



---

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-4959/2021**  
stm/syr/fem

## **Zwischenentscheid vom 18. Mai 2022**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Christian Winiger, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiber Cyrill Schäke,

In der Beschwerdesache

---

Parteien

1. **A. \_\_\_\_\_ AG**  
2. **B. \_\_\_\_\_ GmbH**  
beide vertreten durch die Rechtsanwälte  
Fabian Martens und/oder Andrea P. Rohrer,  
Pestalozzi Rechtsanwälte AG,  
Löwenstrasse 1, 8001 Zürich  
Beschwerdeführende,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Infrastruktur, Einkauf Fahrweg  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und Lena Götzinger,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –  
Zuschlag betreffend das Projekt "21-422 Gleisbau-  
maschinen, Weichenschleifmaschinenleistungen"  
(SIMAP-Meldungsnummer 1215625; Projekt-ID 217009),

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

Am 31. Mai 2021 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschineleistungen" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1181977). Gegenstand der Ausschreibung bildet ein Rahmenvertrag über Maschinenleistungen im Bereich des maschinellen Gleisbaus und Gleisunterhalts in der Kategorie Schienenbearbeitung sowie Weichenschleifen für die SBB AG und die BLS Netz AG. Die Bearbeitung von Weichen umfasst Vignolschienen, Herzstücke und halbe Zungenvorrichtungen. Der Vertrag hat eine Laufzeit vom 1. Januar 2022 bis 31. Dezember 2025 (Ziff. 2.6 der Ausschreibung vom 31. Mai 2021).

**B.**

Am 22. Oktober 2021 wurde der Zuschlag für das Projekt "Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschineleistungen" der C. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: C. \_\_\_\_\_ AG oder Zuschlagsempfängerin 1), (Sitz des Unternehmens), und der D. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: D. \_\_\_\_\_ AG oder Zuschlagsempfängerin 2), (Sitz des Unternehmens), erteilt und am 22. Oktober 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1215625) ohne Angabe eines Preises publiziert.

**C.**

Am 1. November 2021 fand ein Debriefing mit der A. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens), statt, in dem thematisiert wurde, dass Angebote mit schieneengebundenen Maschinen den Zuschlag erhielten, obwohl diese Auswahl in der Dropdown-Liste im grossen Leistungsverzeichnisfragebogen nicht vorgesehen sei ("Gesprächsprotokoll Debriefing" vom 1. November 2021; Beilage 24 zur Vernehmlassung).

**D.**

**D.a** Gegen die Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (publiziert am 22. Oktober 2021) erhob die A. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 11. November 2021 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, (1) der Zuschlag der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin 1 und die Zuschlagsempfängerin 2 sei aufzuheben und der Zuschlag sei dem Angebot der A. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Un-

ternehmens), zu erteilen, (2) der Vergabestelle sei zu untersagen, Weichenschleifmaschinen-Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag von der damaligen Zuschlagsempfängerin zu beziehen, (3) eventualiter zu Ziff. 2 sei festzustellen, dass eine allfällig erfolgte Verlängerung des Vertrages 17-422 mit der damaligen Zuschlagsempfängerin durch die Vergabestelle über den 31. Dezember 2020 hinaus unzulässig war und der (allfällig verlängerte) Vertrag nichtig ist sowie subeventualiter sei die Vergabestelle zu verpflichten, den Vertrag auf das nächstmögliche Datum zu beenden. Die Beschwerdeführerin stellt ihre Anträge unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt) zulasten der Vergabestelle.

Die Beschwerdeführerin stellt weiter die Verfahrensanträge, (1) der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei für die Dauer des vorliegenden Verfahrens ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdegegnerin oder der Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 (superprovisorisch) zu untersagen, (a) einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin 1 und/oder Zuschlagsempfängerin 2 zu schliessen sowie (b) weiterhin unter dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag von der damaligen Zuschlagsempfängerin beziehungsweise freihändig Leistungen zu beziehen. Ausserdem stellt sie den Verfahrensantrag, (2) der Beschwerdeführerin sei Einblick in sämtliche Verfahrensakten, insbesondere in (a) das Offertöffnungsprotokoll und (b) die Bewertungsmatrix zu gewähren, und ihr sei sodann im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern und ihre Anträge gegebenenfalls zu ergänzen oder anzupassen.

**D.b** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Beschwerde in formeller Hinsicht, sie sei zur Beschwerde legitimiert (Beschwerde, Rz. 2 ff.). Im Rahmen der Sachverhaltsdarstellung hält sie sodann zu den Parteien fest, an der eingereichten Offerte nehme nebst der A. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens), auch die B. \_\_\_\_\_ GmbH, (Sitz des Unternehmens), teil, und beide seien sie Teil der E. \_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens).

**D.c** Vorab zählt die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer materiellen Vorbringen die Maschinentypen für Schleifarbeiten auf, welche sowohl für die Schleifarbeit von Schienen als auch von Weichen verwendet würden, namentlich (Beschwerde, Rz. 7 ff., Rz. 12 ff.),

- "schienengebundene Maschinen" gemäss Norm SN EN 14033,
- "zwei-Wege Maschinen" gemäss Norm SN EN 15746,

- "ausgleisbare Maschinen" gemäss Norm SN EN 15955,
- "Anhänger" gemäss Norm SN EN 15954 sowie
- "tragbare Maschinen und Rollwagen" gemäss Norm SN EN 13977.

**D.d** Zur Vorgeschichte der strittigen Ausschreibung hält sie fest, die Vergabestelle habe am 22. Dezember 2017 die Beschwerdeführerin und weitere Anbieterinnen eingeladen, im Rahmen der Ausschreibung "17-422 Schienenbearbeitung mit Kleinmaschinen" ein Angebot einzureichen. Schliesslich habe die Vergabestelle nach vormaliger Kontaktaufnahme durch die Beschwerdeführerin betreffend das Auslaufen dieses Vertrages 17-422 die vorliegende Ausschreibung "21-422 Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschineleistungen" auf SIMAP publiziert (Beschwerde, Rz. 26 ff.).

**D.e** Zum Debriefing vom 1. November 2021 und zur weiteren Korrespondenz nach Erteilung des Zuschlags legt sie dar, sie habe die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass in den Ausschreibungsunterlagen keine schienengebundenen Maschinen vorgesehen seien und dass der Vertrag 17-422 bis maximal Ende 2020 hätte verlängert werden können (Beschwerde, Rz. 36 ff.).

**D.f** Materiell macht sie namentlich geltend, der Beschaffungsgegenstand habe sich klar aus den Ausschreibungsunterlagen und namentlich dem Leistungsverzeichnis der zulässigen Maschinenkategorien ("Maschinenbeschreibung/ Description de la machine") ergeben. In der entsprechenden Excel-Tabelle seien beim Typ "Maschinenkategorie" lediglich die Optionen "Zweiwegefahrzeug", "Ausgleisbare selbstfahrende Maschine" und "Manuell bewegte Kleinmaschine" per Dropdown-Menü auswählbar gewesen (Beschwerde, Rz. 40 f.).

**D.g** Zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bringt die Beschwerdeführerin vor, entsprechend ihren Ausführungen seien die Angebote der Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 auszuschliessen. Demnach hätte das Angebot der Beschwerdeführerin für die Dienstleistungen mit den Maschinen VM 8000 und AT 3389, die gemäss mündlichen Auskünften der Vergabestelle die bestplatzierten nicht-schienengebundenen Angebote seien, richtigerweise den Zuschlag erhalten müssen. Die Beschwerdeführerin habe somit ein grosses Interesse daran, den Zuschlag zu erhalten und baldmöglichst die entsprechenden Arbeiten ausführen zu können. Es seien demgegenüber keine Interessen erkennbar, welche die Interessen der Beschwerdeführerin an einem wirksamen Rechtsschutz überwiegen könnten (Beschwerde, Rz. 47 ff.).

**E.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. November 2021 untersagte der Instruktionsrichter bis zur Entscheidung über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sämtliche Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen sowie den Bezug von Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag. Ausserdem wurde der Vergabestelle bis zum 29. November 2021 Frist angesetzt, um zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, insbesondere zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Stellung zu nehmen. Des Weiteren erhielten die Zuschlagsempfängerinnen Gelegenheit, sich bis zum 29. November 2021 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin zu äussern. Schliesslich wurde, nachdem das Vergabevolumen seitens der Vergabestelle auf instruktionsrichterliche Rückfrage hin mit insgesamt ca. Fr. 15 Millionen Franken angegeben worden war, der Kostenvorschuss festgesetzt.

**F.**

**F.a** Mit Verfügung vom 23. November 2021 stellte der Instruktionsrichter fest und erwog, es liege keine Erklärung der B.\_\_\_\_\_ GmbH vor, wonach sie sich am Rechtsmittelverfahren beteiligt, weshalb er die Beschwerdeführerseite ersuchte, bis zum 29. November 2021 eine Stellungnahme zur Prozessrolle der B.\_\_\_\_\_ GmbH einzureichen.

**F.b** Mit Eingabe vom 29. November 2021 erklärten die A.\_\_\_\_\_ AG als Beschwerdeführerin 1 und die B.\_\_\_\_\_ GmbH, dass sich Letztere als Beschwerdeführerin 2 konstituiere. Nach geltender Lehre und Praxis sei der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Nachfrist Gelegenheit zu geben, eine Erklärung der anderen Mitglieder einer Bietergemeinschaft beizubringen. Entsprechend könne die fehlende Unterschrift im Rahmen der Nachfrist eingereicht werden. Die B.\_\_\_\_\_ GmbH bestätige, sich als Beschwerdeführerin am vorliegenden Verfahren zu beteiligen.

**G.**

Mit Eingabe vom 29. November 2021 nahm die Zuschlagsempfängerin 1 C.\_\_\_\_\_ AG dahingehend Stellung, dass aus der Ausschreibung, dem Pflichtenheft und dem Rahmenvertrag hervorgehe, dass Dienstleistungen mit schienengebundenen Maschinen (SN EN 14033) offensichtlich zu den von der Ausschreibung erfassten Leistungen gehören.

**H.**

**H.a** Innert Frist erstattete die Vergabestelle mit Eingabe vom 29. November 2021 ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen. Sie beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne. Prozessual stellt sie die Anträge, (1) die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen, (2) die Dispositiv Nr. 2 der Zwischenverfügung vom 15. November 2021 sei insoweit in Wiedererwägung zu ziehen, als der Bezug von Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag untersagt worden ist, (3) der Vergabestelle sei zu erlauben, zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit über einen Zeitraum von neun Monaten ab dem 1. Februar 2022 entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. (exkl. MwSt) Leistungen bei den beiden Zuschlagsempfängerinnen zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1215625) zu beziehen. Der Vergabestelle sei (4) Gelegenheit zu geben, zur Eingabe der Beschwerdeführerin betreffend die Rolle der B. \_\_\_\_\_ GmbH kurz Stellung zu nehmen. Der Beschwerdeführerin seien (5) die Vergabeakten nur unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der übrigen Anbieterinnen zuzustellen und die Zuschlagsempfängerinnen seien vor Gewährung der Akteneinsicht anzuhören. Die Vergabestelle stellt ihre Anträge unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

**H.b** Zur Begründung führt sie aus, vom vorliegenden Verfahren "21-422 Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschinenleistungen" zu trennen seien die mit rechtskräftigen Zuschlägen abgeschlossenen Verfahren "Gleisbaumaschinenlose" aus dem Jahr 2014 und "17-422 Schienenbearbeitung mit Kleinmaschinen" aus dem Jahr 2017. Die Beschwerde sei demnach im Umfang der Anträge 2 und 3 sowie des prozessualen Antrags 1 (b) unzulässig, weil ein zulässiges Anfechtungsobjekt fehle und kein Rechtsschutzbedürfnis ersichtlich sei (Vernehmlassung, Rz. 9 ff.).

**H.c** Weiter macht sie Ausführungen zu den Maschinenarten für Schleifarbeiten und hält fest, die Bearbeitungszeit pro bestimmter Gleislänge sei bei schienengebundenen Fahrzeugen geringer als bei Zwei-Wege-Maschinen, ausgleisbaren Maschinen, Anhängern, tragbaren Maschinen und Rollwagen. Auch schienengebundene Maschinen seien ohne Weiteres in der Lage, Weichen zu schleifen (Vernehmlassung, Rz. 22 ff., Rz. 26, Rz. 41).

**H.d** Die Ausschreibung sei ausserdem maschinentypneutral erfolgt, das heisst ohne die Ausschreibung auf eine bestimmte Art oder Kategorie der dargestellten Maschinen einzuschränken (Vernehmlassung, Rz. 45 ff.).

Nur beim Feld "Maschinenkategorie" habe sich bedauerlicherweise ein Programmierfehler in die Ausschreibungsunterlagen eingeschlichen. An dieser Stelle habe das Excel Sheet fälschlicherweise ein auf die Auswahlmöglichkeiten "Zweiwegfahrzeug", "ausgleisbare, selbstfahrende Maschine" und "manuell bewegte Kleinmaschine" beschränktes Dropdown-Menü enthalten (Vernehmlassung, Rz. 53 f.). Hätte die Beschwerdeführerin diesbezüglich Zweifel gehabt, dann hätte sie sich dazu äussern müssen. Die Beschwerdeführerin hätte auch beim Studium des Frage-Antwortkatalogs erkennen müssen, dass auch schienengebundene Maschinen von Relevanz sind (Vernehmlassung, Rz. 58 ff.).

**H.e** Weiter hält die Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung fest, die Beschwerde sei offensichtlich unzulässig, weil die Beschwerdeführerin 1 allein nicht zur Beschwerde legitimiert sei. Die B.\_\_\_\_\_ GmbH sei eine Bieterin und nach der ständigen Praxis der Bundesgerichte seien Bietergemeinschaften nur dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sämtliche Mitglieder gemeinschaftlich Beschwerde gegen den Vergabeentscheid erheben (Vernehmlassung, Rz. 84 ff., Rz. 89 ff.).

**H.f** Abgesehen von der Tatsache, dass die Beschwerde aussichtslos sei, würden auch überwiegende öffentliche Interessen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung sprechen. Insbesondere wäre ohne Weichenschleifung die Verkehrssicherheit gefährdet. Dem wirtschaftlichen Interesse der Beschwerdeführerin, die Chancen auf den Zuschlag aufrechtzuerhalten, komme kein grosses Gewicht zu. Die von der Beschwerdeführerin angebotene Zwei-Wege-Maschine, die als Drittplatzierte evaluiert wurde, sei nicht ansatzweise so leistungsfähig wie die zugeschlagenen Schleifzüge (Vernehmlassung, Rz. 136 ff.).

**H.g** Zu ihrem Antrag auf die Bewilligung eines teilweisen Vorabbezugs legt die Vergabestelle dar, aus der vorstehenden Interessenabwägung folge die Dringlichkeit der Beschaffung. Zur Gewährleistung der Sicherheit im schweizerischen Zugverkehr sei es unabdingbar, dass das präventive Schleifen von Weichen auch im Jahr 2022 sichergestellt sei (Vernehmlassung, Rz. 145 ff.).

**I.**

**I.a** Mit Verfügung vom 1. Dezember 2021 stellte der Instruktionsrichter fest und erwog, dass die (anwaltschaftlich vertretene) Zuschlagsempfängerin 1 mit ihrer Stellungnahme vom 29. November 2021 sinngemäss die Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantrage mit der Begründung, dieser sei offensichtlich unbegründet, womit sie sich als Beschwerdegegnerin konstituiere. Die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin 1 erhielten Gelegenheit, sich zur Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 29. November 2021 betreffend die Prozessrolle der B. \_\_\_\_\_ GmbH zu äussern. Die Beschwerdeführerseite wiederum erhielt Gelegenheit zur Replik zur aufschiebenden Wirkung.

Ausserdem stellte der Instruktionsrichter der Vergabestelle einen Abdeckungsvorschlag zum in den Vergabeakten enthaltenen Evaluationsbericht unter Ziff. 5.4.2 (Ausführungen zum Vorgehen der Vergabestelle bezüglich der Bewertung) und Ziff. 6.1 (Passage bezüglich der Beschwerdeführerseite) und der Vergabestelle wie auch der Zuschlagsempfängerin 1 einen Abdeckungsvorschlag zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 29. November 2021, Rz. 68 (Ausführungen zu den angebotenen Maschinen der Zuschlagsempfängerin 1), zu verbinden mit der Aufforderung, bis zum 6. Dezember 2021 Stellung zu nehmen, ob sie sich mit dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag einverstanden erklären, andernfalls sie gebeten würden, ihrerseits einen Abdeckungsvorschlag einzureichen.

**I.b** Die Zuschlagsempfängerin 1 nahm mit Eingabe vom 3. Dezember 2021 Stellung und bestritt ihre Konstituierung als Beschwerdegegnerin. Sie habe mit ihrem Schreiben vom 29. November 2021 bewusst darauf verzichtet, formelle Anträge zu stellen. Ihre Absicht sei lediglich gewesen, sich informell kurz über den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerdeführerin die aufschiebende Wirkung zu erteilen, zu äussern. Weiter erklärte sie sich mit dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag, das heisst mit der Offenlegung der Rz. 68 der Vernehmlassung vom 29. November 2021, einverstanden.

**I.c** Mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 stellte der Instruktionsrichter der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin frei, bis zum 13. Dezember 2021 zur Prozessrolle der Zuschlagsempfängerin 1 Stellung zu nehmen, wobei Stillschweigen als Erklärung dahingehend verstanden werde, dass sie sich damit einverstanden erklären, dass die Zuschlagsempfängerin sich nicht als Beschwerdegegnerin konstituiert.

**I.d** Mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 nahm die Vergabestelle zu den gerichtlichen Abdeckungsvorschlägen Stellung. Sie legt dar, aus ihrer Optik stehe der Offenlegung der beiden Stellen in Ziff. 5.4.2 und Ziff. 6.1 des Evaluationsberichts vom 18. Oktober 2021 und der Passage in Rz. 68 der Eingabe der Vergabestelle vom 29. November 2021 nichts entgegen. Die Schwärzungen seien mit Rücksicht auf allfällige Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerinnen und der Beschwerdeführerseite vorgenommen worden.

**I.e** Mit Verfügung vom 7. Dezember 2021 stellte der Instruktionsrichter fest und erwog, dass die Vergabestelle der Offenlegung der beiden Stellen in Ziff. 5.4.2 und in Ziff. 6.1 des Evaluationsberichts und die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin 1 der Offenlegung der Rz. 68 der Vernehmung der Vergabestelle vom 29. November 2021 zustimmten und verfügte demnach, dass der Beschwerdeführerseite ein im Sinne des gerichtlichen Abdeckungsvorschlages vom 1. Dezember 2021 bezüglich Ziff. 5.4.2 und Ziff. 6.1 angepasster Auszug des Evaluationsberichts (S. 11 und 13) und ein im Sinne des gerichtlichen Abdeckungsvorschlages vom 1. Dezember 2021 angepasster Auszug der Stellungnahme vom 29. November 2021 (S. 21) zugestellt werde.

## **J.**

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2021 reichte die Vergabestelle innert Frist ihre ergänzenden Stellungnahmen ein. Sie hielt zunächst fest, sie wolle die Behandlung der Eingabe der Zuschlagsempfängerin 1 dem Gericht anheimstellen (Rz. 1). Zur Prozessrolle der Beschwerdeführerin 2 führt sie aus, die nach Ablauf der Beschwerdefrist datierte und nachgereichte Vollmacht sei nicht geeignet, den Formfehler zu beheben. Bei einer nach Ablauf der Beschwerdefrist erteilten Vollmacht handle es sich nicht um einen untergeordneten Formmangel.

## **K.**

**K.a** Die Beschwerdeführerseite reichte mit Eingabe vom 23. Dezember 2021 innert erstreckter Frist ihre Replik ein. Diese enthält den ergänzenden (Sub)-Eventualantrag zum Antrag 1 ihrer Beschwerde vom 10. November 2021, (1.a.) der Zuschlag der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 sei aufzuheben und die von der Vergabestelle gewählte Bewertungsmethodik des Preiskriteriums ZK1 durch das Gericht – beziehungsweise subeventualiter durch Rückweisung an die Vergabestelle – in einer Weise zu korrigieren, dass die Diskriminierung von Angeboten mit

nicht-schienenengebundenen Maschinentypen gegenüber jenen mit schienenengebundenen Maschinentypen beseitigt wird.

**K.b** Zur Begründung zur Prozessrolle der B. \_\_\_\_\_ GmbH wird namentlich ausgeführt, der vorbehaltlose Beitritt der Konsortialpartnerin zur Beschwerde durch die entsprechende Erklärung beziehungsweise Vollmacht könne nur so verstanden werden, dass sie als (zweite) Beschwerdeführerin für das Konsortium Beschwerde führe (Replik, Rz. 13 f.).

**K.c** Die Beschwerdeführerinnen legen ferner insbesondere zum Antrag der Vergabestelle auf Bewilligung eines Vorabbezugs bzw. zum Schleifen von Weichenschienen als angeblich präventive Sicherheitsmassnahme dar, die Vergabestelle könne derzeit weiterhin auf Gleisunterhaltsleistungen mit schienenengebundenen Schleifleistungen aus dem erwähnten Verfahren "Gleisbaumaschinenlose" zurückgreifen (Replik, Rz. 20 ff.).

**K.d** Zu den Maschinenarten für (Weichen-)Schleifarbeiten führen sie aus, schienengebundene Maschinen würden jedenfalls in Bezug auf die Schleifleistung pro Gleiskilometer konstruktionsbedingt deutlich höhere Leistungszahlen als kompaktere nicht-schienengebundene Maschinen (das heisst Zwei-Wegemaschinen, ausgleisbare Maschinen und umso offensichtlicher tragbare Maschinen und Rollwagen) aufweisen. Ihren Mehrwert würden die kompakteren Maschinen je nach Einsatzgebiet darin erbringen, dass sie die im Verhältnis geringere Schleifleistung pro Gleiskilometer mit anderen, bautypischen Vorteilen kompensieren, wie dem deutlich geringeren Gewicht, der flexibleren Einsatzweise, ihrer schnellen Einsatzbereitschaft und der damit verbunden grundlegend anderen Kostenstruktur (Replik, Rz. 26 ff.).

**K.e** Zum Gegenstand der Ausschreibung repliziert die Beschwerdeführerseite, die Vergabestelle versuche mit ihren Ausführungen zum Beschaffungsgegenstand über den Umstand hinwegzutäuschen, dass dieser in der zentralen Stelle der Ausschreibung, welche die vorliegend zugelassenen Maschinentypen enthielt und von den Anbieterinnen zwingend auszufüllen war, klar und unmissverständlich auf nicht-schienengebundene Maschinen beschränkt worden sei. Die Ausschreibung sei dementsprechend nicht typenneutral erfolgt (Replik, Rz. 32 f.).

**K.f** Zudem bringen die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Replik vom 23. Dezember 2021 zur Evaluation der Angebote vor, die nun erkennbare Bewertungsmethodik der Vergabestelle bestätige das Bild, dass es sich bei

schienengebundenen und nicht-schienengebundenen Maschinen um konstruktionsbedingt wesentlich unterschiedliche Maschinen handle, deren Leistungen nicht vergleichbar seien. Besonders offensichtlich werde dies in der Gesamtbewertung beim Zuschlagskriterium Preis (Replik, Rz. 40).

**K.g** Schliesslich erklären die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 23. Dezember 2021 ihr Einverständnis, die Zuschlagsempfängerin 1 C. \_\_\_\_\_ AG nicht als Beschwerdegegnerin zu führen (Replik, Rz. 55).

#### **L.**

Mit Verfügung vom 27. Januar 2022 erlaubte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, längstens aber bis zum 31. Oktober 2022, entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. (exkl. MwSt) Leistungen von den bisherigen Leistungserbringerinnen zu beziehen, wie sie gemäss Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1215625) definiert werden. Zur Begründung wurde ausgeführt, die dargelegte Dringlichkeit erscheine namentlich mit Blick auf den Unterhalt des Schienennetzes und die Sicherheit desselben hinreichend, um den beantragten Vorabbezug zu bewilligen. Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

#### **M.**

**M.a** Am 28. März 2022 erkundigte sich der Instruktionsrichter bei der Vergabestelle, ob die Evaluationsakten vollständig seien. Einerseits fehle prima facie der Genehmigungsbeschluss zum Vergabeantrag. Andererseits werde aufgrund der Ausführungen im Evaluationsbericht nicht ganz klar, ob es zu gewissen Fragen nicht separate Berichte gebe.

**M.b** Die Vergabestelle führte dazu mit Eingabe vom 31. März 2022 aus, trotz der verwendeten Formulierungen "separater Vergabeantrag" und "separater Bericht-Vergabeantrag" werde mit diesen auf den Evaluationsbericht selbst verwiesen. Zudem werde der Genehmigungsbeschluss nachgereicht. Schliesslich begründet die Vergabestelle, warum sie zwei Zuschlagsempfängerinnen berücksichtigt hat.

**M.c** Mit Verfügung vom 1. April 2022 wurde die Eingabe der Vergabestelle der Beschwerdeführerseite zugestellt mit dem Hinweis, dass Thema der Instruktion lediglich die Vollständigkeit der Akten gewesen sei, weshalb jedenfalls ohne anders lautenden Antrag kein Austausch von Rechtsschriften erforderlich erscheine.

**N.**

**N.a** Mit Eingabe vom 7. April 2022 erhob die A. \_\_\_\_\_ AG eine weitere Beschwerde gegen die am 18. März 2022 publizierte Ausschreibung "22-422 Gleisbaumaschinenleistungen, Schienenbearbeitung" (SIMAP-Meldungsnummer 1241843; Projekt ID-232733) insbesondere mit dem Antrag, diese sei betreffend das Los 2 ("Weichenschleifleistungen durch Zweiwegefahrzeuge [gemäss SN EN 15746]") aufzuheben und das Vergabeverfahren teilweise abubrechen. Das entsprechende Verfahren wird unter der Nummer B-1706/2022 geführt.

**N.b** Mit Verfügung vom 3. Mai 2022 wurden die Akten des Verfahrens B-1706/2022 im vorliegenden Verfahren beigezogen.

**O.**

Am 6. Mai 2022 ist den Beschwerdeführerinnen mit dem Einverständnis der Vergabestelle eine Passage des Evaluationsberichts offen gelegt worden, mit welcher die Auftraggeberin den relevanten Anbietermarkt als "kleinen Markt" bezeichnet.

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

**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, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA; SR 0.632.231.422]) 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 (vgl. Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 1.2 "MÜLS Tunnel Schlund und Spier [A2 Luzern]"; Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 1 "Google / Public Cloud").

Vorliegend leitete die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags mit dem Projekttitel "Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschineleistungen" (Meldungsnummer 1181977) am 31. Mai 2021 ein, 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 PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 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 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, 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, BBI 2017 1851 ff., [im Folgenden: 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) ebenso wie die BLS Netz AG dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 lit. 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 AlpTransit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; DANIEL ZIMMERLI, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [Handkommentar BöB], Zürich 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").

Die vorliegend zu beurteilende Vergabe dient der Beschaffung von Maschinenleistungen im Bereich des maschinellen Gleisbaus und Gleisunterhalts in der Kategorie Schienenbearbeitung, Weichenschleifen für die SBB AG und die BLS Netz AG. Die Bearbeitung von Weichen umfasst Vignolschienen, Herzstücke und halbe Zungenvorrichtungen. Der Vertrag hat eine Laufzeit vom 01.01.2022 bis 31.12.2025. Der beigelegte Rahmenvertrag der SBB inklusive AGB und Anhänge gilt inhaltlich auch für die Leistungen des Zuschlagsempfängers gegenüber der BLS Netz AG. Die Disposition

der Weichenschleifmaschine erfolgt durch die SBB AG (Ziff. 2.6 der Ausschreibung vom 31. Mai 2021). Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen demnach einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe auch unter diesem Gesichtspunkt in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB).

**2.4** Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben. Ein solcher fällt gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB in den Staatsvertragsbereich, soweit er von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird. Massgebend ist insoweit die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). In Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird insoweit von Gleisbauarbeiten gesprochen, was für Bauarbeiten im Sinne der CPC-Gruppe 513 spricht. Ob die in Frage stehenden Leistungen als Gleisbauarbeiten oder als Dienstleistung zu beurteilen sind, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. Im Bereich der Dienstleistungskategorien gemäss der provisorischen Produktklassifikation der Vereinten Nationen gibt es im Unterschied etwa zu Maschinen (Referenznummer 886) jedenfalls keine "maintenance" oder "repair services" für Schienen. Demnach erscheint jedenfalls prima facie plausibel, dass die Klassifikation – wovon offenbar auch die Vergabestelle ausgeht (Ziffer 1.9 der Ausschreibung) – systematisch interpretiert so zu verstehen ist, dass Gleisschleifarbeiten so oder anders in den Staatsvertragsbereich fallen.

**2.5** Der Schwellenwert für Beschaffungen von Dienstleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Bst. f BöB beträgt unter neuem Recht Fr. 640'000.- (Ziff. 1.2 Anhang 4 zum BöB). Im vorliegenden Fall beträgt das Beschaffungsvolumen Fr. 15'802'400.- (Bericht und Antrag vom 18. Oktober 2021, Ziff. 2.2), weshalb der geschätzte Wert des in Frage stehenden Auftrags über dem Schwellenwert für Dienstleistungen liegt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB). Zugleich wäre aber auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8'000'000.- erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB).

**2.6** 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.

**2.7** Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig. Ausserdem ist im Staatsvertragsbereich

das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig (vgl. E. 2.2 hiervor).

### 3.

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. 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).

**3.2** 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 der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB 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 Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"; Zwischenentscheid des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"). In der Botschaft zum BöB (BBI 2017 1851 ff., insb. S. 1981 f.) wird festgehalten, dass weder nach altem noch nach neuem Recht ein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist, und im Übrigen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen.

**3.3** 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. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Service für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen des Beschwerdeführers 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"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der Botschaft zum BöB namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1982; 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 (IVöB 1994/2001) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 – 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. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung 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"; Zwischenentscheid des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

#### 4.

**4.1** 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-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management" und B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA"; vgl. E. 3.3 hiervor).

**4.2** Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen 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).

**4.3** Sowohl die A. \_\_\_\_\_ AG als auch die B. \_\_\_\_\_ GmbH sind formell beschwert, denn sie haben gemeinsam eine Offerte eingereicht und am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Namentlich haben beide in ihrem Angebot eine Selbstauskunft ausgefüllt, in der sie sich als Einzelunternehmen bezeichnet haben (Vorakte "Offerte A. \_\_\_\_\_ AG; Anschreiben, Selbstauskunft, QMS-Unterlagen"). Das spricht dafür, dass sie sich als Bietergemeinschaft konstituiert haben und nicht die B. \_\_\_\_\_ GmbH von der A. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin beigezogen wird. Davon gehen die Verfahrensbeteiligten denn auch übereinstimmend aus (vgl. insbesondere die Vernehmlassung, Rz. 79 ff, sowie Stellungnahme der Beschwerdeführerseite vom 23. Dezember 2021, Rz. 13). Sie sind nicht nur beide Adressatinnen der angefochtenen Verfügung, sondern durch diese auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag ihnen nicht erteilt wurde.

## 4.4

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

Die Frage, ob der Beschwerdeführer eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 5.1.2 "Elementwand-systeme ETH").

**4.4.2** Die A. \_\_\_\_\_ AG begründet ihre Legitimation namentlich damit, dass sie gemäss Auskunft der Vergabestelle mit ihren Angeboten für nicht-schienengebundene Maschinen nach den Aussagen der Vergabestelle am Debriefing vom 1. November 2021 hinter den Angeboten der Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 (Erst- und Zweitplatzierte) die Dritt- und Viertplatzierte sei. Da gemäss den relevanten Ausschreibungsunterlagen keine schienengebundenen Maschinen vorgesehen seien, seien die Angebote der Zuschlagsempfängerinnen auszuschliessen, womit sie den Zuschlag für zwei ihrer Angebote erhalten würde (Beschwerde, Rz. 2 ff. i.V.m. Rz. 36).

**4.4.3** Die Vergabestelle führt dazu aus, mit einem Rückstand von 40 Punkten in der Gesamtbewertung zur zweitplatzierten Zuschlagsempfängerin habe die A. \_\_\_\_\_ AG ohnehin keine reelle Chance auf den Zuschlag. Damit übersieht die Vergabestelle allerdings, dass der Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen anbegehrt ist. Sollte die entsprechende Rüge erfolgreich sein, spielt der Punkterückstand im Unterschied zu klassischen

Bewertungsrügen entgegen der Darstellung der Vergabestelle keine Rolle mehr. Unbestritten ist, dass die Angebote der Beschwerdeführerseite nach den Zuschlagsempfängerinnen 1 und 2 (Erst- und Zweitplatzierte) den dritten und vierten Platz einnehmen (Bericht und Antrag vom 18. Oktober 2021, S. 14). Damit kann nicht gesagt werden, dass wegen der fehlenden realen Chance aller Wahrscheinlichkeit nach nicht auf die Beschwerde eingetreten werden kann (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur", je mit Hinweisen, sowie E. 4.1 hiervor). Zwar stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, aufgrund der fehlenden Beschränkung auf nicht-schienengebundene Maschinen gebe es keinen Grund für den Ausschluss. Indessen schliesst die Vergabestelle selbst nicht aus, dass die Ausschreibungsunterlagen insoweit aufgrund eines Versehens "nicht vollständig widerspruchsfrei" sind (Vernehmlassung, Rz. 101). Damit wird materiell zu prüfen sein, ob sich die Beschwerde in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet erweist und die Beschwerdeführerseite mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, einen allfälligen Widerspruch zu klären. Legitimationsrelevant ist indessen die Frage nach der Prozessrolle der B.\_\_\_\_\_ GmbH, auf welche im Folgenden einzugehen ist.

## 4.5

**4.5.1** Die Vergabestelle führt im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 29. November 2021 aus, nach der ständigen Praxis der Bundesgerichte seien Bietergemeinschaften nur dann zur Beschwerde legitimiert, wenn sämtliche Mitglieder gemeinschaftlich Beschwerde gegen den Vergabeentscheid erheben. Obwohl die A.\_\_\_\_\_ AG und die B.\_\_\_\_\_ GmbH im Rahmen der Offerte als Konsortialpartner aufgetreten seien, liege im Widerspruch dazu der Beschwerde keine Erklärung der Beschwerdeführerin 2 bei, wonach sie sich an der Beschwerde beteilige (Vernehmlassung, Rz. 79 ff.; Eingabe vom 13. Dezember 2021, Rz. 3 f.).

Die von der Beschwerdeführerin 1 nach Ablauf der Beschwerdefrist datierte und nachgereichte Vollmacht sei nicht geeignet, den Formfehler zu heilen. Anders als die Beschwerdeführerinnen annehmen, liessen sich wesentlich begangene prozessuale Fehler nicht mit Notfristen "heilen" (Eingabe vom 13. Dezember 2021, Rz. 5 ff.). Es sei zwar richtig, dass eine Eingabe nicht durch Nichteintreten zurückgewiesen werden dürfe, wenn sie bestimmte untergeordnete Formmängel aufweise. Dies sei vorliegend in-

dessen nicht der Fall, weil die vorliegend eingereichte Vollmacht nach Ablauf der Beschwerdefrist datiere (Eingabe vom 13. Dezember 2021, Rz. 8 ff.).

Ausserdem seien die Voraussetzungen einer nachträglichen Genehmigung nicht gegeben. Nach ständiger Lehre und Praxis sei allenfalls eine nachträgliche Genehmigung von fristgemäss vorgenommenen Handlungen vollmachtloser Vertreter zulässig. Dies setze jedoch voraus, dass der vollmachtlose Vertreter die Einreichung der Beschwerde erkennbar in fremdem Namen erhoben habe. An einer solchen Erkennbarkeit fehle es. Auf dem Rubrum der Beschwerde werde nur die Beschwerdeführerin 1 geführt (Eingabe vom 13. Dezember 2021, Rz. 13 ff.). Die Beschwerdeführerin 1 sei schliesslich nicht durch die Beschwerdeführerin 2 zur Prozessführung befugt. Es verstehe sich nicht von selbst, dass ein Rechtsvertreter namens und im Auftrag aller Mitglieder einer Bietergemeinschaft handle. Dies gelte umso mehr, wenn die übrigen Mitglieder in der Beschwerde, wie vorliegend, weder als Konsortialpartner noch als Beschwerdeführer bezeichnet würden (Eingabe vom 13. Dezember 2021, Rz. 20 ff.; Vernehmung, Rz. 90).

**4.5.2** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen, nach geltender Lehre und Praxis sei der Beschwerdeführerin im Rahmen einer Nachfrist Gelegenheit zu geben, eine Erklärung der anderen Mitglieder einer Bietergemeinschaft beizubringen. Entsprechend könne die fehlende Unterschrift beziehungsweise Vollmacht im Rahmen einer Nachfrist eingereicht werden. Die Beschwerdeführerin 2 habe bestätigt, sich als Beschwerdeführerin am vorliegenden Verfahren zu beteiligen und eine Vollmacht zu ihrer Vertretung nachgereicht. Es könne von vornherein keinen Unterschied machen, dass die schriftliche Vollmacht nach Ablauf der Beschwerdefrist datiere, da dieser Umstand gemäss der Praxis zur Zulässigkeit einer Nachfrist zwecks der Einholung einer fehlenden Unterschrift beziehungsweise Vollmacht geradezu inhärent sei. Ebenso unbedeutend sei die Bezeichnung der Beschwerdeführerin als solche. Der vorbehaltlose Beitritt der Konsortialpartnerin zur Beschwerde durch entsprechende Erklärung beziehungsweise Vollmacht könne somit nur so verstanden werden, dass die Beschwerdeführerin für das Konsortium Beschwerde führe (Replik, Rz. 10 ff., Rz. 13). Aus der Beschwerde gehe unmissverständlich hervor, dass die Beschwerdeführerin die Bietergemeinschaft vertrete. Für die vorliegende Frage der Vertretung der einfachen Gesellschaft in einem Beschwerdeverfahren sei der tatsächliche Konsens der Gesellschafter entscheidend. Bei einem unter einheitlicher Führung stehenden Familienkonzern sei naturgemäss von

vornherein nicht zu erwarten, dass sich die eine Konsortialpartnerin gegen die Beschwerde einer derselben Gruppe zugehörigen anderen Anbieterin stelle (Replik, Rz. 13 f.).

## 4.6

**4.6.1** Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts können Mitglieder einer nicht berücksichtigten Arbeitsgemeinschaft nur gemeinschaftlich gegen einen Vergabeentscheid Beschwerde führen (BGE 131 I 159 E. 5 "Progiel financier"). Dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in Abweichung von der Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) angeschlossen (BVGE 2008/7 E. 2.2.2 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Seither ist diese Rechtsprechung mehrfach bestätigt worden (Urteile des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 2 "Klimatisierung Guisanplatz", B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 2.1 "Entwicklungshilfe", B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.2 "Serviceanlage Herdern"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1308 mit Hinweisen; MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020, Rz. 192).

Auf das beschwerdeführende Konsortium findet das Recht der einfachen Gesellschaft Anwendung (Art. 530 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]; vgl. dazu auch BGE 131 I 153 E. 5.3 f. "Progiel financier"). Nach Art. 535 Abs. 3 OR ist zur Bestellung eines Generalbevollmächtigten und zur Vornahme von Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb der gemeinschaftlichen Geschäfte hinausgehen, die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter erforderlich, sofern nicht Gefahr im Verzuge liegt. Prozesshandlungen einer einfachen Gesellschaft – wie namentlich die Einreichung einer Beschwerde – können entsprechend nur gemeinsam und übereinstimmend vorgenommen werden (BGE 116 II 49 E. 4a; Urteil des BVGer B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.5 "Serviceanlage Herdern"; LUKAS HANDSCHIN, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 534 N. 2; vgl. auch VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 6 N. 11). Soweit die erforderlichen Gesellschaftsbeschlüsse respektive Bevollmächtigungen vorliegen, ist das nicht berücksichtigte Konsortium als Streitgenossenschaft ohne Weiteres zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.3 "Serviceanlage Herdern" mit Verweis auf BVGE 2008/7 E. 2.2.2 "Prestations de planification à Grolley/FR").

**4.6.2** Zur Rüge, den Beschwerdeführerinnen fehle die Legitimation, ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin 1 mit Beschwerde vom 11. November 2021 zunächst im eigenen Namen Beschwerde erhoben hat und im Rahmen der Begründung der Beschwerde darauf verweist, dass die Beschwerdeführerin 2 ebenfalls an der Offerte teilgenommen habe und beide Unternehmen Teil des schweizerischen Familienunternehmens E.\_\_\_\_\_ AG, (Sitz des Unternehmens), seien (Beschwerde, Rz. 7). Dass die Beschwerdeführerinnen Konsortialpartner sind und sich in der Offerte als solche zu erkennen gegeben haben, ist unbestritten (vgl. E. 4.3 hier vor).

**4.6.3** Die Beschwerdeführerin 1 reichte die Beschwerde vom 11. November 2021 ein und legte dieser die Vollmacht betreffend "Ausschreibung SBB Weichenschleifmaschinenleistungen etc." bei. Die Beschwerdeführerin 2 erklärte dagegen erst mit Eingabe vom 29. November 2021, sich am vorliegenden Verfahren zu beteiligen. Dazu reichte sie eine Vollmacht datierend vom 26. November 2021 betreffend die "Ausschreibung SBB Weichenschleifmaschinenleistungen etc." nach, mit der sie denselben Rechtsvertreter wie die Beschwerdeführerin 1 bevollmächtigt hat.

**4.6.4** Soweit die Vergabestelle dazu vorbringt, die am 29. November 2021 eingereichte Vollmacht der Beschwerdeführerin 2 sei verspätet und für dieses Beschwerdeverfahren nicht wirksam, kann ihr prima facie nicht gefolgt werden. Vielmehr kann die Erklärung einer Konsortialpartnerin, sich als Beschwerdeführerin am Verfahren zu beteiligen, und damit auch die entsprechende Vollmacht nach ständiger Praxis nachgereicht werden (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Entwicklungshilfe"). Dementsprechend sind die Beschwerdeführenden im Verfahren B-2561/2009 aufgefordert worden, eine entsprechende Erklärung der Konsortialpartnerinnen der Beschwerdeführerin 2 beizubringen, was indessen dazu geführt hat, dass sich eine derselben vom Beschwerdeverfahren ausdrücklich distanziert hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.6 "Serviceanlage Herdern"). Demnach ist die Tatsache, dass der Instruktionsrichter die Beschwerdeführerseite auch im vorliegenden Fall mit Verfügung vom 23. November 2021 um eine Stellungnahme zur Prozessrolle der B.\_\_\_\_\_ GmbH ersucht hat, so zu verstehen, dass es prima facie möglich erscheint,

dass sich die Konsortialpartnerin auch nachträglich noch als Beschwerdeführerin konstituieren können soll, womit ihre diesbezügliche Erklärung wohl nicht verspätet ist (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1308, sowie MARTIN BEYELER, Fokus Nr. 4 Bietergemeinschaften und Beschwerderecht, in: Baurecht 2009, S. 197 f.). Das gilt a fortiori auch für die dem Rechtsvertreter erteilte Vollmacht. Damit braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter auf die ratio legis von Art. 52 Abs. 2 VwVG eingegangen zu werden. Dasselbe gilt auch für den Umstand, dass auch ein Nichteintretensentscheid zur res iudicata führt, was dafür spricht, nicht leichthin von einem formellen Mangel auszugehen, der dazu führen würde, dass keine Nachfrist angesetzt werden darf (FRANK SEETHALER/FABIA PORTMANN, in Waldmann/Weissenberger, a.a.O., Art. 52 Rz. 108 i.V.m. Rz. 122 mit Hinweisen).

**4.7** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), wobei die SIMAP-Publikation fristauslösend war. Im den Beschwerdeführerinnen zugestellten Absageschreiben wurde diesbezüglich ausdrücklich auf die Publikation verwiesen. Ausserdem wurde der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**4.8** Zusammenfassend ergibt sich, dass das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits mit der Begründung abgewiesen werden kann, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

## **5.**

**5.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB hätten Anbieterinnen ein Gesamtangebot für den Beschaffungsgegenstand einzureichen, das der ausgeschriebenen Leistung entspreche. Der Ausschreibungsgegenstand betreffe nur nicht-schienegebundene Maschinen. Es dürfe ihnen daher kein Nachteil erwachsen, wenn sie ausschreibungskonform lediglich nicht-schienegebundene Maschinenleistungen offerieren (Beschwerde, Rz. 39, Rz. 41). Die Angebote der beiden Zuschlagsempfängerinnen würden demgegenüber gemäss der mündlichen Aussage im Debriefing vom 1. November 2021 ausschliesslich Dienstleistungen mit schienegebundenen Maschinen aufweisen. Damit würden diese Angebote nicht dem Ausschreibungsgegenstand entsprechen und seien von der vorliegenden Ausschreibung auszuschliessen (Beschwerde, Rz. 45).

**5.2** Die Beschwerdeführerinnen erläutern, der Ausschreibungsgegenstand ergebe sich im vorliegenden Fall klar aus den Ausschreibungsunterlagen und umfasse lediglich nicht-schienengebundene Maschinen. Namentlich aus der Excel-Tabelle im Leistungsverzeichnis der zulässigen Maschinenkategorien ("Maschinenbeschreibung/ Description de la machine") seien beim Typ "Maschinenkategorie" lediglich die Optionen "Zweiwegefahrzeug", "Ausgleisbare selbstfahrende Maschine" und "Manuell bewegte Kleinmaschine" per Dropdown-Menü auswählbar gewesen. Aus der gelben Hinterlegung des entsprechenden Feldes in der Excel-Tabelle habe sich ergeben, dass es sich hierbei für die Anbieterinnen um ein Pflichtfeld handle. Hätte die Vergabestelle auch schienengebundene Maschinentypen in der vorliegenden Ausschreibung zulassen wollen, so hätte sie die gewünschten Maschinentypen in die entsprechende Auswahl aufnehmen müssen (Beschwerde, Rz. 40 f.).

**5.2.1** Das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung", das die Vergabestelle anführe, vermöge den Beschaffungsgegenstand nicht auszuweiten. In Ziff. 1.1.1 des Pflichtenhefts "Schienenbearbeitung" würden als Leistungen von schienengebundenen Gleisbaumaschinen vier mögliche Leistungstypen beschrieben. Die vorliegend strittige Leistung sei lediglich die 4. Untergruppe, das Weichenschleifen. Auch bei den Leistungen von nicht-schienengebundenen Gleisbaumaschinen würden in Ziff. 1.1.2 des Pflichtenhefts "Schienenbearbeitung" vier mögliche Leistungstypen beschrieben, wobei es bei der vorliegenden Beschaffung wiederum lediglich um die 2. Kategorie, das Weichenschleifen, gehe. Da der Beschaffungsgegenstand vorliegend Schienenbearbeitung in Weichen und nicht in Gleisen umfasse, seien zudem sämtliche Ausführungen in Ziff. 1.3, Ziff. 2.1, Ziff. 3.1 sowie Ziff. 4.1 des Pflichtenhefts "Schienenbearbeitung" für die vorliegende Ausschreibung vollkommen irrelevant (Replik, Rz. 32).

Aus dem Inhalt des generischen Pflichtenheftes "Schienenbearbeitung" resultiere somit keine Ausweitung des Beschaffungsgegenstandes. Die genannte Festlegung der von den Anbieterinnen im Sinne eines numerus clausus auswählbaren Maschinentyps ginge den allgemeinen Bestimmungen vor. Dass es sich bei dem Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" um ein Standarddokument der SBB handle, ergebe sich aus Ziff. 4.1 des Pflichtenhefts "Allgemeine Festlegungen", welches auf die vier Standardpflichtenhefte der SBB, mitunter auf das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung", verweise (Replik, Rz. 32 f.).

**5.2.2** Auch die Umstände würden darauf hindeuten, dass mit der vorliegenden Ausschreibung Kleinmaschinen beschafft werden sollten, weil die vorliegende Beschaffung 21-422 auf die Beschaffung "17-422 Schienenbearbeitung mit Kleinmaschinen" folge. So würde das Dropdown-Menü der vorliegenden Ausschreibung 21-422 demjenigen in der früheren Ausschreibung 17-422 entsprechen. Die Beschwerdeführerinnen haben sich auf den Auftrag 17-422 bezogen, als sie mit der Vergabestelle korrespondiert hätten und wenige Tage später die vorliegende Beschaffung auf SIMAP veröffentlicht worden sei. Der Vertrag 17-422 sei entsprechend der Ausschreibung 17-422 für die Beschaffung von Dienstleistungen für Kleinmaschinen auf Ende 2021 ausgelaufen und habe nicht verlängert werden können. Die Projektnummern 21-422 und 17-422 würden darauf hindeuten, dass eine Folgebeschaffung für den ausgelaufenen Vertrag 2017/2018 vorliege. Schliesslich seien gewisse Kriterien (namentlich Angaben zum Platz- bzw. Zeitbedarf für das Ein- und Ausgleisen) in den Ausschreibungsunterlagen spezifisch auf nicht-schienegebundene Maschinentypen zugeschnitten. Die Vermutung liege deshalb nahe, dass die Vergabestelle die Unterlagen aus der Beschaffung 17-422 wiederverwendet habe (Beschwerde, Rz. 42). Des Weiteren ergebe sich auch aus der unmissverständlichen Kommunikation der Vergabestelle im Vorfeld der Ausschreibung, wonach die Ausschreibung im Verfahren 17-422 zwischen Mitte April und Anfang Mai 2021 auf SIMAP publiziert werde, dass es sich bei der vorliegenden Beschaffung um eine Folgebeschaffung der im damaligen Verfahren 17-422 beschafften Leistungen nicht-schienegebundener Maschinen handelt (Replik, Rz. 36).

**5.2.3** Der Ausschreibungsgegenstand sei ferner deshalb auf nicht-schienegebundene Maschinen beschränkt, weil die Leistungsdaten von schienegebundenen und nicht-schienegebundenen Maschinen konstruktionsbedingt deutlich divergieren würden. Während schienegebundene Grossmaschinen in Bezug etwa auf Leistungsdaten wie Kilometer bearbeiteter Schienen pro Stunde die Kleinmaschinen deutlich übertreffen, seien sie nicht ausgleisbar, deutlich schwerer und deshalb gerade in der Handhabung und der Flexibilität der Einsatzweise für das Schleifen von (in der Regel verhältnismässig "kurzen") Weichen und Weichennestern, die jedoch eine hohe Zahl an sich kreuzenden Schienen enthalten, wenig geeignet. Daraus erhellte, dass neben den klaren Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen auch sämtliche übrigen Umstände darauf hindeuten, dass die Ausschreibung der Vergabestelle 21-422 auf die Beschaffung von Dienstleistungen von Kleinmaschinen (d.h. nicht-schienegebundener Maschinen) ausgerichtet war (Beschwerde, Rz 42.6, 43).

**5.2.4** Schliesslich geben die Beschwerdeführerinnen an, angesichts der nicht weiter ausgeführten Kurzantwort "SBB-Führerlizenz" in Frage 34, wonach namentlich Lokführer eine SBB-Führerlizenz besitzen sollen, hätten keine Rückschlüsse auf einen allfälligen Fehler der Vergabestelle in den Unterlagen gezogen werden können oder müssen, denn auch die Fahrer der Beschwerdeführerinnen benötigten eine Lizenz für sogenannte Triebfahrzeugführende für das Fahren mit nicht-schienenengebundenen Maschinen (Replik, Rz. 39).

**5.3** Nachdem sich die Zuschlagsempfängerin 1 nicht als Partei konstituiert hat, ist nicht näher darauf einzugehen, mit welcher Begründung sie zum Schluss kommt, dass Dienstleistungen mit schienenengebundenen Maschinen (SN EN 14003) offensichtlich zu den von der Ausschreibung erfassten Leistungen gehören.

## **5.4**

**5.4.1** Die Vergabestelle bringt vor, die Ausschreibung sei maschinentypneutral erfolgt, das heisst ohne die Ausschreibung auf eine bestimmte Art oder Kategorie der dargestellten Maschinen einzuschränken. Dies ergebe sich aus Ziff. 1.3 der Ausschreibungsbedingungen und bereits die Titelseite des Pflichtenheftes stelle klar, dass alle verfügbaren Maschinentypen in die Ausschreibung eingeschlossen seien und angeboten werden könnten. Die Typenneutralität ergebe sich auch aus den weiteren Ausschreibungsunterlagen, zum Beispiel werde als Eignungskriterium von den Anbieterinnen verlangt, drei Referenzen über vergleichbare maschinelle Gleisbauarbeiten nachzuweisen. Auch die auf die angebotenen Maschinen zugeschnittenen Zuschlagskriterien 2 "Leistungsfähigkeit der Maschine" und 3 "Relevanter Zusatznutzen/-erschwerisse der Maschine" seien technologie- und typenneutral formuliert (Vernehmlassung, Rz. 45 ff., Rz. 48, Rz. 50).

**5.4.2** Ausserdem ergebe sich die Typenneutralität aus dem von den Anbieterinnen auszufüllenden Leistungsverzeichnis. Insgesamt seien über 20 Felder aus den Blättern Maschine und Maschinengruppe frei befüllbar gewesen. Im Excel-Sheet habe sich nur beim Feld "Maschinenkategorie" bedauerlicherweise ein Programmierfehler in die Ausschreibungsunterlagen eingeschlichen. An dieser Stelle habe das Excel Sheet fälschlicherweise ein auf die Auswahlmöglichkeiten "Zweiwegefahrzeug", "ausgleisbare, selbstfahrende Maschine" und "manuell bewegte Kleinmaschine" beschränktes Dropdown-Menü vorgesehen. Nicht zuletzt habe auch der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Vertragsentwurf in den Ziffern

14.2 und 14.3 Vergütungsbestimmungen enthalten, die sich explizit auf schienengebundene Maschinen beziehen. Auch aus der Tatsache, dass in den Ausschreibungsunterlagen eine Pflichtangabe zu Arten des Eingleisens verlangt war, könne nicht gefolgert werden, die Ausschreibung beschränke sich auf nicht-schienengebundene Maschinen. Es gebe umgekehrt auch Pflichtangaben, die nur auf schienengebundene Maschinen zutreffen wie die Felder "Zugsicherungssysteme", "Anfahrtsdauer für 10km" und "Rückfahrtsdauer". Ausserdem seien ungeachtet des Drop-Down Menüs tatsächlich auch schienengebundene Maschinen offeriert worden (Vernehmlassung, Rz. 45 ff.).

**5.4.3** Es treffe ferner nicht zu, dass die gleichzeitige Ausschreibung von schienengebundenen und nicht-schienengebundenen Leistungen wenig Sinn ergebe, da die Einsatzbereiche angeblich so unterschiedlich seien. Im Gegenteil würden auch Schleifzüge dazu eingesetzt, "kurze" Weichen zu schleifen. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe zudem eindeutig hervor, dass der ausgeschriebene Bedarf an Schleifleistungen auch durch schienengebundene Maschinen gedeckt werden kann. Das von den Beschwerdeführerinnen bemühte Dropdown-Menü sei nicht geeignet, den über die gesamten Ausschreibungsunterlagen hinweg klar funktional bzw. typenneutral bestimmten Ausschreibungsgegenstand anders zu definieren (Vernehmlassung, Rz. 106 ff.).

**5.4.4** Die unzutreffenden Mutmassungen der Beschwerdeführerinnen, welcher Bedarf der Vergabestelle vor dem Hintergrund vergangener Vergabeverfahren wohl gegeben sei, würden neben der Sache liegen. Das von der Beschwerdeführerinnen genannte Einladungsverfahren ("17-422") sei unter dem Titel "Schienenbearbeitung mit *Kleinmaschinen*" geführt worden, unter denen die Beschwerdeführerinnen nachweislich nicht-schienengebundene Maschinen verstehe. Die streitgegenständliche Ausschreibung erfolge ohne eine solche Einschränkung. Vielmehr laute der Ausschreibungsgegenstand funktional "21-422 Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschinenleistungen" (Vernehmlassung, Rz. 98 ff., 102 ff.).

**5.4.5** Hätten die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich Zweifel gehabt, dann hätten sie sich dazu äussern müssen. Die Beschwerdeführerinnen hätten beim Studium des Frage-Antwortkatalogs erkennen müssen, dass auch schienengebundene Maschinen von Relevanz sind. So werde mit Frage 34 explizit danach gefragt, welche Führerlizenz die Firmen-Lokführer auf dem Schienennetz besitzen müssten (Vernehmlassung, Rz. 58 ff.).

## 5.5

**5.5.1** Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

**5.5.2** Nach Art. 7 Abs. 1 VöB umschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen nach Artikel 30 BöB, so ausführlich und klar wie nötig (vgl. dazu auch Art. 16a Abs. 1 und 3 aVöB sowie BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Aus den Erläuterungen zur VöB vom 12. Februar 2020 (S. 9) ergibt sich dabei klar, dass damit insoweit die Regelung des früheren Art. 16a aVöB übernommen werden soll ([https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches\\_Beschaffungswesen/Erlaeuterungen\\_d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen\\_zur\\_voeb.pdf](https://www.bkb.admin.ch/dam/bkb/de/dokumente/Oeffentliches_Beschaffungswesen/Erlaeuterungen_d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_zur_voeb.pdf), zuletzt besucht am 27. April 2022). Die Ausschreibungsunterlagen müssen alle Informationen enthalten, welche die Anbieter benötigen, um korrekte Angebote einreichen zu können. Sie müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbescrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung. Die technischen Spezifikationen (vgl. Art. X GPA) definieren die Anforderungen an ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung (Urteil des BVGer

B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.1.2 "Mediamonitoring ETH II"; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2021, Art. 30 BöB N. 1 f., Art. 36 BöB N. 5; FETZ/STEINER, a.a.O., Rz. 108). Dabei gibt es keinen Rechtsanspruch auf optimale Ausschreibungsunterlagen; indessen ist in der Unterschreitung des diesbezüglichen Mindeststandards eine Rechtsverletzung zu sehen (Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 9.6 "Produkte zur Aussenreinigung II").

**5.5.3** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem A9"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). 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 (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 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv").

## 5.6

**5.6.1** Die Beschwerdeführerinnen betonen zunächst die Bedeutung der Vorgeschichte in Bezug auf die Interpretation der zu beurteilenden Ausschreibungsunterlagen. Die vorliegend strittige Ausschreibung stelle die Folgebeschaffung zur Beschaffung mit der Nummer 17-422 dar und daraus ergebe sich, dass die Ausschreibung von Kleinmaschinen beabsichtigt gewesen sei (vgl. auch E. 5.2.2 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen legen dazu den Entwurf eines Rahmenvertrags 17-422 betreffend Schienenbearbeitung mit kleinen Maschinen ins Recht. Sie haben indessen in diesem Einladungsverfahren den Zuschlag nicht erhalten. Nachdem sie von Mängeln in der Vertragsausführung erfahren habe, habe sie mit der Vergabestelle Kontakt aufgenommen und ihr Interesse daran bekundet, ab 2021 Schleifarbeiten für die Vergabestelle auszuführen. Die Vergabestelle habe diesbezüglich zunächst erklärt, dass der Vertrag um weitere 5 Jahre verlängert worden sei und darum bis 2024 nicht ausgeschrieben werde. Die

Beschwerdeführerinnen wiederum haben die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass der Vertrag maximal bis Ende 2020 verlängert werden könne. Daraufhin habe die Vergabestelle mitgeteilt, dass eine Ausschreibung in Vorbereitung sei und Mitte April bis Anfang Mai (2021) auf SIMAP publiziert werde. Auf ein weiteres Mail der Beschwerdeführerin vom 18. Mai 2021 habe die zuständige Einkäuferin nicht mehr reagiert. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass für den Fall, dass mit der vorliegenden Beschaffung nicht die Beschaffung von Kleinmaschinen intendiert gewesen sei, die Angaben der Vergabestelle unzutreffend gewesen wären (Beschwerde, Rz. 42.2). Da sie gestützt auf frühere Beschaffungsverfahren keine Leistungen mehr beziehen dürfen, sei die Neuausschreibung der entsprechenden Leistungen nahegelegen (Beschwerde, Rz. 42.3; Replik, Rz. 5). Auch liege die Vermutung nahe, dass die Vergabestelle die Unterlagen aus besagtem Verfahren für die vorliegende Ausschreibung wiederverwendet habe (Beschwerde, Rz. 42.5). Die Beschwerdeführenden müssten sich auch nicht gefallen lassen, auf eine weitere Ausschreibung zum gleichen Ausschreibungsgegenstand vertröstet zu werden (Replik, Rz. 37).

**5.6.2** Die Vergabestelle führt diesbezüglich aus, der extensive Vortrag der Beschwerdeführerinnen zur angeblichen "Vorgeschichte" könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass die entsprechenden Behauptungen für die Anfechtung der Zuschlagsverfügung im Vergabeverfahren "21-422 Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschinenleistungen" ohne Relevanz seien. Gegenstand der Beschwerde sei das Projekt 21-422. Allfällige frühere Vergabeverfahren oder zukünftig von der Vergabestelle in Planung befindliche Ausschreibungen im Bereich der Schienen- und Weichenbearbeitung seien für die (summarische) Beurteilung der Erfolgsaussichten der Anfechtung des Zuschlagsentscheids 21-422 ohne Bedeutung (Stellungnahme, Rz. 9).

**5.6.3** Soweit sich die Vergabestelle mit der Behauptung, die Vorgeschichte sei irrelevant, sinngemäss auf den Standpunkt stellt, dass Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen strikte aus sich selbst heraus auszulegen sind ohne Berücksichtigung der bilateralen Kommunikation mit den Anbietern, kann ihr in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. So hat das Gericht beispielsweise geprüft, ob die Vergabestelle im Rahmen von Verhandlungen im Ergebnis Anpassungen in Bezug auf die technischen Vorgaben vorgenommen hat (Urteil des BVGer B-2675/2012 E. 3.7.5 f. "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"). Aber auch sonst ist es nicht ausgeschlossen,

dass sich aus dem Kommunikationsverhalten im Kontext eines Beschaffungsverfahrens eine Vertrauensgrundlage ergibt (Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 6.4.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II").

**5.6.4** Im vorliegenden Fall hat sich die Beschwerdeführerin 1 gegenüber der Vergabestelle auf den Standpunkt gestellt, dass ein weiterer Leistungsbezug (von nicht-schienegebundenen Kleinmaschinen) aus der Beschaffung 17-422 rechtswidrig sei. Die Vergabestelle hat zunächst auf einem weiteren Leistungsbezug aus dieser Ausschreibung beharrt, dann aber unbestrittenermassen mit an die Beschwerdeführerin 1 gerichteter Mitteilung vom 29. März 2021 eine neue Ausschreibung (meint: für Kleinmaschinen wie gemäss der Beschaffung 17-422) Mitte April bis Anfang Mai (2021) in Aussicht gestellt. Indessen ist ebenso unbestritten, dass die Beschwerdeführerin 1 sich mit elektronischer Mitteilung vom 18. Mai 2021 nach der geplanten Ausschreibung erkundigt und auf diese Mail keine Antwort erhalten hat. Das ist zwar seitens der Vergabestelle nicht die feine englische Art, aber gerade kein Indiz für eine Vertrauensgrundlage. Wäre der Austausch von Mitteilungen mit dem Mail der Vergabestelle vom 29. März 2021 abgeschlossen gewesen, wäre es denkbar, dass die Beschwerdeführerseite aus der Kommunikation den Schluss ziehen durfte, dass mit der vorliegend in Frage stehenden Ausschreibung Kleinmaschinen beschafft werden sollen. Nachdem die Vergabestelle auf die Mitteilung vom 18. Mai 2022 nicht reagiert hat – was sie leicht hätte tun können, wenn die geplante Ausschreibung unmittelbar bevorgestanden hätte –, war dieser Umstand eher Anlass zu Misstrauen. Folgerichtig konnte das Stillschweigen der Vergabestelle – soweit diesem ein Erklärungsgehalt zukommt – nur dahin gedeutet werden, dass sie die weitere Korrespondenz über die in Frage stehende Angelegenheit nicht wünsche. Und dass es nach der Praxis der Vergabestelle auch Schleifausschreibungen für maschinengebundene Maschinen oder typenneutrale Ausschreibungen gibt, haben die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht bestritten. Das Gesagte gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die Kurzbeschreibung des Beschaffungsvorhabens 21-422 den Begriff "Kleinmaschinen" ausdrücklich nicht mehr enthält und das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" 17-422 vom 15. Dezember 2017 (Beschwerdebeilage 14) im Unterschied zum vorliegend zu beurteilenden Pflichtenheft im Titel explizit keine schienegebundenen "Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033" umfasst (vgl. dazu E. 5.7.4 hiernach). Damit können die Beschwerdeführerinnen aus der "Vorgeschichte" prima facie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Demnach ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht weiter auf die Frage einzugehen, inwieweit in die im Verfahren

B-1706/2022 durch die Beschwerdeführerinnen ebenfalls angefochtene Ausschreibung vom 18. März 2022 mit der SIMAP-Meldungsnummer 1241843 in Bezug auf deren Los 2 "Weichenschleifleistungen durch Zweiwege Maschinen (gemäss SN EN 15746)" ganz oder teilweise der der Beschwerdeführerin in Aussicht gestellten Ausschreibung entspricht.

Die Beschwerdeführerinnen vertreten – und das ist das Kernargument der Beschwerde – die Auffassung, aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar, dass keine Leistungen von schienengebundenen Fahrzeugen beschafft werden sollten (insb. Beschwerde, Rz. 41, und Replik, Rz. 5). Damit rügen sie nicht, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht hinreichend klar oder gar widersprüchlich seien, was allenfalls bereits mit dieser Begründung zur Rückweisung an die Vergabestelle führen müsste (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Damit ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht näher auf Art. 53 Abs. 2 BöB einzugehen, wonach Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung (etwa im Sinne einer diskriminierenden technischen Spezifikation) erkennbar ist, (neu) zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen (vgl. dazu Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1979 f., sowie das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 in fine "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I"). Demnach braucht auch nicht geprüft zu werden, ob auch die Erkennbarkeit der Unklarheit dazu führt, dass die Ausschreibungsunterlagen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen. Dasselbe gilt für die Auffassung der Vergabestelle, wonach die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf Treu und Glauben gehalten gewesen wären, allfällige Fragen im Rahmen der Fragerunde anzusprechen bzw. zu klären. Es bleibt also im Folgenden zu prüfen, wie die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen auszulegen bzw. zu verstehen sind.

## **5.7**

**5.7.1** Vorab sind die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen darauf hin zu prüfen, ob sie Hinweise zur Klärung der Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand bieten. Ausgangspunkt ist dabei die SIMAP Publikation vom 31. Mai 2021 (Meldungsnummer 1181977). Nach deren Ziffer 2.6 "Gegenstand und Umfang des Auftrags" wird dieser wie folgt definiert:

Diese Ausschreibung dient der Auftragsvergabe von Maschinenleistungen im Bereich des maschinellen Gleisbaus und Gleisunterhalts in der Kategorie Schienenbearbeitung, Weichenschleifen für die SBB AG und die BLS Netz AG. Die Bearbeitung von Weichen umfasst Vignolschienen, Herzstücke

und halbe Zungenvorrichtungen. Der Vertrag hat eine Laufzeit vom 01.01.2022 bis 31.12.2025. Der beigelegte Rahmenvertrag der SBB inklusive AGB und Anhänge gilt inhaltlich auch für die Leistungen des Zuschlagempfinders gegenüber der BLS Netz AG. Die Disposition der Weichenschleifmaschine erfolgt durch die SBB AG.

**5.7.2** Im Weiteren geben die Ausschreibungsunterlagen Aufschluss über den Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung. Die Ausschreibungsbedingungen vom 7. Mai 2021 halten unter dem Titel "Unterlagen der Offertanfrage" fest, dass die Offertanfrage aus vier Dokumententeilen besteht, nämlich den vorliegenden "Ausschreibungsbedingungen", dem "Pflichtenheft bzw. Lastenheft" samt Beilagen, den "Verträgen/AGB" samt Anhängen sowie dem "Offertformular, Preis und Leistungsverzeichnis".

**5.7.3** Die Ausschreibungsbedingungen präzisieren unter Ziff. 1.3 "Management Summary des Projektes" die Ausschreibung wie folgt (Auszug):

Diese Ausschreibung dient der Auftragsvergabe für die Beschaffung von Gleisbaumaschinenleistungen mittels einer oder mehreren Weichenschleifmaschinen. Die Bearbeitung von Weichen umfasst Vignolschienen, Herzstücke und halbe Zungenvorrichtungen. [...]

Aus den Ausschreibungsbedingungen vom 7. Mai 2021 ergibt sich im Weiteren, dass die Gleisbaumaschinenleistungen mittels einer oder mehrerer Weichenschleifmaschinenleistungen geschehen soll (Ziff. 1.3 der Ausschreibungsbedingungen).

**5.7.4** Den Ausschreibungsunterlagen sind ferner die Pflichtenhefte "Allgemeine Festlegungen" (ohne Datum) und "Schienenbearbeitung" vom 23. Januar 2021 beigelegt. Das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" vom 23. Januar 2021 trägt den Titel:

"Pflichtenheft

- Schienenbearbeitung mit Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033,
- Zweiwegefahrzeugen nach SN EN 15746,
- ausgleisbaren Maschinen nach SN EN 15955,
- tragbaren Maschinen und Rollwagen nach SN EN 13977"

Das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" führt im Kapitel 1.1.1 "Leistungen von Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033" auf, welche Leistungen von

Maschinen nach SN EN 14033 durchgeführt werden, worunter unter Ziffer 4 auch "Arbeiten zur Bearbeitung von Weichen und zur Behebung von Einzelfehlern" aufgeführt werden (Auszug):

#### 1.1.1 Leistungen von Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033

Die Leistung erfasst Arbeiten zur spanabhebenden Bearbeitung der Schiene, wie Schleifen, Fräsen oder Hobeln. Es werden mehrere verschiedene Arbeitsgattungen durchgeführt, für welche jeweils unterschiedliche Baudienstfahrzeuge zum Einsatz kommen.

[...]

#### 4. Arbeiten zur Bearbeitung von Weichen und zur Behebung von Einzelfehlern

Zur Bearbeitung von Weichen und zur Behebung von lokal begrenzten Einzelfehlern kommen typischerweise andere gleisfahrbare Maschinen zum Einsatz als im Streckengleis.

Das Kapitel 1.1.2 des Pflichtenhefts "Schienenbearbeitung" betrifft demgegenüber die Leistungen, die durch die Maschinen nach SN EN 15746, SN EN 15955 oder SN EN 13977 erbracht werden sollen. Dabei wird die Weichenbearbeitung als Leistung aufgeführt und es wird erläutert, dass nicht-schienengebundene Maschinen insbesondere dann zum Einsatz gelangen sollen, wenn es sich nicht lohnt, schienengebundene Maschinen zu verwenden:

#### 1.1.2 Leistungen von Maschinen nach SN EN 15746, SN EN 15955, oder SN EN 13977

Die auszuführenden Arbeiten sind üblicherweise in einem Umfang, welcher den Einsatz einer schienengebundenen Gleisbaumaschine nicht rechtfertigt, weil deren Schichtleistung nur ungenügend ausgenützt würde. Deswegen sollen ein- und ausgleisbare Maschinen oder Geräte eingesetzt werden. Es werden mehrere verschiedene Arbeitsgattungen durchgeführt:

[...]

#### 2. Arbeiten zur Bearbeitung von Weichen

Hier werden Arbeiten im Rahmen von Neulagenschleifen ganzer Weichen oder nach einem Ersatz von einzelnen Weichenbauteilen und im regulären Weichenunterhalt ausgeführt. Es sind insbesondere Arbeiten in Vorbahnhöfen grösserer Bahnhöfe geplant.

**5.7.5** Im Leistungsverzeichnis "Weichenschleifmaschinenleistungen 2022" wird im Blatt "Maschinenbeschreibung" zunächst die Angabe der "Maschinenkategorie" und der "Gattung" verlangt, wobei nur die Kategorie "Schienenbearbeitung" und die Gattung "Schienenschleifmaschinen Weichen" ausgewählt werden kann. Danach folgen mehrere Felder, in denen die Maschinen weitergehend beschrieben werden, wie zum Beispiel das Feld "Nachrüstungen". Im Feld "Maschinenkategorie" können nach insoweit übereinstimmenden Angaben der Parteien nur nicht-schienengebundene Maschinen ausgewählt werden (vgl. Beschwerde, Rz. 40; Vernehmlassung, Rz. 53).

**5.7.6** Ferner bildet der Teil "Verträge/AGB" samt dazugehörigen Anhängen einen Bestandteil der Unterlagen. Der Vertragsentwurf vom 14. Dezember 2021 hat das Folgende zum Vertragsgegenstand (Ziff. 1):

Der vorliegende Rahmenvertrag regelt die Bedingungen für die Weichenschleifmaschineleistungen, die während der Vertragsdauer erbracht werden.  
[...]

Die Ziffern 14.2 "Transportbestimmungen" und 14.3 "Vergütungsregelung bei Transporten von schienengebundenen Fahrzeugen" enthalten dagegen lediglich Hinweise zur Vergütung beim Transport solcher Maschinen, wobei prima facie sowohl der Transport schienengebundener als auch derjenige nicht-schienengebundener Maschinen erfasst wird.

## **5.8**

**5.8.1** Aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich nach dem Gesagten unbestrittenermassen, dass die Dienstleistung "Weichenschleifmaschineleistungen" ausgeschrieben wird, wie dies auch übereinstimmend aus den Ausschreibungsbedingungen, dem Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" und dem Vertragsentwurf hervorgeht.

**5.8.2** Insbesondere aus dem Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" ergibt sich prima facie zusätzlich, dass das Weichenschleifen sowohl durch schienengebundene Maschinen als auch durch nicht-schienengebundene Maschinen ausgeführt werden kann. Das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" verweist bereits prominent auf der Titelseite mit dem Titel "Schienenbearbeitung mit [...] Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033 [...]" und demnach mit schienengebundenen Maschinen, darauf, dass diese Maschinenart erfasst wird (vgl. E. 5.7.4 hiervor). Zusätzlich wird in Kapitel "1.1 Leis-

tungen von Gleisbaumaschinen" in Ziff. 4 darauf verwiesen, dass die Bearbeitung von Weichen eine Leistung von schienengebundenen Maschinen nach SN EN 14033 darstellt. Auch im Kapitel "1.1.2 Leistungen von Maschinen nach SN EN 15746, SN EN 15955, oder SN EN 13977", in dem die Leistungen durch nicht-schienengebundene Maschinen beschrieben werden, wird auf schienengebundenen Maschinen nach SN EN 14033 Bezug genommen und ausgeführt, dass solche Maschinen dann zum Einsatz gelangen, wenn es sich nicht rechtfertigt, die nicht-schienengebundenen Maschinen beizuziehen. Die Bearbeitung von Weichen würde zum Beispiel in Vorbahnhöfen grösserer Bahnhöfe durch die nicht-schienengebundenen Maschinen erfolgen. Somit wird das Schleifen mit schienengebundenen Maschinen unter Nennung der Gründe, weshalb und wann schienengebundene Maschinen zum Weichenschleifen beigezogen werden, im Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" ausdrücklich als mögliche Variante einer Maschine für die zu erbringenden Weichenschleifleistungen erwähnt.

Den Beschwerdeführerinnen hätte die Auflistung der Maschinentypen besonders auffallen müssen, weil sie sich darauf berufen, die vorliegende Beschaffung sei eine Folgebeschaffung zur Beschaffung 17-422 (Beschwerde, Rz. 26 ff.). Diese Beschaffung weist im Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" 17-422 gerade nicht die schienengebundenen Maschinen auf (vgl. Beschwerdebeilage Nr. 14 und E. 5.6.4 hiervor).

Die Beschwerdeführerinnen bringen dagegen vor, das Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" sei ein Standarddokument, das situativ angepasst werde und damit generisch sei. Es erscheint vor dem Hintergrund, dass Weichenschleifmaschineleistungen ausgeschrieben werden (vgl. E. 5.8.1 hiervor) prima facie tatsächlich nicht restlos klar, weshalb im Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" neben der "Schienenbearbeitung in Weichen" auch die "Schienenbearbeitung in Gleisen" aufgeführt wird. Ausserdem wird im Kapitel "1.1 Leistungen von Gleisbaumaschinen nach SN EN 14033" das "Arbeiten zur Bearbeitung von Weichen und zur Behebung von Einzelfehlern" als eigene Arbeitsgattung aufgeführt, womit prima facie davon auszugehen ist, dass die weiteren Arbeitsgattungen nicht die Bearbeitung von Weichen betreffen. Soweit es sich beim Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" tatsächlich um ein Standarddokument handeln sollte, wäre es aber dennoch in Bezug auf die relevanten Passagen, namentlich diejenigen betreffend "Weichenschleifmaschineleistungen" (vgl. E. 5.8.1 hiervor), anwendbar und aussagekräftig. Dabei sieht namentlich das Kapitel 1.1.1 für die Weichenschleifmaschineleistungen auch den Einsatz von schienengebundenen Maschinen vor, indem es die Leistung durch diese Maschinen für die

Arbeitsart "Schleifen" und die Arbeitsgattung "Bearbeitung von Weichen und zur Behebung von Einzelfehlern" umfasst. Insofern ergibt sich aus dem Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" prima facie, dass schienengebundene Maschinen für das Weichenschleifen eingesetzt werden können. Selbst wenn in dieser Passage der Ausschreibungsunterlagen eine rein generische Angabe zu sehen wäre, könnte diese zwar nicht dazu dienen, andere Passagen zu entkräften. Aus derselben könnte dann aber jedenfalls auch nichts abgeleitet werden dahingehend, dass vorliegend nur nicht-schienengebundene Maschinen beschafft werden sollen.

### **5.8.3**

**5.8.3.1** Aus dem Leistungsverzeichnis "Weichenschleifmaschinenleistungen 2022", namentlich aus dem Blatt "Maschinenbeschreibung" im Feld "Maschinenkategorie", ergibt sich nach der Auffassung der Beschwerdeführerinnen, dass die Ausschreibung nur die Kategorien nicht-schienengebundener Maschinen betrifft. Klicke man auf das Feld "Maschinenkategorie", so erscheine die Auswahl verschiedener Maschinentypen, wobei die schienengebundenen Maschinen nach SN EN 14033 nicht aufgeführt würden (Beschwerde, Rz. 40).

**5.8.3.2** Die Vergabestelle räumt im Ergebnis ein, dass sich die Anbietenden wohl gewisse Fragen gestellt hätten, wenn allein auf das Feld "Maschinenkategorie" abzustellen wäre (vgl. dazu auch E. 4.4.3 hiervor). Es habe sich bedauerlicherweise ein Programmierfehler in den Ausschreibungsunterlagen eingeschlichen (Vernehmlassung, Rz. 53). Es ist unbestritten, dass dadurch in dem diesbezüglich anklickbaren Dropdown-Menü keine schienengebundene Maschine ausgewählt werden konnte. Die Vergabestelle geht davon aus, dass es demnach möglich ist, dass die entsprechende Passage im Widerspruch zur übrigen Ausschreibung steht; allerdings sei dieser Widerspruch erkennbar (Vernehmlassung, Rz. 110).

**5.8.3.3** Der Liste im Blatt "Maschinenbeschreibung", Feld "Maschinenkategorie", kommt prima facie allerdings keine zentrale Bedeutung zu. So wird das Feld "Maschinenkategorie" auf dem Blatt "Maschinenbeschreibung" nicht besonders hervorgehoben. Ferner enthält die "Maschinenbeschreibung" im Unterkapitel "Maschinenbeschreibung" das Feld "Maschinenkategorie". Bei der "Maschinenkategorie" handelt es sich wiederum um ein einzelnes Feld, das von einer Vielzahl weiterer auszufüllender Felder im Kapitel "Maschinenbeschreibung" umgeben ist. Schliesslich sticht das Feld

"Maschinenkategorie" auch nicht graphisch hervor, weil die "Maschinenkategorie" nur klein gedruckt ist. Dies spricht prima facie dafür, dass das Feld alleine den Ausschreibungsgegenstand nicht zu verändern vermag, insbesondere wenn, wie vorliegend, zentrale Hinweise aus dem Pflichtenheft "Schienenbearbeitung" (vgl. E. 5.8.2 hiervor) für die Erfassung schienengebundener Maschinen sprechen.

**5.8.4** Die Beschwerdeführerinnen halten weiter fest, die Leistungsdaten zwischen schienengebundenen und nicht-schienegebundenen Maschinen würden divergieren, weshalb davon auszugehen sei, dass vorliegend nicht-schienegebundene Maschinen ausgeschrieben werden (Beschwerde, Rz. 42.6). Dazu ist festzuhalten, dass, selbst wenn sich die Leistungsdaten unterscheiden, die Leistungen mit derselben Ausschreibung ausgeschrieben werden können. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass die ausgeschriebenen Weichenschleifleistungen sowohl durch schienengebundene als auch durch nicht-schienegebundene Maschinen erbracht werden können (vgl. Pflichtenheft "Schienenbearbeitung", Kapitel 1.1.1 und Kapitel 1.1.2; ferner Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 27).

**5.8.5** Aus der Antwort zur Frage 34 im Fragenkatalog, wonach Lokführer eine SBB-Führerlizenz besitzen sollen, erschliesst sich ebenso, dass der Ausschreibungsgegenstand schienengebundene Maschinen mitumfasst. Allerdings stellt die Antwort auf Frage 34 prima facie einen untergeordneten Hinweis auf den Ausschreibungsgegenstand dar, weil sich die Frage nicht darum dreht, welche Maschinenart verwendet werden kann, sondern, welche Firmenlizenz Firmen-Lokführer auf dem Schienennetz besitzen müssen.

**5.8.6** Demnach ergibt sich prima facie das Gesamtbild, dass die vorliegende Beschaffung Weichenschleifmaschineleistungen durch schienengebundene und nicht-schienegebundene Maschinen erfasst. Die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und der Fragekatalog sprechen prima facie insgesamt dafür, dass auch schienengebundene Maschinen nach SN EN 14033 angeboten werden können. Vor allem fällt ins Gewicht, dass auch im Rahmen der Abfrage von einschlägigen Referenzprojekten "über von der Arbeitsart her vergleichbare maschinelle Gleisbauarbeiten bei Normalspurbahnen" keine die Typenneutralität relativierenden Einschränkungen gemacht werden. Das Dropdown-Menü, das im Feld Maschinenkategorie und damit in einem von zahlreichen Feldern im Leistungsverzeichnis aufgeführt wird (vgl. E. 5.7.5 hiervor), ändert an dieser Schlussfolgerung

prima facie nichts, weil diese Passage nicht isoliert zu betrachten ist, sondern vielmehr Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit – namentlich unter Berücksichtigung des Titels des Pflichtenhefts – zu interpretieren sind (vgl. mutatis mutandis etwa zur Systematik der Eignungskriterien das Urteil des BGer 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3 "bilancio e reinserimento lavorativo"). Folgerichtig sind auch Offerten eingegangen, welche die Leistungen schienengebundener Schleifmaschinen enthalten haben.

**5.8.7** Dieses Ergebnis der systematischen Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen entspricht prima facie auch der Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.5 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" festgehalten, dass technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschrieben werden dürfen, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen. Will die Vergabestelle eine den Anbieterwettbewerb einschneidend beschränkende Vorgabe machen, muss sie diese besonders klar formulieren. Besteht aufgrund des Pflichtenhefts allein keine vollständige Klarheit, ob eine Anforderung so zu verstehen ist, dass anbietermarkteinengende Vorgaben gemacht werden, kann der Vergabestelle nach der Rechtsprechung kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 "Mobile Warnanlagen"). Selbst wenn also unklar geblieben wäre, ob schienengebundene Maschinen ausgeschlossen werden sollen, dürfte die Vergabestelle die Ausschreibungsunterlagen aufgrund der unbestrittenen Feststellung der Auftraggeberin, dass es sich vorliegend um einen "kleinen Markt" handle, prima facie so interpretieren, dass nicht von einem Ausschluss auszugehen ist. Damit kann auch offen bleiben, ob die Rüge betreffend das Dropdown-Menü (vgl. E. 5.7.5 hiervor) im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags verspätet ist, wie die Vergabestelle behauptet (vgl. dazu auch E. 5.7 hiervor).

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen replicando zusätzlich eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots aufgrund der angewandten Bewertung. Schienengebundene und nicht-schienengebundene Maschinen wür-

den in grundlegend unterschiedlichen Leistungsklassen spielen. Vor diesem Hintergrund sei es fraglich, ob nicht-schienengebundene Maschinen in einer gleichzeitigen Beschaffung mit schienengebundenen Maschinentypen überhaupt eine reelle Chance auf den Zuschlag gehabt hätten (Replik, Rz. 30, Rz. 40).

Sie begründen dies insbesondere damit, dass schienengebundene Maschinen in Bezug auf die Schleifleistung pro Gleiskilometer konstruktionsbedingt deutlich höhere Leistungszahlen aufweisen als kompaktere, nicht schienengebundene Maschinen. Die kompakteren Maschinen würden ihren Mehrwert je nach Einsatzgebiet dadurch erbringen, dass sie die im Verhältnis geringe Schleifleistung pro Gleiskilometer mit anderen, bautypischen Vorteilen kompensieren, wie dem deutlich geringeren Gewicht, der flexibleren Einsatzweise, ihrer schnellen Einsatzbereitschaft und der damit verbundenen grundlegend anderen Kostenstruktur. Mit ihren Ausführungen bestätige die Vergabestelle, dass es sich bei schienengebundenen und nicht-schienengebundenen Maschinen um grundsätzlich verschiedene Maschinen mit konstruktionsbedingt substantiell unterschiedlichen Leistungsparametern handle. Bereits aufgrund dieses Umstandes sei klar, dass die Beschaffung beider Maschinenkategorien im Rahmen derselben Ausschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote und damit die Gleichbehandlung der Anbieterinnen verletzen würde (Replik, Rz. 26 ff.).

Dies werde besonders offensichtlich in der Gesamtbewertung beim Zuschlagskriterium Preis, da die Bewertung aufgrund des Preises pro Kilometer und damit wiederum unter Berücksichtigung der Kilometerleistung vorgenommen wurde. Gerade bei Weichenarbeiten stehe im Gegensatz zu Schienenarbeiten hingegen gerade nicht primär die Länge der Weiche im Vordergrund, da andere Faktoren mehr ins Gewicht fallen. Daraus ergebe sich, dass nicht-schienengebundene Maschinen mit einem höheren Preis pro Kilometer bei dem im Nachhinein von der Vergabestelle gewählten und nicht aus den Unterlagen ersichtlichen Preis-Bewertungsschema auf der Basis von Kilometerleistungen keine Chance gegen schienengebundene Maschinen hatten. Auch vor diesem Hintergrund müsste eine Anbieterin davon ausgehen können, dass die Beschaffung nur grundsätzlich vergleichbare Maschinentypen umfasse und nicht, wie vorliegend, Maschinen mit baubedingt vollkommen unterschiedlichen Leistungscharakteristika (Replik, Rz. 40 ff.).

**6.2** Zunächst ist diesbezüglich festzuhalten, dass schon aus der unangefochten gebliebenen Ausschreibung selbst ersichtlich war, dass der Preis

mit 50 Prozent und die Leistungsfähigkeit der Maschine mit 30 Prozent gewichtet wird. In einem durch die Anbieterin auszufüllenden Blatt "Leistungsfähigkeit / Weichenschleifmaschine" wurden namentlich die "Bearbeitungszeit für eine Gleislänge von 500m Neulagenschleifen" bzw. für "Unterhaltschleifen" abgefragt. Aus der Gesamtbewertung ergibt sich prima facie, dass die Beurteilung der Beschwerdeführerinnen, wonach andere Maschinentypen im Vergleich zur modernsten gleisgebundenen Maschine der Zuschlagsempfängerin 1 keine reelle Chance hatten, jedenfalls ex post zutrifft. Das heisst aber nicht, dass die Bewertungsmethode bereits deswegen unzulässig ist, zumal der Vergabestelle diesbezüglich ein grosser Ermessensspielraum zukommt (BVG E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 6.3.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II"). In den Auswirkungen der gewählten Bewertungsmethode ist auch entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen (Replik, Rz. 41) nicht ein Indiz dafür zu sehen, dass der Beschaffungsgegenstand in unzulässiger Weise (auf schienengebundene Maschinen) ausgedehnt worden ist. Vielmehr hätte zur gewählten Bewertungsmethode wohl eine Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes dahingehend besser gepasst, dass überhaupt nur schienengebundene Maschinen angeboten werden sollen. Da alle nicht schienengebundenen Maschinen durch die Bewertungsmethode in gleicher Weise benachteiligt werden, kann darin prima facie entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen auch keine vergaberechtlich relevante Diskriminierung gesehen werden. Die Beschwerdeführerinnen führen selbst aus, dass schienengebundene Maschinen in Bezug auf die Schleifleistung pro Gleiskilometer konstruktionsbedingt deutlich höhere Leistungszahlen als kompaktere nicht-schienengebundene Maschinen aufweisen. Eine Diskriminierung ist prima facie insbesondere vor dem Hintergrund zu verneinen, dass es Ausschreibungen der Vergabestelle gegeben hat, mit welchen etwa Kleinmaschinen beschafft worden sind, und die Vergabestelle nicht zu erkennen gegeben hat, künftig sämtliche Weichenschleifleistungen nur noch durch schienengebundene Maschinen ausführen zu lassen. Die Beschwerdeführerinnen geben im Übrigen auch keinen Hinweis, wie eine entsprechende, beide Maschinentypen gleich behandelnde Bewertungsmethode aussehen könnte. Ihre unter der Annahme, dass dem Gericht eine Angemessenheitskontrolle zustünde, jedenfalls nachvollziehbare Kritik, dass mit der Beurteilung der verschiedenen Maschinentypen im Rahmen derselben Ausschreibung "Äpfel mit Birnen" verglichen werden (Replik, Rz. 40), läuft letztlich auf die Rüge hinaus, dass sie einen Rechtsanspruch da-

rauf haben, dass die schienengebundenen und die nicht-schienengebundenen Schleifmaschinen separat mittels verschiedener Lose (oder gar separater Ausschreibungen) beschafft werden.

### 6.3

**6.3.1** Der öffentlichen Vergabebehörde steht es nicht nur zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt (vgl. E. 5.5.1 hiervor). Vielmehr steht es der Auftraggeberin ebenfalls frei, den Beschaffungsgegenstand in mehreren Losen zu vergeben. Soweit die Auftraggeberin die Beschaffung in mehrere Lose aufteilt, darf sie grundsätzlich die vorgeschriebene Verfahrensart nicht umgehen oder Anbieter bevorzugen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 775). Eine Pflicht der Auftraggeberin zur Entbündelung bzw. Losbildung besteht hingegen nicht. Die Anbieterinnen haben also keinen Rechtsanspruch auf Entbündelung einer Gesamtleistung (BVGE 2010/58 E. 6.2; BEAT JOSS, in: Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 32 BöB). Dabei ist nicht bestritten worden, dass die ausgeschriebenen Leistungen sowohl durch schienengebundene als auch nicht-schienengebundene Maschinen erbracht werden können. Damit dringen die Beschwerdeführerinnen im Rahmen einer blossen Rechtskontrolle mit ihrer Rüge prima facie nicht durch. Nach dem Gesagten ist auch nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob die Vergabestelle mit der am 18. März 2022 publizierten Ausschreibung "22-422 Gleisbaumaschinenleistungen, Schienenbearbeitung" (SIMAP-Meldungsnummer 1241843; Projekt ID-232733) nicht in gewisser Weise dem Anliegen der Beschwerdeführerinnen Rechnung trägt.

**6.3.2** Nur am Rande sei erwähnt, dass das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Auslegung des Art. 21 Abs. 1<sup>bis</sup> aBöB festgehalten hat, eine die Losaufteilung ergänzende Loslimitierung, die die Beschaffung von Leistungen bei mehreren Anbietern erlaubt, dem Zweck der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung oder Ersatzbeschaffung in einem von hinreichendem Wettbewerb geprägten Anbietermarkt diene, sei je nach Gegebenheiten des Anbietermarkts nicht vergabefremd (BVGE 2018 IV/6 E. 3.2-E. 3.7 i.V.m. E. 4.1).

## 7.

Insgesamt ergibt sich demnach, dass die Beschwerdeführerinnen prima facie zur Beschwerde legitimiert sind, weil sich sämtliche Bieter der Bietergemeinschaft am Beschwerdeverfahren beteiligen (vgl. E. 4 hiervor). Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, der Ausschreibungsgegenstand der streitgegenständlichen Beschaffung würde nur nicht-schienengebundene

Maschinen erfassen, ist prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 5 hiervor). Ausserdem ist die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Bewertungsmethode verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot bzw. aufgrund der unterschiedlichen Leistungsdaten von schienengebundenen und nicht-schienengebundenen Maschinen hätten separate Lose gebildet werden müssen, prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 6 hiervor).

## **8.**

**8.1** Erweist sich eine Beschwerde prima facie als offensichtlich unbegründet, so erübrigt sich eine Interessensabwägung (vgl. E. 3.3 hiervor; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021, E. 8.1). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht den entsprechenden Argumenten der Vergabestelle im Rahmen der Vorabbezugsbewilligung bzw. der diese beinhaltenden Zwischenverfügung vom 27. Januar 2022 Rechnung getragen hat.

**8.2** Wenn die aufschiebende Wirkung für die vorliegend zu beurteilende Beschaffung nicht zu erteilen ist, sind aber auch die Anträge der Beschwerdeführerin betreffend den Bezug von Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag, mit welchen eine allenfalls erteilte aufschiebende Wirkung umgangen werden könnte, schon mit dieser Begründung abzuweisen. Denn ohne diesen Umgehungszusammenhang liegen die Anträge der Beschwerdeführerinnen ausserhalb des Streitgegenstands.

## **9.**

Schliesslich verlangen die Beschwerdeführerinnen Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B 1606/2020 vom 11. Juni 2020 "Mediamonitoring ETH-Bereich" und B 3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als den Beschwerdeführerinnen auch im Rahmen der Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 29. November 2021 (insbesondere deren Beilagen) und der Einreichung der Vorakten relevante Aktenstücke ganz oder mit gewissen Abdeckungen zugestellt worden sind. Namentlich haben die Beschwerdeführerinnen Informationen darüber erhalten, dass eine Zuschlagsempfän-

gerin schienengebundene und nicht-schienengebundene Maschinen eingereicht hat (Vernehmlassung, Rz. 68), wie die Vergabestelle bei der Bewertung vorgegangen ist und weshalb die Beschwerdeführerinnen trotz preislich attraktivem Angebot keinen Zuschlag erhalten haben (Evaluationsbericht, S. 11, S. 13). Die Ausschreibungsunterlagen, deren Interpretation den Kern der zu beantwortenden rechtlichen Fragen bildet, stehen den Beschwerdeführerinnen ohnehin vollumfänglich zur Verfügung. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen können sich die Beschwerdeführerinnen demnach ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheidung B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 9 "Google / Public Cloud", B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I" sowie die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

#### **10.**

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.**

Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei der Vergabestelle zu untersagen, Weichenschleifmaschinen-Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag von der damaligen Zuschlagsempfängerin zu beziehen, wird abgewiesen.

#### **3.**

**3.1** Der Akteneinsichtsantrag der Beschwerdeführerinnen wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

**3.2** Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

**4.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**5.**

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

**6.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 217009; Rechtsvertreter, Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin 1 (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin 2 (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**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: 20. Mai 2022