinigungen) nicht erfülle, da – wie oben dargelegt – nicht der von ihnen geforderte strengere Beurteilungsmassstab zur Anwendung kommt (vgl. E. 5.3 hiervor).

#### **11.**

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss (vgl. E. 4.3 hiervor). Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen der Zwischenverfügung vom 25. Juli 2022 betreffend das Unterbleiben aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrags mit den Zuschlagsempfängerinnen, dahin.

#### **12.**

Schliesslich verlangen die Beschwerdeführerinnen Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Den Beschwerdeführerinnen wurden im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise in geschwärzter Form, zugestellt. Mit Verfügung vom 13. September 2022 hat der Instruktionsrichter sodann die Verfahrensanträge um erweiterte Akteneinsicht im Rahmen des Begehrens um erweiterte Akteneinsicht abgewiesen (vgl. Sachverhalt Bst. J). Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwiefern den Beschwerdeführerinnen nicht Einsicht in sämtliche offenzulegende Akten der Vergabestelle gewährt worden sein sollte (vgl. E. 6.1.4 hiervor).

#### **13.**

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**3.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

**4.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Thomas Reidy

-

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: 29. März 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 228950;  
Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)