



---

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-5488/2021**  
stm/syr/bda

## **Zwischenentscheid vom 29. Juli 2022**

---

Besetzung

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

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**Y.\_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Christoph Jäger und/oder MLaw Thomas Geiger,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Effingerstrasse 1, Postfach, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

und

**Z. \_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch

Rechtsanwältin lic. iur. Claudia Schneider Heusi,  
Schneider Rechtsanwälte AG,  
Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Zuschlag betreffend  
das Projekt "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020",  
(SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076),

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

**A.a** Am 30. Oktober 2020 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) unter dem Projekttitel "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" (Projekt-ID 209076) einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer: 1153229). Gegenstand der Ausschreibung sind verschiedene Module von Tunnelfunkanlagen sowie Design, Planung, Lieferung, Einbau, Inbetriebsetzung und Zusammenschaltung aller notwendigen Module in Zusammenarbeit mit den SBB-Fachdiensten und anderen Lieferanten der SBB AG zu einem funktionierenden Gesamtsystem. Zudem soll die Anbieterin über den gesamten Life Cycle (12 Jahre) Support und Unterhalt gewährleisten und die Möglichkeit bieten, die Tunnelfunkanlage auf dem Stand der Technik zu halten (Ziff. 2.6 der Ausschreibung).

**A.b** Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**A.c** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, von denen alle evaluiert wurden. Darunter befanden sich das dasjenige von Y. \_\_\_\_\_ AG und von Z. \_\_\_\_\_ AG.

**A.d** Am 26. November 2021 wurde der Zuschlag im Beschaffungsverfahren "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" an die Z. \_\_\_\_\_ AG erteilt und am 27. November 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1230069) publiziert. Als Preis (Gesamtpreis) wurden Fr. 72'769'402.67 ohne MwSt angegeben (vgl. Ziff. 3.2 der am 27. November 2021 publizierten Zuschlagsverfügung).

**A.e** Anlässlich des Debriefings vom 8. Dezember 2021 erteilte die Vergabestelle der Y. \_\_\_\_\_ AG ergänzende Auskünfte, insbesondere zum Bewertungsmodell und zur Begründung des Zuschlags.

**B.**

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine erste Beschwerde ein gegen den Zuschlag vom 26. November 2021,

der am 27. November 2021 publiziert wurde (SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076); diese wird im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5500/2021 behandelt.

### **C.**

**C.a** Mit Eingabe vom 17. Dezember 2021 gelangte die Y. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) ebenfalls mit Beschwerde gegen die am 27. November 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 26. November 2021 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle bzw. der Beschwerdegegnerin:

1. Die auf der Publikationsplattform SIMAP am 27. November 2021 veröffentlichte Zuschlagsverfügung betreffend Lieferauftrag Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 (SIMAP Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID: 209076) sei aufzuheben und die Z. \_\_\_\_\_ AG sei vom Submissionsverfahren auszuschliessen.
2. Der Beschwerdeführerin sei der Zuschlag für den Lieferauftrag Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.
4. Subeventualiter sei die Sache zur Wiederholung des Vergabeverfahrens im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.
5. Subsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen und – sofern das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 anwendbar sein sollte – es sei die Vergabestelle zu verurteilen, der Beschwerdeführerin für die im Vergabeverfahren entstandenen Offertkosten einen Betrag in noch zu belegendem Umfang von CHF 378'000.00 sowie einen noch zu beziffernden und belegenden Betrag für die im Zusammenhang mit dem Rechtsmittelverfahren und dem Beizug eines Rechtsbeistands entstandenen Aufwendungen zu bezahlen.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin Folgendes:

6. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
7. Der Vergabestelle sei bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertragsabschluss mit der Z. \_\_\_\_\_ AG superprovisorisch einstweilen zu untersagen.

8. Der Beschwerdeführerin seien die vollständigen Verfahrensakten – inklusive der Bewertungsmatrix, der Eignungsnachweise und allfälliger Protokolle im Rahmen der Offertbereinigung/-bewertung – zur Einsichtnahme zuzustellen, unter Vorbehalt berechtigter und begründeter Geheimhaltungsinteressen der Z.\_\_\_\_\_ AG oder weiterer Anbieterinnen. Anschliessend sei der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zur Stellungnahme und Ergänzung ihrer Beschwerde einzuräumen.
9. Der an diesem Verfahren allenfalls beteiligten Z.\_\_\_\_\_ AG sowie allfälligen weiteren Anbieterinnen sei Einsicht in die Vergabeakten und die vorliegende Beschwerde (inkl. Beilagen) nur soweit zu gewähren, als diese keine Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin enthalten. Der Beschwerdeführerin sei vorab Gelegenheit zu geben, Geschäftsgeheimnisse in der vorliegenden Beschwerde inkl. Beilagen zu bezeichnen.

**C.b** Die Beschwerdeführerin rügt insbesondere die fehlende Eignung der Zuschlagsempfängerin unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragsbefüllung". So führt die Beschwerdeführerin aus, dass das von der Zuschlagsempfängerin mutmasslich eingereichte Referenzprojekt für das EK01, Referenz 1 "Ceneri-Basistunnel", dieser nicht zurechenbar sei. Ausserdem seien sowohl die mutmassliche Referenz 1 "Ceneri-Basistunnel" als auch die mutmassliche Referenz 2 "Rosshäusern-Tunnel" des EK01 nicht mit dem vorliegend ausgeschriebenen Projekt vergleichbar, weil es sich um Rohbautunnel handle, der Gotthard-Basistunnel ein Spezialfall sei und soweit ersichtlich keine Betriebserfahrungen im Schienenbereich mit dem System I.\_\_\_\_\_ der Zuschlagsempfängerin existieren würden. Letztere liesse auch Zweifel in Bezug auf die Eignung unter dem EK02 aufkommen. Bei einem Mitarbeiterbestand von [...] Personen der I.\_\_\_\_\_ erscheine ausserdem die Projektorganisation (EK04) zumindest gefährdet (Beschwerde, Rz. 46 ff.).

**C.c** Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK01 "Evaluationspreis". Die Vergabestelle habe eine sowohl von der ausgeschriebenen Preisbewertungsformel als auch von der angekündigten Beurteilung des Evaluationspreises abweichende Preisbewertung vorgenommen, indem sie einzelne Kostenblöcke "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" bildete und zwei neuen Bewertungsformeln zugeführt habe (Beschwerde, Rz. 62 ff.).

Ferner habe die Vergabestelle den Kostenblock "SBB-Kosten" innerhalb des Zuschlagskriteriums ZK01 "Evaluationspreis" intransparent und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Gleichbehandlungsgebot zuwiderlaufend ermittelt. So liege die Kostendifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin bei den Kostenblöcken

"SBB-Kosten" an einem Kostenzuschlag von bis zu Fr. 12 Mio. Im Falle der Beschwerdeführerin mache der Kostenzuschlag knapp einen Drittel ihrer "SBB-Kosten" aus. Es sei nicht mit dem Transparenzgebot vereinbar, dass die Kosten in den hinteren Registerblättern versteckt seien. Zudem treffe ein derart konzipierter Kostenzuschlag faktisch sämtliche Anbieter von Lüfteranlagen. Einzig die lüfterlose Anlage der von der Zuschlagsempfängerin gewählten I. \_\_\_\_\_, welche digital-basiert operiere, komme ohne Lüftung aus (Beschwerde, Rz. 62 ff.).

**C.d** Zur aufschiebenden Wirkung trägt die Beschwerdeführerin unter anderem vor, die Beschwerde sei sachlich begründet und aussichtsreich. Vorliegend würden ausserdem keine überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen eine sofortige Auftragserteilung an die Zuschlagsempfängerin rechtfertigen. Namentlich sei die zeitliche Dinglichkeit nicht gegeben (Beschwerde, Rz. 31 ff.).

#### **D.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 20. Dezember 2021 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 10. Januar 2022 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung, sowie zur Frage, ob die Vergabe in den Staatsbereich fällt, Stellung zu nehmen. Zudem wurde sie ersucht, innert derselben Frist die vollständigen Akten einzureichen und von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen. Der Zuschlagsempfängerin wurde unter Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, bis zum 10. Januar 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

#### **E.**

Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Januar 2022 Stellung genommen zur Frage einer allfälligen Vereinigung der beiden Parallelverfahren und ausgeführt, dass aus ihrer Sicht keine Notwendigkeit für eine Vereinigung der beiden Parallelverfahren bestehe.

**F.**

**F.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist ein. Sie stellt folgende Rechtsbegehren unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.
2. Eventualiter: Es sei der Vergabestelle für die Dauer des Verfahrens zu erlauben, der Zuschlagsempfängerin den Auftrag bis zu einem maximalen Auftragsvolumen von CHF 5,000,000.- zu erteilen.
3. Es sei für die Frage der aufschiebenden Wirkung kein weiterer Schriftwechsel durchzuführen.
4. Die Verfahren mit Geschäfts-Nr. B-5488/2021 und B-5500/2021 seien zu vereinen.

**F.b** Materiell hält die Vergabestelle namentlich zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" fest, dass sowohl das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Projekt zur Referenz 1 (Ceneri-Basistunnel) als auch das eingereichte Projekt zur Referenz 2 (Rosshäusern-Tunnel) der Zuschlagsempfängerin resp. ihrer Subunternehmerin einerseits zurechenbar und andererseits auch mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar seien. Zum EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" führt die Vergabestelle aus, dass dieses Eignungskriterium bewusst offen formuliert und insbesondere nicht gefordert sei, dass bezüglich der Multiband Anlage bereits Betriebserfahrung im Schienenbereich bestehen müsse oder ein Bezug zum schweizerischen Markt notwendig sei.

**F.c** In Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" führt die Vergabestelle aus, dass die Preisbewertung rechtmässig und ausschreibungskonform erfolgt sei. Sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen erschliesse sich, dass der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet werden (Vernehmlassung,

Rz. 61 ff.). Die Vergabestelle habe zusätzlich zum Preisblatt eine detaillierte Anleitung zur Verfügung gestellt mit Angaben hinsichtlich der "SBB-Kosten" und der von der Beschwerdeführerin monierten Kosten durch "Klimarucksäcke". Dank dieser detaillierten Anleitung sei es allen anderen Anbieterinnen möglich gewesen, die Frage der Klimatisierung und der daraus resultierenden Kosten zu verstehen und in ihrem Angebot zu berücksichtigen. Die Vergabestelle habe ferner kein bestimmtes Modell vorgeschrieben (Vernehmlassung, Rz. 90 ff.).

**F.d** Im Rahmen der Interessenabwägung innerhalb des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung macht die Vergabestelle insbesondere geltend, sie und die schweizerische Öffentlichkeit hätten aufgrund der zahlreichen zeitkritischen Projekte, die im Rahmen der Ausschreibung vergeben werden (insbesondere der Gotthard-Scheiteltunnel, der Gotthard Basistunnel, das Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und der Obere Hauenstein Tunnel), ein grosses Interesse daran, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zeitnah abgeschlossen werde. Das erkläre auch den Antrag auf die Bewilligung eines Vorabbezugs (Vernehmlassung, Rz. 107 ff. und 128 ff.).

**F.e** Gleichzeitig mit der Vernehmlassung reichte die Vergabestelle die Vorakten je in einer Version für das Gericht und einer teilweise unterschiedlich geschwärzten Version für die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin ein.

**F.f** Schliesslich beantragte die Vergabestelle mit Eingabe vom 20. Januar 2022 die Vereinigung beider Verfahren B-5488/2021 und B-5500/2021 aus Gründen der Prozessökonomie.

## **G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 hat die Z. \_\_\_\_\_ AG innert erstreckter Frist ebenfalls Stellung genommen zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin. Die Zuschlagsempfängerin hat sich als Beschwerdegegnerin konstituiert und beantragt unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin Folgendes:

1. Die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Zuschlagsempfängerin sei für die Einreichung bzw. Ergänzung der Vernehmlassung zur Hauptsache eine angemessene Frist anzusetzen.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.
2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
3. Über den Antrag der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht sei im Hauptverfahren zu entscheiden; eventualiter seien die von der Vergabestelle einzureichenden und/oder in vorliegender Vernehmlassung gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin auszunehmen und vertraulich zu behandeln.

**G.b** Materiell führt die Beschwerdegegnerin insbesondere aus, dass sie alle Eignungskriterien erfülle. Zum einen seien in Bezug auf das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" beide eingereichten Referenzprojekte ihr zurechenbar und mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar. Zum anderen erfülle sie auch das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage". Die Beschwerdegegnerin habe vorliegend die Multibandanlage ihrer Subunternehmerin, der I.\_\_\_\_\_, angeboten, welche ihre Multibandanlage bereits für mehrere internationale Kunden in Betrieb genommen habe (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 18 ff.).

**G.c** Schliesslich stelle sie sich einer allfälligen Verfahrensvereinigung nicht entgegen. Die Beschwerdegegnerin wies allerdings darauf hin, dass sich eine Vereinigung der beiden Verfahren allenfalls erübrige, sofern auf die Beschwerde mit der Geschäfts-Nr. B-5500/2021 mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten würde.

#### **H.**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Verfügung vom 21. Januar 2022 festgehalten, dass eine Vereinigung der Verfahren nicht sinnvoll erscheine. Dies nunmehr insbesondere nachdem zusätzlich im Parallelverfahren B-5500/2021 die Legitimation der Beschwerdeführerin mit für das vorliegende Verfahren nicht relevanter Begründung bestritten worden sei, womit sich die Verfahren in einem weiteren Punkt unterscheiden würden. Indessen sei zwecks Vermeidung von widersprüchlichen Entscheiden derselbe Spruchkörper eingesetzt worden.

**I.**

**I.a** Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 gingen Vernehmlassungsbeilagen und Vorakten in abgedeckter Form gemäss dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag vom 27. Januar 2022 und Ergänzungen der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2022 und der Vergabestelle vom 1. Februar 2022 an die Beschwerdeführerin.

**I.b** Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurden der Beschwerdeführerin ausgewählte Beilagen der Vernehmlassung der Vergabestelle gemäss Abdeckungsvorschlag vom 1. Februar 2022 zugestellt.

**J.**

**J.a** Mit Eingabe vom 21. Februar 2022 replizierte die Beschwerdeführerin und beantragt, die Rechtsbegehren und prozessualen Haupt- und Eventualanträge der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin seien abzuweisen.

**J.b** Zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" führt die Beschwerdeführerin ergänzend aus, dass auch bei einer weiten Auslegung dieses Eignungskriteriums eine referenzierte Anlage nur als erprobt gelten könne, wenn sie in den Schienenbereich falle. Die vorliegend von der Beschwerdegegnerin angegebene I. \_\_\_\_\_ verfüge über keine Erfahrung im Schienenbereich. Die fraglichen Projekte seien entgegen den Angaben der Vergabestelle noch nicht in Betrieb. Ausserdem seien die Projekte in der Referenzenliste der I. \_\_\_\_\_ Wireless nicht angegeben. Ob beziehungsweise inwieweit die Vergabestelle von sich aus Referenzprojekte der I. \_\_\_\_\_ eingeholt habe, könne den Vergabeakten jedenfalls nicht entnommen werden. Es sei mit dem Grundsatz der Unabänderlichkeit von Angeboten und dem Gleichbehandlungsgrundsatz ohnehin nicht vereinbar und verletze diese Rechtsvorschriften, mangelhafte oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben der Beschwerdegegnerin von Amtes wegen zu vervollständigen (Replik, Rz. 50 ff.).

**K.**

Mit Eingabe vom 28. Februar 2022 reichte die Vergabestelle ihre Duplik ein. Zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" führt die Vergabestelle aus, der vom Subunternehmen der Beschwerdegegnerin, der I. \_\_\_\_\_, angegebene Rahmenvertrag mit der J. \_\_\_\_\_ genüge als Nachweis für eine erprobte Anlage. Im Rahmen der Zusammenarbeit der I. \_\_\_\_\_ und der J. \_\_\_\_\_ seien im April 2021 in

verschiedenen Projekten bereits über 150 Multiband Anlagen der I.\_\_\_\_\_ erfolgreich in Betrieb genommen worden (Duplik Vergabestelle, Rz. 36). Schliesslich betont die Vergabestelle, dass sie grundsätzlich nicht verpflichtet sei, jede Referenzauskunft zu überprüfen. Vorliegend habe die Vergabestelle, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, eine weitere Referenzauskunft bei Trafikverket eingeholt. Die Referenzauskunft zeige, dass im Auftrag von Trafikverket mehrere Multiband Anlagen in Tunneln in Betrieb genommen worden seien, womit nach Ermessen der Vergabestelle erst recht glaubhaft erstellt sei, dass die I.\_\_\_\_\_ auch bei der J.\_\_\_\_\_ die erforderliche erprobte Anlage in Betrieb genommen habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 37).

#### **L.**

Mit Eingabe vom 28. Februar 2022 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Duplik ein, mit welcher sie sich im Wesentlichen der Argumentation der Vergabestelle anschliesst.

#### **M.**

Die Beschwerdeführerin reichte mit Eingabe vom 8. März 2022 ihre Stellungnahme ein.

**M.a** Namentlich zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" führt die Beschwerdeführerin aus, dass sich die Vergabestelle mit dem pauschalen Verweis der Beschwerdegegnerin auf 150 Units der I.\_\_\_\_\_ bei der J.\_\_\_\_\_ begnügen würde, ohne dass auch nur bei einer dieser Anlagen klar sei, wo genau und unter welchen konkreten Bedingungen sie im Einsatz stünden (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 10 ff.).

**M.b** In Bezug auf die Dringlichkeit und den Eventualantrag führt die Beschwerdeführerin namentlich aus, dass sich problemlos Beispiele von Tunneln anführen lassen würden, in welchen Tunnelfunkanlagen während über fünfzehn Jahren unter vergleichbaren Bedingungen in Betrieb standen bzw. stehen. Weiter unterstreicht die Beschwerdeführerin, dass der Bewilligung eines Vorabbezugs erhebliche präjudizielle Wirkung zukomme, da eine entsprechende Umrüstung der Tunnelfunkanlagen mit einem beträchtlichen zeitlichen und finanziellen Aufwand verbunden sei, zu welchem verschiedene Initialaufwendungen dazukommen würden (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 25 ff.).

#### **N.**

**N.a** Mit Verfügung vom 7. März 2022 wurde die Vergabestelle ersucht, sich zu den Fragen zu äussern, ob erstens die Vorakten in Bezug auf das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" vollständig sind, zweitens warum keine Referenzauskunft der J. \_\_\_\_\_ vorliege und drittens gestützt auf welche Überlegungen bzw. Angaben der Anbieterin eine weitere Referenzauskunft betreffend I. \_\_\_\_\_ eingeholt worden sei.

**N.b** Die Vergabestelle führt in ihrer Eingabe vom 8. März 2022 dazu aus, dass die Vergabestelle keine Antwort auf die Referenzanfrage der J. \_\_\_\_\_ erhalten habe und der Grund dafür nicht bekannt sei. Ferner habe die Vergabestelle in der Vergangenheit noch nicht mit dem Hersteller I. \_\_\_\_\_ zusammengearbeitet und habe mit der Referenzauskunft bei Trafikverket die Meinung einer staatlichen Verkehrsbehörde einholen wollen, welche mit der Vergabestelle vergleichbar sei (Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 2ff.).

**N.c** Die Beschwerdeführerin entgegnet in ihrer auf die Referenz der I. \_\_\_\_\_ begrenzten Eingabe vom 15. März 2022 namentlich, die Beschwerdeführerin würde sich widersprechen, wenn sie in früheren Eingaben einerseits argumentieren würde, die Anforderungen an das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" seien weit auszulegen und nun auf eine mit der Vergabestelle vergleichbare Auftraggeberin für eine Referenzauskunft angewiesen sei. Die Beschwerdeführerin führt ferner aus, dass der massgebende Zeitpunkt für die Angabe der Referenzen die Angebotsabgabe gewesen sei. Der Vergabestelle hätten dabei zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe weder zur J. \_\_\_\_\_ noch zu Trafikverket konkrete Kontaktangaben und eine Erlaubnis zur Anlagenbesichtigung vorgelegen. Überdies zeige die Taktik der Vergabestelle in ihrer Argumentation und im Akteneinsichtsverfahren, dass die Vergabestelle kein klares feststehendes Konzept habe, welche Anlagen als Referenzen erwartet würden (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. März 2022, Rz. 1 ff.).

**N.d** Die Vergabestelle wiederum führt in ihrer auf die Referenz der I. \_\_\_\_\_ begrenzten Eingabe vom 17. März 2022 namentlich aus, richtig sei, dass die Vergabestelle Referenzauskünfte einholen könne, gemäss Ausschreibungsunterlagen aber nicht dazu verpflichtet sei. Dass die J. \_\_\_\_\_ aus der Vergabestelle unbekanntem Gründen keine Referenzauskunft erteilt habe, könne der Zuschlagsempfängerin nicht zum

Nachteil gereichen. Die Zuschlagsempfängerin habe die erforderliche Referenzangabe inkl. Kontaktangaben erbracht. Entgegen den Vermutungen der Beschwerdeführerin sei die Referenzliste der I.\_\_\_\_\_ von Anfang an Teil des Angebots der Beschwerdeführerin gewesen. Bereits mit den Angaben der J.\_\_\_\_\_ innerhalb der Referenzliste der I.\_\_\_\_\_ sei das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" erfüllt gewesen. Die zusätzliche Referenzanfrage der Vergabestelle bei Trafikverket würde an diesem Ergebnis nichts ändern (Stellungnahme Vergabestelle vom 17. März 2022, Rz. 1 ff.).

**N.e** Die Beschwerdegegnerin führt schliesslich in ihrer auf die Referenz der I.\_\_\_\_\_ begrenzten Eingabe vom 18. März 2022 aus, die Referenzliste der I.\_\_\_\_\_ habe der Vergabestelle bereits im Zeitpunkt der Angebotseingabe vorgelegen. Auch treffe die Behauptung nicht zu, dass der Vergabestelle keine konkreten Kontaktangaben für die Referenzauskunft betreffend der I.\_\_\_\_\_ vorgelegen hätten. Ferner sei das Vorgehen der Vergabestelle bezüglich Einholung der Referenz bei Trafikverket nicht zu beanstanden, da es nicht unzulässig sei, wenn eine Vergabestelle auf Informationen aus den eigenen Sachverhaltsabklärungen abstelle und Referenzen einholte, die der Anbieter nicht angegeben habe. Sie selbst sei zwar zunächst davon ausgegangen, dass die Vergabestelle bei der J.\_\_\_\_\_ eine Referenzauskunft eingeholt habe. Indessen gelinge jedenfalls ohne Zweifel der Nachweis, dass die I.\_\_\_\_\_ als Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin die angebotene Multibandanlage bereits für mindestens einen Kunden in Betrieb genommen habe und somit erprobt sei und die Beschwerdegegnerin folglich das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" erfülle (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 18. März 2022, Rz. 1 ff.).

**O.**

Die Vergabestelle reichte mit Eingabe vom 16. März 2022 eine auf die Frage der Dringlichkeit begrenzte Stellungnahme ein und führt im Wesentlichen aus, dass die weiteren von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Vergleiche mit anderen Tunnelfunkanlagen unbehelflich seien, da die vorgebrachten Vergleichstunnel aus einer anderen Anlagegeneration mit komplett unterschiedlicher Bauform seien (Stellungnahme Vergabestelle vom 16. März 2022, Rz. 1 ff.).

**P.**

Mit Verfügung vom 21. März 2022 wurde festgehalten, dass ein weiterer

Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen sei.

**Q.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. April 2022 verfügte der Instruktionsrichter bezüglich des Eventualantrags der Vergabestelle, dass es der Vergabestelle erlaubt werde, entsprechend dem Betrag von Fr. 1.5 Mio. bzw. dem Anbieterpreis für den "Gotthard-Scheiteltunnel" nach ihrer Wahl entweder Leistungen bei der Beschwerdegegnerin zu beziehen oder bei der bisherigen Betreiberin/Hardware-Lieferantin Wartungsdienstleistungen oder eine neue Anlage zu beziehen (Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Betreffend das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" werde es der Vergabestelle erlaubt, entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. Leistungen von einer am strittigen Beschaffungsverfahren teilnehmenden Anbieterin nach ihrer Wahl zu beziehen. Soweit die Vergabestelle zwei Anbieterinnen berücksichtigen bzw. zwei Vorprojekte erarbeiten wolle, erhöhe sich der Betrag entsprechend. Soweit der Aufwand für das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" Fr. 3.5 Mio. übersteigen sollte, sei dies dem Gericht unaufgefordert anzuzeigen (Ziff. 2 und 3 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022), Soweit weitergehend werde der Antrag auf Erlaubnis eines Vorabbezugs von Teilleistungen abgewiesen (Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**R.**

Am 20. Juli 2022 wurden der Beschwerdeführerin mit dem Einverständnis von Vergabestelle und Beschwerdegegnerin weitere Aktenstücke betreffend eine Referenzauskunft zum Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" der Beschwerdegegnerin für das EK01 zugestellt.

**S.**

Nachdem die Beschwerdegegnerin und die betroffenen Subunternehmerinnen C. \_\_\_\_\_ GmbH und B. \_\_\_\_\_ AG ihr Einverständnis erklärt hatten, wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Juli 2022 offengelegt, dass besagte Subunternehmerinnen im strittigen Vergabeverfahren an drei Offerten mitbeteiligt sind.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

## 1.

**1.1** Am 1. Januar 2021 ist 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 GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]), in Kraft getreten. Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (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").

**1.2** Der hier zu beurteilende Auftrag "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" wurde am 30. Oktober 2020 im offenen Verfahren ausgeschrieben (Projekt-ID 209076; Meldungsnummer: 1153229). Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**1.3** Folglich ist auf das hier zu beurteilende, mit Publikation der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 eingeleitete und mit am 16. Februar 2021 einzig hinsichtlich der Eingabefrist und der Offertöffnung berichtigte Verfahren prima facie das alte Recht anwendbar (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff.] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [aVöB; AS 1996 518 ff. bzw. AS 2009 6149 ff.]).

## 2.

**2.1** Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und Bst. d aBöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

**2.2** 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 aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**2.3** 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).

### **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. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**3.2** Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes 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 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB 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 aus-

nahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen die Zwischenentscheide des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 4.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

**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-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin 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 GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 in der Fassung vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) 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 mit Hinweisen "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind

nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609 ff.]) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 2.3 "Google / Public Cloud").

#### **4.**

In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

**4.1** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 1994 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.1 "Produkte zur Innenreinigung II"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**4.2** 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 (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB).

Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 E. 1.2.1 "Erneuerung Weissensteintunnel II").

**4.3** Die Vergabestelle ist die SBB AG, also eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB). Vorliegend ist unbestritten, dass die Lieferung von Tunnelfunkanlagen funktionell mit dem Bereich Verkehr zu tun hat und die Leistungen dem Bahnbetrieb zumindest funktionell dienen. Die Vergabestelle ist demnach insoweit nicht vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommen.

**4.4** Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich in den Staatsvertragsbereich fällt und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA 1994). Ein Lieferauftrag ist gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a aBöB ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich unter anderem um die Lieferung von Modulen von Tunnelfunkanlagen (Ziff. 2.6 der Ausschreibung), womit insofern ein Lieferauftrag ausgeschrieben wurde. Da die Ausschreibung auch den Ersatz bestehender Tunnelfunkanlagen und den Einbau und die Inbetriebsetzung der neuen Tunnelfunkanlagen in Tunneln vorsieht (Ziffer 2.6 der Ausschreibung), stellt sich die Frage, ob jedenfalls insoweit von Bauarbeiten auszugehen ist. Massgebend ist die zentrale Produktklassifikation (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). Namentlich könnte bei der Tunnelinstallation eine Leistung im Sinne der CPC Gruppe 516 "Einrichtungsarbeiten von Installationen" gegeben sein (vgl. das Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 1.8 "Lüftung Belchentunnel", wonach bei der Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der Lüftungssteuerung in einem Tunnel von einem Bauauftrag ausgegangen wurde). Im vorliegenden Zusammenhang kann allerdings mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen betreffend Schwellenwert offen bleiben, ob die Leistungen als Lieferung oder als Bauarbeiten zu qualifizieren sind. Soweit auch Unterhaltsarbeiten Teil der nachgefragten Leistung sind, sind diese im Vergleich zu Lieferung bzw. Einbau im Rahmen einer gemischten Leistung prima facie jedenfalls von untergeordneter Bedeutung.

Der im Zuschlag angegebene Preis von Fr. 72'769'402.67 (Zuschlag, Ziff. 3.2) liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2019 4104]). Zugleich wäre auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8.7 Mio. (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021) überschritten.

**4.5** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor.

**4.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Ausschreibung prima facie in den Anwendungsbereich des aBöB fällt, wovon im Übrigen auch die Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 8) und die Vergabestelle (Vernehmlassung, Rz. 8) ausgehen.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass in der Ausschreibung (Ziff. 1.9), der Berichtigung (Ziff. 1.5) und der Publikation des Zuschlags (Ziff. 1.5) jeweils "Staatsvertragsbereich Nein" angegeben war und dies in Ziff. 4.4 des Zuschlags ausformuliert wurde. Folgerichtig begründet die Vergabestelle die falsche Bezeichnung "Staatsvertrag Nein" mit einem Systemupdate von SIMAP (Vernehmlassung, Rz. 6). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **5.**

**5.1** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management", BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" und B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen).

## 5.2

**5.2.1** Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin einerseits mit der Begründung, dass die Beschwerdeführerin bei der von ihr geforderten Strenge der Auslegung der Eignungskriterien diese ebenfalls nicht erfüllen würde. Andererseits würde die Beschwerdeführerin auch bei einer Gutheissung ihrer Eventualbegehren noch immer Zweitplatzierte bleiben, selbst wenn die Preisbewertung gemäss ihren Vorbringen durchgeführt würde. In diesem Fall würde die Drittplatzierte aufgrund des finanziell günstigsten Angebots das Verfahren gewinnen (Vernehmlassung, Rz. 9 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 4 ff.).

**5.2.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, sie beantrage und begründe den Ausschluss der Beschwerdegegnerin. Die Vergabestelle habe die Eignung der Beschwerdegegnerin zu Unrecht bejaht, ohne dass in Bezug auf die anderen Anbieterinnen ein strengerer Massstab angelegt werden müsste. Sie rüge auch die Angebotsbewertung und Rangierung gemäss den Zuschlagskriterien. Die Preisbewertung sei trotz der gerichtlich erwirkten Akteneinsicht nicht vollständig transparent und das bisherige Akteneinsichtsverfahren untermaure, dass die Bewertung auch in Bezug auf weitere Zuschlagskriterien rechtsfehlerhaft erfolgt sei (Replik, Rz. 6 ff.).

## 5.3

**5.3.1** Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB 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 Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**5.3.2** Die Beschwerdeführerin hat ein Angebot im Ausschreibungsverfahren "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" (Projekt-ID 209076; Meldungsnummer 1153229) eingereicht, womit sie formell beschwert ist. Ausserdem

ist sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, weil ihr der Zuschlag nicht erteilt wurde.

**5.3.3** 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", "rendre 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 "Elementsysteme ETH").

**5.3.4** Im vorliegenden Fall beantragt die auf dem zweiten Rang platzierte Beschwerdeführerin, der Zuschlag sei aufzuheben und stattdessen ihr zu erteilen bzw. eventualiter die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen resp. subeventualiter die Wiederholung des Vergabeverfahrens im Sinne der Erwägungen anzuordnen. Neben der Rüge, dass die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei, weil sie verschiedene Eignungskriterien nicht erfülle, rügt die Beschwerdeführerin auch die vergaberechtswidrige Bewertung verschiedener Zuschlagskriterien. Als zweitplatzierte Anbieterin weist die Beschwerdeführerin dabei bereits mit ihrer Rüge, die erstplatzierte Anbieterin sei auszuschliessen, Aussichten auf Erhalt des Zuschlags aus. Dem Vorbringen der Vergabestelle, bei der geforderten Strenge der Auslegung der Eignungskriterien wäre die Beschwerdegegnerin auszuschliessen, ist nicht weiter substantiiert. Namentlich mit Blick darauf, dass das Eignungskriterium EK01 Referenzprojekte verlangt, würde ein Ausschluss der Beschwerdegegnerin unter EK01 nicht zwingend zum Ausschluss der

Beschwerdeführerin führen, zumal die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin verschiedene Referenzprojekte angegeben haben. Sollte die Ausschlussrüge erfolgreich sein, hätte die Beschwerdeführerin jedenfalls eine Chance auf den Zuschlag, namentlich bei gleichbleibender Bewertung und damit selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin mit ihren Bewertungsrügen nicht durchdringt. Sie muss im Rahmen der Erhebung der Beschwerde auch nicht damit rechnen, dass die Vergabestelle im Rahmen der Prüfung der Legitimation geltend macht, dass die Drittplatzierte bei richtiger Rechtsanwendung die Zweitplatzierte allenfalls überholen würde. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Ausschlussrügen folgen, wäre demnach prima facie nicht auszuschliessen, dass sie reelle Chancen auf den Zuschlag hätte.

**5.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

**5.5** Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**5.6** Prima facie ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

## **6.**

**6.1** In materieller Hinsicht beanstandet die Beschwerdeführerin zuerst, es scheine nicht ausgeschlossen, dass der Vergabestelle zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 26. November 2021 keine gültige Offerte der Beschwerdegegnerin vorgelegen habe, da die Offerte gemäss den Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 2.5, bis mindestens am 30. September 2021 habe gültig sein müssen (Beschwerde, Rz. 40).

**6.2** Aus dem Begleitschreiben der Beschwerdegegnerin vom 27. April 2021 zu ihrem Angebot ergibt sich prima facie, dass zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 26. November 2021 eine gültige Offerte vorgelegen hat. Ausserdem ist die Gültigkeit des Angebots mit Schreiben vom 31. Dezember 2021 verlängert worden. Damit ist prima facie jedenfalls von der Gültigkeit des Angebots zum Zeitpunkt des Zuschlags am 26. November

2021 auszugehen (vgl. Vernehmlassung, Beilage 24 "Begleitschreiben Angebot Zuschlagsempfängerin vom 27. April 2021" und Beilage 25 "Verlängerung Angebotsgültigkeit Zuschlagsempfängerin vom 31. Dezember 2021").

**6.3** Die Rüge der Beschwerdeführerin, das Angebot sei zum Zeitpunkt der Einreichung nicht gültig gewesen, ist demnach prima facie offensichtlich unbegründet.

## **7.**

### **7.1**

**7.1.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung", EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage", EK04 "Projektorganisation" und EK06 "Sprache" nicht erfülle und daher vom Verfahren auszuschliessen sei (Beschwerde, Rz. 42 ff.; Replik, Rz. 12 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022 Rz. 1 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. März 2022, Rz. 1 ff.).

**7.1.2** Gemäss Art. 9 Abs. 1 aBöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 aVöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.5 "Produkte zur Innenreinigung III").

**7.1.3** Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 aBöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel").

**7.1.4** Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (vgl. den neurechtlichen Art. 27 Abs. 2 BöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.1 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Ein Anbieter kann sich hinsichtlich der Eignung grundsätzlich auch auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers berufen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Anbieter tatsächlich über die entsprechenden Mittel des Subunternehmers verfügt bzw. sich diese Mittel hat zu sichern lassen. Ein bloss allgemeiner Hinweis reicht dafür nicht aus (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648). Als Nachweise gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin in Erfahrung bringen kann, ob die Anbieterin ihre bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht hat, und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung sowie Stellungnahme der damaligen Auftraggeberin, ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob die Anbieterin sie ordnungsgemäss erbracht hat (vgl. nach neuem Recht Art. 27 BöB und Anhang 3 Ziff. 12 VöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.3 und E. 5.4 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.2** Hiernach wird auf die Rüge eingegangen, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht. Zur Beurteilung der Rüge sind vorab die einschlägigen Passagen der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 wiederzugeben.

Die Ausschreibung legt in der Ziffer 3.7 folgende Eignungskriterien fest:

- EK01 Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung
- EK02 Erprobte Technologie der angebotenen Anlage
- EK03 Genügende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- EK04 Projektorganisation
- EK05 Sicherheitsvorkehrungen im Bahnumfeld
- EK06 Sprache
- EK07 Hinreichendes Qualitätsmanagement
- EK08 Vorliegen eines hinreichenden Umweltmanagementsystems

Das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" lautet gemäss der Ausschreibung, Ziffer 3.7, wie folgt:

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

Referenz 1

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Passiv- + Aktivkomponenten.

Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als acht Jahre zurückliegen.

Der damalige Kunde muss mit Namen und Kontaktangaben aufgeführt sein, so dass allfällige Rückfragen direkt beim Kunden eingeholt werden können.

## 7.3

**7.3.1** Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, das von der Beschwerdegegnerin angegebene Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" und Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" seien der Beschwerdegegnerin weder

zurechenbar noch mit dem vorliegend ausgeschriebenen Projekt vergleichbar.

**7.3.2** Zuerst ist auf das Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel", namentlich auf die gerügte Zurechenbarkeit des Projekts zur Beschwerdegegnerin, einzugehen. Die Beschwerdeführerin legt dar, das Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" sei der Beschwerdegegnerin nicht zurechenbar, weil die Beschwerdegegnerin sich auf Leistungen berufe, die sie nicht erbracht habe. So sei die Beschwerdegegnerin in ihrer Rolle als Generalunternehmerin nicht unmittelbar in die Prozesse der effektiven Zusammenarbeit bezüglich der aktiven Tunnelfunkanlage im "Rosshäusern-Tunnel" eingebunden gewesen. Vielmehr hätten diese Prozesse zwischen der Auftraggeberin BLS Netz AG und der damaligen Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin, der K. \_\_\_\_\_, stattgefunden. K. \_\_\_\_\_ sei im vorliegenden Projekt in das Angebot der Beschwerdeführerin eingebunden, womit sich die Beschwerdegegnerin die bei der Montage und Inbetriebnahme im Rosshäuern Tunnel gewonnene Erfahrung nicht anrechnen lassen könne (Replik, Rz. 15 f.).

Ausserdem würde sich an der fehlenden Zurechenbarkeit auch dadurch nichts ändern, dass am "Rosshäusern-Tunnel" mit der B. \_\_\_\_\_ AG eine Subunternehmerin mitgewirkt habe, welche die Beschwerdegegnerin auch in ihr Angebot auf das ausgeschriebene Projekt eingebunden habe. So müsse gemäss Ziffer 3.7 der Ausschreibung die "Anbieterin [...] den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin" über die geforderte Erfahrung verfüge. Die Anbieterin müsse sich demnach entscheiden, ob sie entweder ein eigenes Projekt angeben oder sich auf ein abgeschlossenes Projekt eines ARGE-Mitglieds oder einer Subunternehmerin berufen wolle (Replik, Rz. 17 f.).

Schliesslich dürfe das Wirtschaftlichkeitsprinzip nicht dazu führen, dass einzelne Angebote in einem kleineren Anbietermarkt weniger genau geprüft werden als andere. Der Markt und der Wettbewerb seien nicht durch die Zulassung ausschreibungswidriger Angebote zu fördern (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 3).

**7.3.3** Die Vergabestelle entgegnet, dass das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht verlangen würde, dass sämtliche Arbeiten im Referenzprojekt durch die Anbieterin oder ihre Subunternehmer selbst ausgeführt wurden. Ein solches Eignungskriterium wäre aufgrund der arbeitsteiligen Durchführung von

Tunnelprojekten nicht gerechtfertigt und würde bestehende Konsortialstrukturen wettbewerbswidrig zementieren. Ausserdem weise die Beschwerdegegnerin mit dem eingereichten Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" ohne Weiteres hinreichende Erfahrung im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten auf. So habe die Beschwerdegegnerin als Generalunternehmerin stets die Gesamtverantwortung für sämtliche Tätigkeiten und Prozesse gehabt, die bei diesem Projekt geplant und ausgeführt wurden. Somit habe auch die Letztverantwortung für die Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der aktiven Tunnelfunkanlage bei der Beschwerdegegnerin gelegen. Als Generalunternehmung habe sie die Verantwortung für alle damals beigezogenen Subunternehmer getragen, insbesondere für die K.\_\_\_\_\_ und die B.\_\_\_\_\_ AG (Vernehmlassung, Rz. 35 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 10 ff.).

**7.3.4** Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass sie im Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" als Generalunternehmerin fungiert habe. Sie habe in Koordination mit ihren damals im Projekt involvierten Subunternehmerinnen im Bereich Funk die Anlage geplant, installiert und in Betrieb gesetzt (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 20 ff.). Dass die effektive Zusammenarbeit bezüglich der aktiven Tunnelfunkanlage mit der K.\_\_\_\_\_ AG erfolgt sei, sei korrekt und auch nicht weiter verwunderlich, entspreche dies doch dem gängigen Vorgehen, wenn ein Generalunternehmen an einem Projekt beteiligt sei. Überdies sei auch die B.\_\_\_\_\_ AG, welche auch im Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" für die Montage der Tunnelfunkanlage zuständig war, in der vorliegenden Ausschreibung wieder als Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin vorgesehen, so dass dieser Teil der Referenz ebenfalls der Beschwerdegegnerin zuzurechnen sei. Dies müsse schon nur dadurch erlaubt sein, da Gegenteiliges explizit in der Ausschreibung hätte erwähnt werden müssen. Ausserdem würde eine enge Auslegeordnung der Ausschreibung betreffend Zurechenbarkeit dazu führen, dass eine Referenz in komplexen Projekten mit mehreren Beteiligten nur dann einem Anbieter zugerechnet werden könnte, wenn die Anbieterkonstellation exakt die Gleiche ist wie jene im Referenzprojekt, was den Anbieterkreis enorm stark einschränken und den Grundsätzen des Vergaberechts diametral entgegenstehen würde (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 5 ff.).

### **7.3.5**

**7.3.5.1** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten

Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk 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.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 31 aBöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 IVöB das Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen "piscine publique" und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). 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"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.3.5.2** Ferner ist bei der Auslegung von Anforderungen bzw. der Würdigung entsprechender Eignungsnachweise zu beachten, dass das Vergaberecht unter anderem den wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken soll (Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB) und daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Dasselbe gilt auch für Eignungskriterien. Es liegt zwar in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Insbesondere führt das Betonen der Bedeutung von Referenzprojekten dazu, dass sich neue Anbieter, die auf den Markt drängen, nicht beteiligen können. Auch im Rahmen der Festsetzung der Eignungsanforderungen ist indessen darauf zu achten, dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I";

Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.12.4 "Tunnelreinigung Gotthard Basistunnel"; siehe zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.3 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.3.6** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe das EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht erfüllt, ist die Ausschreibung zum EK01, Referenz 1, in Bezug auf die geforderte Rolle einer Generalunternehmerin als Referenzperson auszulegen.

**7.3.6.1** Das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verlangt, wie erwähnt (vgl. E. 7.2 hiervor), für die Referenz 1 gemäss den Ausschreibungsunterlagen das Folgende (Ausschreibung, Ziffer 3.7 [Auszug]):

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

Referenz 1: Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Passiv- und Aktivkomponenten

[...]

**7.3.6.2** Der Wortlaut der Ziffer 3.7 der Ausschreibung verlangt demnach einleitend, dass die Anbieterin selbst, das heisst alleine oder als ARGE Mitglied im Rahmen des Referenzprojekts, oder ihre Subunternehmerin, falls ein Referenzprojekt der Subunternehmerin eingereicht wird, Erfahrung im "Planen und Realisieren vergleichbarer Projekte" nachweist. Dabei besteht namentlich keine Beschränkung in Bezug auf die Funktion, ob als Generalunternehmerin oder als Subunternehmerin, in welcher die Anbieterin oder ihre Subunternehmerin an dem sie betreffenden Referenzprojekt mitgewirkt hat.

**7.3.6.3** In Bezug auf die Frage, ob und wann ein Generalunternehmen beim Referenzprojekt genügend selbst involviert war beziehungsweise wieweit es sich auf Leistungen der Subunternehmen stützen darf, ist im

Allgemeinen festzuhalten, dass es in Konstellationen mit Generalunternehmen durchaus nachvollziehbar ist, dass das Generalunternehmen nicht bei jeglichen Aufgaben in der gleichen Tiefe mitwirkt wie dessen Subunternehmen. Soweit eine Referenz des Generalunternehmers zulässig ist, kann demnach auch nicht verlangt werden, dass das Generalunternehmen sämtliche Subunternehmeraufgaben wahrgenommen hat. Diese Auslegung erscheint ausserdem auch mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts prima facie sachgerecht (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB und E. 7.3.5.2 hiervor).

**7.3.6.4** Weiter ist auf die Aufgaben einzugehen, die im Rahmen des Referenzprojekts unter EK01 wahrzunehmen waren. Während in Ziffer 3.7 unter EK01 einleitend gefordert wird, dass die Referenzperson über Erfahrungen im "Planen und Realisieren" verfügt, wird in Bezug auf das Referenzprojekt 1 zusätzlich noch die "Inbetriebnahme" verlangt. In systematischer Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen (vgl. dazu etwa das Urteil des BGer 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3 "corso di formazione") könnte die entsprechende Vorgabe so verstanden werden, dass die Anbieterin über Erfahrung im Planen und Realisieren verfügen muss, wobei das Erfordernis der Inbetriebnahme die Anforderungen an die Anbieter präzisiert bzw. erhöht. Indessen ist der Vergabestelle ein gewisser Ermessensspielraum zuzugestehen in Bezug auf die Frage, ob die angebotenen Referenzprojekte die Anforderung der Auftraggeberin erfüllen. Dies gilt insbesondere bei einem engen Anbietermarkt mit Blick auf die Wahrung hinreichenden Wettbewerbs (BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung alcosuisse I"; vgl. E. 7.3.5.2 hiervor).

### **7.3.7**

**7.3.7.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01, Referenz 1, nicht, ist sodann auf die unter EK01 eingereichten Unterlagen hinzuweisen. Die Beschwerdegegnerin hat unter EK01 die Referenzprojekt "Rosshäusern-Tunnel" sich selbst und im Referenzprojekt "Ceneri-Basistunnel" ihre Partnerin D.\_\_\_\_\_ AG angegeben (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", EK01), wobei unbestritten ist, dass das Projekt Rosshäusern-Tunnel als Referenz 1 und das Projekt "Ceneri-Basistunnel" als Referenz 2 gilt.

**7.3.7.2** Hiernach ist auf die Referenz 1 zum Rosshäusern-Tunnel, für das die Beschwerdegegnerin ihre eigenen Leistungen angibt, einzugehen. Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin als Nachweis zur

Referenz 1 ein sechsseitiges Dokument einreichte, welches das Referenzprojekt "Rosshäusern-Tunnel" beschreibt. Die Beschwerdegegnerin wird auf der Titelseite sowie in der Kopfzeile des Dokuments aufgeführt. Als Ansprechpartner wird ein Vertreter des Bauherrn BLS Netz AG genannt (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", "Referenz BLS Doppelspurausbau Rosshäusern – Mauss: Bahntechnik Rosshäuserntunnel"; Vernehmlassung, Beilage 4). Das Dokument beschreibt zusammenfassend die Projektleistungen, welche die Planung sowie die Inbetriebsetzung der Komponenten und Systeme im Bereich der Bahntechnik umfassen (S. 2). Ein Teil des Projektes bildet auch die Telekommunikation LP5 (S. 5). Nach der Referenzauskunft beinhaltet die Telekommunikation die beiden Teilbereiche "Datennetz" sowie "Tunnelfunk" und umfasst die Planung, Materiallieferung, Montage, Inbetriebsetzung und Schulung (S. 5).

**7.3.7.3** Die Beschwerdegegnerin hat für das EK01 als Referenz 1 demnach prima facie ihre eigene Leistung im "Rosshäusern-Tunnel" angegeben, wobei die Referenzauskunft von der Bauherrin BLS Netz AG erteilt wurde. Die Angabe einer eigenen Leistung als Referenzprojekt ist gemäss EK01 zulässig (vgl. E. 7.3.6.2 hiavor).

**7.3.7.4** Weiter ergeben sich aus den Vorakten Hinweise zur Rolle der Beschwerdegegnerin im Projekt "Rosshäusern-Tunnel" und zu ihren Leistungen. Auf an die Beschwerdegegnerin gerichtete Nachfrage der Vergabestelle, welche in ihrem Fragenkatalog vom 12. Mai 2021 für die Beschwerdegegnerin ausführte, es sei zu wenig ersichtlich, welche Aufgaben die Beschwerdegegnerin im Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" bei der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage mit Passiv- und Aktivkomponenten übernommen habe, führte die Beschwerdegegnerin das Folgende aus (Vorakte 8 "Evaluation", "Rückfragen an Anbieter", "Fragen EK", "Fragenkatalog"; Vernehmlassung, Beilage 5, Frage 1):

Die Z.\_\_\_\_\_ hatte beim Rosshäusern Ausbau die GU Rolle. Die Zusammenarbeit im Bereich Funk (LP5) erfolgte mit K.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und beinhaltete:

- **Planung der Anlage** mit Zuarbeit durch K.\_\_\_\_\_
- **Ausführung**, Vorbereitung Installation und Messfahrten durch RBT
- **Montage und IBN mit Unterstützung K.\_\_\_\_\_**
- **Koordination und Installation** der passiven Komponenten und Montage mit B.\_\_\_\_\_ (KF und Strahlerkabel)

Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Vergabestelle mit E-Mail vom 16. Juli 2021 zum Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" eine Referenzauskunft bei der BLS Netz AG eingeholt hat, auf welche sie die nachfolgende auszugsweise dargestellte E-Mail Antwort vom 25. August 2021 erhalten hat (Vorakte 8 "Evaluation", "Eignungsprüfung", "Referenzauskünfte"; Vernehmlassung, Beilage 6):

[...]

Die Erfahrung mit Z.\_\_\_\_\_ AG im Projekt BLS Doppelspurausbau Rosshäusern – Mauss kann aus unserer Sicht mit 4-5 bewertet werden. Wenn bloss eine volle Bewertung möglich ist: 5. Bitte beachten: Z.\_\_\_\_\_ trat in diesem Projekt als GU auf. Die effektive Zusammenarbeit bezgl. der aktiven Tunnel-funkanlage lag zwischen der BLS Netz AG und dem Subakkordanten K.\_\_\_\_\_ sowie zwischen der BLS Netz AG und weiteren Stakeholdern wie der SBB, den Q.\_\_\_\_\_ und dem BABS für die Polycom Anbindung. Z.\_\_\_\_\_ hat dies bei Bedarf einerseits unterstützt und die Direktkontakte andererseits nie erschwert.

[...]

**7.3.7.5** Die Beschwerdegegnerin hat demnach nach eigenen Angaben die Rolle als Generalunternehmen eingenommen und im Bereich Funk mit der K.\_\_\_\_\_ und der B.\_\_\_\_\_ AG zusammengearbeitet. Als Generalunternehmen oblag ihr prima facie die Verantwortung für die Koordinierung der Aufgaben. Nach eigenen Auskünften war sie ausserdem für die **Ausführung, Vorbereitung der Installation** und die **Messfahrten** verantwortlich. Die Planung der Anlage sei in Zusammenarbeit mit K.\_\_\_\_\_ erfolgt. Auch die **Montage und das IBN** hätten in Zusammenarbeit mit der K.\_\_\_\_\_ stattgefunden. Sie hat demnach prima facie neben der Koordinierung der Aufgaben einzelne Arbeiten ausgeführt und dabei teilweise mit der K.\_\_\_\_\_ zusammengearbeitet.

Aus den Auskünften der BLS vom 25. August 2021 zum Projekt Rosshäusern wird prima facie ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin als Generalunterunternehmen handelte, wobei die effektive Zusammenarbeit bei der **aktiven Tunnel-funkanlage** prima facie so erfolgte, dass die Beschwerdegegnerin insbesondere die K.\_\_\_\_\_ unterstützte. Für die Koordination und Installation der **passiven Komponenten** und Montage war gemäss der Beschwerdegegnerin die B.\_\_\_\_\_ AG verantwortlich (KF und Strahlkabel).

**7.3.7.6** Die Rollen und die Zuteilung der Aufgaben deuten demnach auf eine Verteilung hin, wie sie bei einer Generalunternehmung gegenüber ihrer Subunternehmung besteht. Ein Teil der Aufgaben lag prima facie vollends in der Verantwortung der Beschwerdegegnerin trotz ihrer Stellung als Generalunternehmung, namentlich die Ausführung, Vorbereitung der Installation und die Messfahrten. Bei anderen Aufgaben koordinierte und unterstützte sie prima facie die damaligen Subunternehmen in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Das Generalunternehmen nimmt definitionsgemäss nicht sämtliche Aufgaben in derselben Tiefe wie die Subunternehmen wahr, ihm kommt aber eine Verantwortung für die erfolgreiche Projektorganisation zu. Es ist prima facie davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin im angegebenen Referenzprojekt 1 ihre Generalunternehmerrolle wahrgenommen hat. Durch die ihr allein obliegende Koordinierung der Aufgaben und die Wahrnehmung einzelner Aufgaben leistet sie einen wesentlichen Beitrag zur Planung und Realisierung des Projekts. Mit Blick darauf, dass die Rolle als Generalunternehmen im angegebenen Referenzprojekt – jedenfalls wenn wie prima facie in Bezug auf die vorliegend nachgefragten Leistungen von einem engen Anbietermarkt auszugehen ist – eine ausreichende Referenz darstellt (vgl. E. 7.3.6.2 hiervor), lag die Beurteilung der Vergabestelle, das Referenzprojekt 1 könne insbesondere trotz des Umstands, dass die Hauptlast der Planungsarbeiten unbestrittenermassen bei der auf der Beschwerdeführerseite eingebundenen K. \_\_\_\_\_ gelegen hat, auch der Beschwerdegegnerin zugerechnet werden, prima facie im Ermessensspielraum der Vergabestelle.

**7.3.8** Die Rüge, das Referenzprojekt 1 unter EK01 sei der Beschwerdegegnerin nicht zurechenbar, ist demnach prima facie offensichtlich unbegründet, weil die Beschwerdegegnerin mit dem Referenzprojekt die an die Referenz gestellten Voraussetzungen erfüllt, womit die Frage der kumulativen Zurechnung mit Blick auf die Beiträge der K. \_\_\_\_\_ und der B. \_\_\_\_\_ AG vorliegend offenbleiben kann.

**7.3.9** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" der Beschwerdegegnerin prima facie zurechenbar ist. Jedenfalls mit Blick auf die Marktverhältnisse erweist sich die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin als offensichtlich unbegründet.

## 7.4

**7.4.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, der Beschwerdegegnerin sei in Bezug auf das EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung", Referenz 2, das angegebene Projekt "Ceneri-Basistunnel" nicht zurechenbar. Sie argumentiert, dass die von der Beschwerdegegnerin angegebene D.\_\_\_\_\_ AG nicht die Trägerin des Referenzprojekts sei bzw. ihr dieses nicht zurechenbar sei. Im Gründungszeitpunkt der D.\_\_\_\_\_ AG seien insbesondere die mehrjährigen Phasen der Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel längst abgeschlossen und sei die Testphase bereits in Gang gewesen. An dieser fehlenden Zurechenbarkeit würde auch der Umstand nichts ändern, dass der Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ AG bereits zu Beginn des Referenzprojekts 2 als Angestellter eines Konsortiumsmitglieds im Ceneri-Projekt involviert war (Replik, Rz. 20 ff.).

**7.4.2** Die Vergabestelle entgegnet, die mit dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" abgefragte Erfahrung im Projektmanagement sei eng mit qualifizierten und verantwortlichen Personen verknüpft. Massgebend sei, dass in der jeweiligen Unternehmung Erfahrung, d.h. Know-how bezüglich Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage, vorhanden sei. Irrelevant für das Vorhandensein von Erfahrungen sei hingegen, ob das Unternehmen im Zeitpunkt des Referenzprojekts bereits als wirtschaftlich selbstständige Organisationseinheit bestanden habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 17 ff.).

Vorliegend würde die relevante und im Markt nur schwer zu substantiierende Erfahrung bei der Schlüsselperson F.\_\_\_\_\_ liegen. F.\_\_\_\_\_ sei als Projektleiter bei der ARGE G.\_\_\_\_\_ für das Projekt Ceneri-Basistunnel angestellt und in dieser Funktion für den Bereich Tunnelfunk verantwortlich gewesen. Gemäss Referenzauskunft sei es dabei hauptsächlich F.\_\_\_\_\_ zu verdanken, dass im Ceneri-Basistunnel ein funktionierendes Gesamtsystem für die Tunnelfunkanlage entstanden ist, da er die Mängel in der Organisation und die Ressourcenknappheit mit viel Fachwissen, richtiger Prioritätensetzung und Engagement kompensiert und das Detailprojekt überarbeitet habe. F.\_\_\_\_\_ habe sich sodann während der Dauer des Referenzprojekts selbstständig gemacht, indem er sein Know-how in die neu gegründete Firma D.\_\_\_\_\_ AG eingebracht habe. Entsprechend sei davon auszugehen, dass das unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" relevante Know-how im Zeitpunkt ihrer Gründung auf die D.\_\_\_\_\_ AG

übergegangen sei und diese sich die Leistungen von F. \_\_\_\_\_ ab Mai 2018 anrechnen lassen könne. Diese Schlussfolgerung sei aus wettbewerbsrechtlicher Sicht naheliegend, da sonst eine Abspaltung erfolgreicher Einzelpersonen oder Abteilungen stets dazu führen würde, dass diese sämtliches, bei der Abspaltung übertragenes Know-how in einer öffentlichen Ausschreibung nicht mehr geltend machen könnten und damit faktisch vom Markt ausgeschlossen wären (Duplik Vergabestelle, Rz. 19 ff.).

**7.4.3** Die Beschwerdegegnerin führt in Bezug auf das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" aus, dass das Know-how und die Erfahrungen von F. \_\_\_\_\_ als personenbezogene Referenz zu qualifizieren seien und die Referenz mitsamt Know-how und Erfahrung insofern bei seinem Weggang nicht bei der E. \_\_\_\_\_ AG verblieben, sondern auf die D. \_\_\_\_\_ AG übergegangen sei. Würde auf die spitzfindige Argumentation der Beschwerdeführerin abgestellt, so wäre es neugegründeten Unternehmen während Jahren nicht möglich, im Markt mitzubieten, obwohl ihr Personal über das notwendige Know-how und eingehende Erfahrung verfügt (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 15 ff.).

#### **7.4.4**

**7.4.4.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01, Referenz 2, nicht, weil die angegebene Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin nicht über die notwendige Erfahrung verfüge, ist vorab auf den Wortlaut der Ausschreibung einzugehen. Dieser lautet hinsichtlich des EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" auszugsweise wie folgt (Ziff. 3.7 der Ausschreibung, vgl. E. 7.2 hiervor):

"Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. [...]."

In Bezug auf diese Ziffer 3.7 der Ausschreibung zum EK01 ist im Folgenden mit Blick auf die für Eignungskriterien geltenden Regeln (vgl. E. 7.3.5 hiervor) durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Unternehmens- oder eine Schlüsselpersonenreferenz gefordert wurde.

**7.4.4.2 Unternehmensreferenzen** hängen an der ganzen Unternehmung beziehungsweise Abteilung, welche den Referenzauftrag ausgeführt hat. Sie bleiben grundsätzlich auch nach einem Weggang bestimmter Schlüs-

selbsten erhalten. Unternehmensreferenzen können dadurch übertragen werden, dass das Unternehmen als solches oder zumindest die betreffende Unternehmenseinheit insgesamt übertragen wird, beispielsweise durch Abspaltung und Absorption (Baurecht 2013, S. 207 f. S 276 mit Anmerkung MARTIN BEYELER). Wurde also ein Referenzobjekt einer Anbieterin zugeschlagen, ging dann aber der für die Objektausführung relevante Bereich durch Übertragung auf ein anderes Unternehmen über, wurde damit auch das Referenzprojekt an dieses Unternehmen übertragen. Daher kann sich Letzteres seit dieser Übertragung jenes Projekt grundsätzlich als eigenes anrechnen lassen (vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 mit Hinweisen "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen").

**Schlüsselpersonenreferenzen** sind dagegen an ihren Träger gebunden und können nur geltend gemacht werden, solange der Träger dem Anbieter dient (Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.5 "Präqualifikation Ittigen" mit Hinweis auf das Urteil 52.2012.386 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 6. Dezember 2012; BEYELER, Baurecht 2013, S. 208, Anmerkung zu S 276; vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

#### 7.4.5

**7.4.5.1** Der Wortlaut der Ziffer 3.7 der Ausschreibung hält fest, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin einen Erfahrungsnachweis zu erbringen hat. Prima facie ist demnach gestützt auf den Wortlaut von der Vorgabe einer Unternehmensreferenz auszugehen. Sowohl die Z. \_\_\_\_\_ AG als auch die am Angebot beteiligte D. \_\_\_\_\_ AG sind Unternehmen im beschriebenen Sinne (vgl. E. 7.4.4.2 hiervor). Damit ist auch die von der am Angebot beteiligten D. \_\_\_\_\_ AG eingereichte Referenz als Unternehmensreferenz zu beurteilen.

**7.4.5.2** Somit ist im Folgenden darauf einzugehen, welche Erfahrungen für die Erfüllung der EK01, Referenz 2, ausreichen, und ob die D. \_\_\_\_\_ AG mit dem angegebenen Projekt "Ceneri-Basistunnel" diese vorweisen kann (vgl. E. 7.4.6 und E. 7.4.7 hiernach).

#### 7.4.6

**7.4.6.1** Das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verlangt für die Referenz 2 gemäss den Ausschreibungsunterlagen das Folgende (Ausschreibung, Ziffer 3.7 [Auszug], vgl. bereits E. 7.2 hiervoor):

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

[...]

Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als acht Jahre zurückliegen.

**7.4.6.2** Demnach gilt nach Ziffer 3.7 der Ausschreibung eine Referenz als geeignet und vergleichbar, wenn die Anbieterin oder Subunternehmerin aufgrund des Referenzprojekts nach den allgemeinen Ausführungen über Erfahrung im "Planen" und "Realisieren" vergleichbarer Projekte verfügt, wobei für die Referenz 2 über die "Planung" und "Realisierung" hinaus die "Inbetriebnahme" einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten verlangt wird.

#### **7.4.7**

**7.4.7.1** Zur Beurteilung, ob die D. \_\_\_\_\_ AG im Sinne des EK01, Referenz 2, ausreichend an der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" mitgewirkt hat, ist vorab darauf hinzuweisen, dass es unbestritten ist, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen des Projektes Ceneri-Basistunnel ab Mai 2018 bei der E. \_\_\_\_\_ AG (Duplik Vergabestelle, Rz. 20; Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 19) und danach bei der D. \_\_\_\_\_ AG tätig war. Die D. \_\_\_\_\_ AG übernahm ferner unbestrittenermassen vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems im Ceneri-Projekt (vgl. die Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 34).

**7.4.7.2** Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin als Nachweis zum EK01, Referenz 2, ein mehrseitiges Dokument einreichte, welches die Referenzprojekte der D.\_\_\_\_\_ AG beschreibt. Neben anderen Referenzen der D.\_\_\_\_\_ AG wird auch die Projektleitung für das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" beschrieben (vgl. Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", "Projektreferenzen D.\_\_\_\_\_"; Vernehmlassung, Beilage 7). Weiter hat die D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Antworten zum Fragenkatalog der Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2021 sowohl die Planung einzelner Schritte der Tunnelfunkanlage als auch die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems zu verantworten (Vorakte "Evaluation", "Rückfragen an Anbieter", "Fragen EK"; Vernehmlassung, Beilage 5, Frage 2).

**7.4.7.3** Ferner ergibt sich aus dem E-Mailverkehr vom 18. Juni und 22. Juni 2021, dass die Vergabestelle die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels mittels eines Fragebogens um eine Referenzauskunft ersucht hat. Per E-Mail vom 22. Juni 2021 reichte die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels den beantworteten Fragenkatalog ein (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Eignungsprüfung", "Referenzauskünfte"; Vernehmlassung, Beilagen 8 und 9). Aus dem E-Mailverkehr vom 22. Juni 2021 und den Antworten der Projektleitung zum Fragenkatalog vom 22. Juni 2021 ergeben sich folgende Hinweise zum Aufgabenbereich von F.\_\_\_\_\_ und zu seiner Aufgabenerfüllung:

- Im begleitenden E-Mail vom 22. Juni 2021 zu ihren Angaben im Fragenkatalog hält die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels fest, dass F.\_\_\_\_\_ massgeblich dazu beitrug, das Projekt "Ceneri-Basistunnel" schlussendlich **erfolgreich abzuschliessen** (vgl. Vernehmlassung, Beilage 8).
- In dem von der Projektleitung beigelegten ausgefüllten Fragebogen vom 22. Juni 2021 nahm die Referenzauskunftsgeberin zu den Angaben des Anbieters Stellung. Darin nimmt sie wiederholt auf F.\_\_\_\_\_ Bezug. Sie hält fest, F.\_\_\_\_\_ habe massgebend zur Behebung von Mängeln an **der Aufbau- und Ablauforganisation** beigetragen und er sei für das **Projektmanagement** verantwortlich gewesen (vgl. Vernehmlassung, Beilage 9).

**7.4.7.4** Es ist daher festzuhalten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG mit F.\_\_\_\_\_ einen Mitarbeiter aufweist, der prima facie massgeblich zum Erfolg des Projektes betreffend die Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel beigetragen hat.

**7.4.7.5** Soweit infrage steht, welche Arbeiten der E.\_\_\_\_\_ AG und der D.\_\_\_\_\_ AG als Unternehmensreferenzen zuzurechnen sind, ist die Tätigkeit von F.\_\_\_\_\_ als massgeblicher Akteur im Projekt "Ceneri-Basistunnel" bedeutend. Zum Zeitpunkt des Eintritts von F.\_\_\_\_\_ bei der ARGE G.\_\_\_\_\_ im Mai 2018, namentlich bei der E.\_\_\_\_\_ AG, haben prima facie bereits Arbeiten im Bereich des Einbaus der Bahntechnik und der Telekom- und Funkanlagen begonnen. Namentlich hat gemäss der Medienmitteilung der Alptransit Gotthard AG vom 26. Juli 2017 (Replik, Beilage 10) der Einbau der Bahntechnik am 26. Juli 2017 begonnen und gemäss der Medienmitteilung der G.\_\_\_\_\_ vom 3. September 2019 (Replik, Beilage 13) sind die Einbauarbeiten im Bereich der Bahntechnik im August 2019 abgeschlossen worden. F.\_\_\_\_\_ trat demnach während der Einbauarbeiten der Tunnelfunkanlage als Angestellter der E.\_\_\_\_\_ AG ins Projekt ein und wirkte prima facie vor allem im Rahmen der Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ AG auch an den Einbauarbeiten mit, bis diese im August 2019 abgeschlossen werden konnten.

Im Rahmen seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ AG vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 war F.\_\_\_\_\_ demgegenüber prima facie für die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems zuständig (vgl. Antwort zur Frage 2 im Fragenkatalog vom 12. Mai 2021; Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 34).

**7.4.8** Zur Beurteilung, ob die D.\_\_\_\_\_ AG die Voraussetzungen für die Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel, namentlich für die **Realisierung und Inbetriebnahme** der Tunnelfunkanlage, erfüllt, ist weiter darauf hinzuweisen, dass sich aus den Vorakten, namentlich dem durch die Beschwerdegegnerin ausgefüllten Fragenkatalog vom 12. Mai 2021, ergibt, dass der D.\_\_\_\_\_ AG Aufgaben im Bereich der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage zugekommen sind. Die D.\_\_\_\_\_ AG hat gemäss Auskünften vom 12. Mai 2021 etwa die Planung und Koordination mit den Providern übernommen oder die Funkmessungen geplant und durchgeführt. Ebenso erschliesst sich aus den Angaben der Projektleitung des Ceneri-Basistunnels vom 22. Juni 2021, dass der D.\_\_\_\_\_ AG eine solche Rolle zuzuschreiben ist.

Zwar unterscheidet die Projektleitung in ihrer Auskunft vom 22. Juni 2021 nicht durchgehend zwischen der D.\_\_\_\_\_ AG und F.\_\_\_\_\_, womit zumindest teilweise keine klare Zuordnung der Tätigkeit von F.\_\_\_\_\_ zur D.\_\_\_\_\_ AG möglich ist. So wird bei der Auskunft zu R\_1\_001 Ablau-

forganisation zwar auf " D.\_\_\_\_\_ (F.\_\_\_\_\_)" Bezug genommen, welche in der Projektorganisation viel zu einem funktionierenden Gesamtsystem in Bezug auf die Tunnelfunkanlage beigetragen habe. An anderer Stelle, namentlich beim Projektmanagement R\_1\_004, wird dagegen "F.\_\_\_\_\_" alleine genannt, der Planungsmängel wettgemacht habe. Selbst wenn die Zuordnung von einzelnen Tätigkeiten von F.\_\_\_\_\_ zur D.\_\_\_\_\_ AG mangels genauer Bezeichnung nicht detailliert vorgenommen werden kann, ergibt sich prima facie das Gesamtbild, dass F.\_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Tätigkeit für das Projekt Ceneri-Basistunnel vom Mai 2018 bis Dezember 2020 und auch nach Gründung der D.\_\_\_\_\_ AG zahlreiche Organisationsaufgaben wahrgenommen hat. Dabei fallen prima facie zahlreiche Aufgaben in den Zeitraum seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ AG für die Zeit von Anfang Oktober 2019 bis Ende Dezember 2020, die fast die Hälfte der gesamten Zeit vom Mai 2018 bis Ende Dezember 2020, in der F.\_\_\_\_\_ für das Projekt tätig war, ausmacht. Prima facie erfüllt die D.\_\_\_\_\_ AG demnach die Vorgabe, an der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel teilgenommen zu haben.

**7.4.9** Zu prüfen bleibt, ob der D.\_\_\_\_\_ AG die **Planung** im Projekt Ceneri-Basistunnel zuzurechnen ist. Der D.\_\_\_\_\_ AG kann vorderhand keine Erfahrung im Rahmen der Planung des Einbaus der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel zugerechnet werden, weil der Einbau bereits im August 2019 erfolgt ist. Entgegen der Feststellung, dass die D.\_\_\_\_\_ AG nicht an der Planung für den Einbau der Tunnelfunkanlage mitgewirkt hat, zeigen die Vorakten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG nach dem Einbau mehrere Planungsarbeiten im Rahmen der Mängelbehebung wahrgenommen hat. Die Antworten der Vertreter des Ceneri Projektes auf den Fragebogen vom 22. Juni 2021 zeigen namentlich, dass die D.\_\_\_\_\_ AG mit F.\_\_\_\_\_ Mängel in der Aufbau- und Ablauforganisation im Projekt Ceneri-Basistunnel für die Tunnelfunkanlage durch Fachwissen und Einsatz kompensiert und behoben hat (S. 5). Ebenfalls wird mit Bezug auf F.\_\_\_\_\_ ausgeführt, dass dieser Planungsmängel behoben hat. Das gilt offenbar auch für die Zeit, in der F.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ AG beschäftigt war. Im Rahmen des Projektmanagements hat er offenbar im Sinne einer Krisenbewältigung – also nicht zu vergleichen mit der üblichen Situation bei der blossen Umsetzung bereits abgeschlossener Planung – in einem Umfang Konzeptarbeit geleistet hat, der davon ausgehen lässt, dass F.\_\_\_\_\_ auch im Rahmen seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ AG Mängel des Projektmanagements behoben hat.

Prima facie ergibt sich demnach, dass die D.\_\_\_\_\_ AG eine Reorganisation der Aufbau- und Ablauforganisation sowie die Behebung von Mängeln des Projektmanagements bewerkstelligt hat. F.\_\_\_\_\_ sind damit prima facie Aufgaben im Bereich der Planung zugekommen, die zwar nicht den Einbau der Anlage, wohl aber die Projektplanung betreffen.

**7.4.10** Nach dem Gesagten stand es jedenfalls mit Blick auf den engen Anbietermarkt im Bereich der Tunnelfunkanlagen (vgl. dazu E. 7.3.5.2 i.V.m. E. 7.3.9 hiervor) offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle, das Referenzprojekt 2 – obwohl die ursprüngliche Planung und wohl auch wesentliche Elemente des Einbaus der (...) E.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen sind – auch der D.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen. Damit kann offen bleiben, ob der Argumentation der Beschwerdegegnerin folgend (vgl. E. 7.4.3 hiervor) in der vorliegend zu beurteilenden Situation – im Ergebnis hat sich prima facie eine Schlüsselperson während laufendem Projekt selbständig gemacht – darüber hinaus auch die Unterscheidung zwischen Unternehmensreferenz und Referenz von Schlüsselpersonen relativiert werden könnte.

**7.4.11** Da die Rüge, die Referenz 2 unter EK01 sei der Beschwerdegegnerin nicht zurechenbar, weil sie mit dem Referenzprojekt nicht ausreichend Erfahrung darlegen, prima facie offensichtlich unbegründet ist, kann (wie bereits bei EK01, Referenz 1, vgl. E. 7.3.8 hiervor) bei der Beurteilung der Ausschlussrüge gegen das EK01, Referenz 2, die Frage der kumulativen Zurechnung unter Kombination der Beiträge der D.\_\_\_\_\_ AG und der B.\_\_\_\_\_ AG offen bleiben.

**7.5** Somit kann in Bezug auf die Zurechenbarkeit der unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftrags Erfüllung" eingereichten Referenzprojekte festgehalten werden, dass die Vergabestelle ihr Ermessen jedenfalls unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Anbietermarktes prima facie nicht überschritten hat, indem sie diese als der Beschwerdegegnerin respektive ihrer Subunternehmerin zurechenbar beurteilt hat. Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin prima facie als offensichtlich unbegründet.

## 7.6

**7.6.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die unter dem EK01 von der Beschwerdegegnerin eingereichten Referenzprojekte für die Referenz 1 "Rosshäusern-Tunnel" und die Referenz 2 "Ceneri-Basistunnel" seien nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar und würden daher das EK01 nicht erfüllen. Der Fokus bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit liege auf den fachlichen Kompetenzen und Erfahrungen, was unweigerlich eine Gegenüberstellung der referenzierten und ausgeschriebenen Projekte und ihrer Komplexität erfordere. Erklärungsversuche und Verweise der Vergabestelle auf tiefe Marktzutrittsschranken und den Anbieterwettbewerb würden nicht überzeugen (Beschwerde, Rz. 53 ff.; Replik, Rz. 36 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 7 ff.).

Sie bringt namentlich vor, erstens handle es sich bei den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Referenzprojekten "Ceneri-Basistunnel" und "Rosshäusern-Tunnel" um **Rohbautunnel**, welche erstmals vor der Inbetriebnahme mit Funkanlagen ausgerüstet wurden. Beim Gotthard-Basistunnel, welcher den Hauptanteil des vorliegenden Lieferauftrages ausmache, handle es sich dagegen um Arbeiten unter laufendem Betrieb, bei welchen Besonderheiten gelten würden, namentlich in Bezug auf Sicherheitsvorkehrungen und Vorgaben betreffend Ausbildung und Schulung. Dass dieser Unterschied zentral sei, zeige sich auch darin, dass die Vergabestelle die Komplexität des Projekts im Vergabeverfahren in erster Linie anhand der Tunneleigenschaften und Montagebedingungen beurteilt habe (Beschwerde, Rz. 56; Replik, Rz. 38).

Zweitens würden die eingereichten Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin über ganz andere Tunneleigenschaften verfügen als die ausgeschriebenen Projekte. So nennt die Beschwerdeführerin in Bezug auf den Gotthard Basistunnel etwa dessen weltweit unerreichte **Länge** und die engen Platz- und gesundheitlich belastenden Umweltverhältnisse (Beschwerde, Rz. 57).

Drittens würden die in den von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzprojekten eingesetzten **Tunnelfunksysteme** (Ceneri-Basistunnel: X.\_\_\_\_\_; Rosshäusern-Tunnel: K.\_\_\_\_\_) nicht übereinstimmen mit dem in der vorliegenden Offerte offerierten System (I.\_\_\_\_\_; Beschwerde, Rz. 58). Die von der Vergabestelle gestellten Rückfragen, welche Multiband-Anlage in der angegebenen Referenz "Rosshäusern-Tunnel" in Betrieb genommen worden sei, würden zeigen, dass die Vergabe-

stelle die Vergleichbarkeit der Referenzen 1 und 2 mit dem ausgeschriebenen Projekt, auch von der eingesetzten Technologie abhängig mache (Replik, Rz. 44).

**7.6.2** Die Vergabestelle entgegnet, dass Referenzprojekte nicht (beinahe) identisch sein müssten. Vielmehr genüge es, dass sich die Leistungen im Referenzprojekt der ausgeschriebenen Leistung so weit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen würden (Vernehmlassung, Rz. 41 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 25 ff.).

In Bezug auf die einzelnen Aspekte führt die Vergabestelle aus, dass erstens die Ausschreibung nicht verlangen würde, dass Projekte unter laufendem Betrieb als Referenzprojekte eingereicht würden. Sinn und Zweck des Eignungskriteriums EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" sei es, zu prüfen, ob die Anbieterinnen die nötige Erfahrung haben in der Organisation, Planung und im Bau technischer Anlagen, insbesondere mehrbandiger Tunnelfunkanlagen. Es würde verschiedene Faktoren geben, die ein Tunnelfunkprojekt komplex und anspruchsvoll machen. Beispielsweise würden Tunnel-Neubauprojekte sehr strengen Terminvorgaben unterliegen. Hätte die Vergabestelle nur Projekte unter laufendem Betrieb zulassen wollen, hätte die Vergabestelle das explizit so in die Ausschreibung geschrieben, was sie aber nicht getan habe. Schliesslich hätten abgesehen von der Beschwerdeführerin alle anderen Anbieterinnen ausschliesslich Neubauprojekte als Referenzen vorgelegt (Vernehmlassung, Rz. 43 ff.).

Zweitens sei bezüglich Grösse und Komplexität festzuhalten, dass der Wortlaut des Eignungskriteriums EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" für die Vergleichbarkeit von Referenzprojekten weder eine Mindestlänge des Tunnels vorschreiben noch Komplexitätsanforderungen stellen würde. Ausserdem wäre der Anbieterkreis von Anfang an auf eines oder zwei Unternehmen beschränkt, würden in Bezug auf Länge und Komplexität unmittelbar mit dem Gotthard Basistunnel vergleichbare Projekte gefordert (Vernehmlassung, Rz. 46 ff.).

Drittens sei es irrelevant, ob die in der Offerte der Zuschlagsempfängerin angebotene Technologie mit den Tunnelfunksystemen der Referenzprojekte im Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" übereinstimmen, da das Eignungskriterium technologieneutral formuliert worden sei. Das Eignungskriterium EK01

"Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" und das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" seien hier klar zu trennen, wobei es beim Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" um die Anforderungen an die tatsächlich offerierte Tunnelfunkanlage gehe. Schliesslich führt die Vergabestelle aus, dass der Markt für Tunnelfunkanlagen für neue Hardware-Anbieterinnen auf unbestimmte Zeit verschlossen sei, wenn das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" in Bezug auf die Technologie entsprechend eng ausgelegt würde. Dies wäre aus wettbewerbsrechtlicher Sicht nicht haltbar (Vernehmlassung, Rz. 42 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 51).

### **7.6.3**

**7.6.3.1** Zur Vergleichbarkeit der Referenzprojekte zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält die Ausschreibung, wie bereits dargestellt (vgl. E 7.2 hiervor), das Folgende fest (Ausschreibung, Ziff. 3.7):

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

#### Referenz 1

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Passiv- + Aktivkomponenten.

#### Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten.

[...]

**7.6.3.2** Aus dem Wortlaut der Ausschreibung ergibt sich somit neben den Vorgaben, was die Referenzprojekte beinhalten müssen, namentlich die Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Aktiv- und Passivkomponenten (Referenz 1) oder mit mehreren Funkdiensten (Referenz 2), kein weiterer Anhaltspunkt bezüglich der Frage, wie ähnlich ein Referenzprojekt mit dem vorliegend ausgeschriebenen Projekt sein muss. Insbesondere trifft die Vergabestelle bei der Beurteilung der

Vergleichbarkeit nicht die Unterscheidung, ob Projekte unter laufendem Betrieb stehen oder nicht. Auch wird nicht auf die Länge oder die Komplexität oder die angewandte Technologie als Kriterium der Vergleichbarkeit des Projektes verwiesen. Insoweit besteht keine konkretisierende Einschränkung in Bezug auf das Erfordernis der Vergleichbarkeit.

#### 7.6.4

**7.6.4.1** Das Projekt "Rosshäusern-Tunnel" betrifft die Installation und Inbetriebnahme der Telekommunikation im Rosshäusern-Tunnel (vgl. E. 7.3.7.2 hiervor). Das Projekt "Ceneri-Basistunnel" beschlägt die Planung, die Lieferung, den Einbau und die Inbetriebsetzung der Bahntechnik, mitunter Telecom Festnetz und Funk (Medienmitteilung der AlpTransit Gotthard AG vom 26. Juli 2017, Replik, Beilage 10). Beide Referenzprojekte beschlagen demnach prima facie den Einbau und die Inbetriebsetzung von Anlagen im Bereich Telekommunikation, wobei unbestritten ist, dass die Projekte Anlagen mit mehreren Funkdiensten betreffen. Die Vergleichbarkeit ist damit insoweit prima facie gegeben.

**7.6.4.2** Prima facie erscheint es angesichts fehlender spezifischer Vorgaben (vgl. E. 7.6.3.2 hiervor) im Rahmen des Ermessens der Vergabestelle, wenn sie in Bezug auf Tunnelfunkanlagen davon ausgeht, dass ein Projekt **unter laufendem Betrieb** mit Projekten vergleichbar ist, die nicht unter laufendem Betrieb verwirklicht wurden. Zwar dürften prima facie Unterschiede bestehen, wenn ein Projekt unter laufendem Betrieb zu verwirklichen ist, wie die von der Vergabestelle vorgebrachten strengen Terminvorgaben (Vernehmlassung, Rz. 43 ff.). Dennoch ergibt sich prima facie nicht, weshalb das Know-how, welches im Rahmen eines Projektes ohne laufenden Betrieb erlangt wurde, nicht zu grossen Teilen auf ein solches unter laufendem Betrieb transferiert werden können sollte. Damit kann offen bleiben, ob die Vergabestelle mit Blick auf die sehr überschaubare Anzahl der einschlägigen Referenzobjekte nicht sogar mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts verpflichtet wäre, ein Referenzobjekt, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die nachgefragten Arbeiten nicht unter laufendem Betrieb ausgeführt worden sind, als vergleichbar zu akzeptieren.

**7.6.4.3** In Bezug auf die **Länge und die Komplexität** der Tunnelfunkprojekte können ferner keine unmittelbar mit dem Gotthard Basistunnel vergleichbaren Projekte gefordert werden, zumal dem Gotthard Projekt aufgrund von dessen Dimensionen prima facie eine besondere Stellung

zukommt. Insofern ist es nicht nur nachvollziehbar, dass die Vergabestelle für die Bejahung der Vergleichbarkeit keine strengen Anforderungen hinsichtlich der Länge und Komplexität stellt. Vielmehr wäre sie prima facie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts bzw. auf die Auswirkungen entsprechender Anforderungen auf den Anbietermarkt geradezu verpflichtet, insbesondere in Bezug auf Länge nicht identische Projekte als Referenzobjekte anzuerkennen (vgl. E. 7.6.3.2 hiervor sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.10.2 "Talgo").

**7.6.4.4** Auch nicht zu beanstanden ist, dass die Vergabestelle die **Technologie** der angebotenen Anlage nicht in die Vergleichbarkeitsbeurteilung miteinbezogen hat, hat sie die Eignung der angebotenen Technologie doch gesondert im Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" geprüft (vgl. E. 8 hiernach). Damit braucht nicht näher auf die Frage eingegangen zu werden, inwieweit sich Vorgaben in Bezug auf die im Rahmen der Referenzprojekte eingesetzte Technologie nicht zugleich vergleichbar auswirken würden wie nicht produktneutrale technische Spezifikationen.

**7.6.4.5** Sowohl hinsichtlich des von der Beschwerdegegnerin eingereichten Referenzprojekts 1 "Rosshäusern-Tunnel" als auch des Referenzprojekts 2 "Ceneri-Basistunnel" ist die Bejahung der Vergleichbarkeit durch die Vergabestelle vorliegend prima facie nach dem Dargelegten nicht als rechtsfehlerhaft zu beurteilen und liegt in deren Ermessensspielraum. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Referenzprojekte zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" seien nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar, ist demnach prima facie offensichtlich unbegründet.

**7.7** Zusammenfassend lässt sich somit in Bezug auf sämtliche Rügen der Beschwerdeführerin zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" festhalten, dass diese prima facie offensichtlich unbegründet sind.

## 8.

**8.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht. Sie begründet ihre Rüge damit, dass auch bei einer weiten Auslegung des Eignungskriteriums EK02, wonach eine erprobte Multiband Anlage oder Technologie zu liefern ist, eine referenzierte Anlage nur als erprobt gelten könne, wenn sie in den Schienenbereich falle. Die vorliegend als Subunternehmerin eingebundene I.\_\_\_\_\_ mit ihren angegebenen Referenzprojekten (unter anderem demjenigen mit der J.\_\_\_\_\_ als Nachfragerin) verfüge über keine Erfahrung im Schienenbereich. Die Vergabestelle würde sich an ein vom ausgeschriebenen Wortlaut nicht abgedecktes Verständnis klammern, wonach eine Anlage bereits dann als erprobt gelte, wenn sie für irgendeinen Kunden in Betrieb genommen worden sei. Diese Sichtweise überzeuge nicht, zumal an zahlreichen Stellen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen die hohe Bedeutung der störungsfreien Funkversorgung im **Eisenbahnbereich** hervorgehoben worden sei. Ausserdem würde sich die Vergabestelle mit dieser weiten Auslegung widersprechen, weil sie gleichzeitig mit der von ihr bei der schwedischen Verkehrsbehörde Trafikverket eingeholten Referenz auf eine vergleichbare Anbieterin für eine Referenzauskunft angewiesen gewesen sei (Replik, Rz. 50 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 10 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. März 2022, Rz. 1 ff.).

Ferner führt die Beschwerdeführerin aus, dass die Beschwerdegegnerin mit der Angabe des Projektes bei der J.\_\_\_\_\_ den geforderten Nachweis einer erprobten Anlage auch bereits deshalb nicht erbringen würde, weil die Beschwerdegegnerin **in ihrem Angebot sowie auf Nachfrage keine konkrete Anlage** bezeichne. Die Vergabestelle habe mehrfach nachfragen müssen, welches die erprobte Anlage sei. Die Vergabestelle habe sich mit dem pauschalen Verweis der Beschwerdegegnerin auf 150 Units der I.\_\_\_\_\_ bei der J.\_\_\_\_\_ begnügt, ohne dass auch nur bei einer dieser Anlagen klar sei, wo genau und unter welchen konkreten Bedingungen sie im Einsatz stünden (Replik, Rz. 59; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 13; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. März 2022, Rz. 1 ff.).

Schliesslich stütze sich die Vergabestelle vorliegend mit Referenzauskünften zu Projekten der ÖBB und der Trafikverket auf Projekte, welche **nicht in der Referenzliste** der I.\_\_\_\_\_ angegeben seien, was mit dem

Grundsatz der Unabänderlichkeit von Angeboten und dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar sei. Ferner zeige die Taktik der Vergabestelle in ihrer Argumentation und im Akteneinsichtsverfahren, dass die Vergabestelle kein klares feststehendes Konzept habe, welche Anlagen als Referenzen erwartet würden (Replik, Rz. 50 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 15. März 2022, Rz. 1 ff.).

**8.2** Die Vergabestelle führt dagegen aus, dass das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" bewusst offen formuliert sei und insbesondere nicht gefordert werde, dass bezüglich der Multiband Anlage bereits Betriebserfahrung im Schienenbereich bestehen müsse oder ein Bezug zum schweizerischen Markt notwendig sei. Verlangt sei für eine **erprobte Anlage** einzig, dass eine Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin die in der Ausschreibung angebotene Multiband Anlage bereits für einen Kunden in Betrieb genommen habe. Dabei genüge es, wenn bloss die wesentlichen Komponenten der Anlage in Betrieb genommen wurden, wobei sogar eine Pilotanlage ausreiche. Erprobt heisse entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht, dass eine Anlage im Schienenbereich eingesetzt wurde. Der vom Subunternehmen der Beschwerdeführerin, I.\_\_\_\_\_, angegebene Rahmenvertrag mit der J.\_\_\_\_\_ genüge als Nachweis für eine erprobte Anlage. Im Rahmen der Zusammenarbeit der I.\_\_\_\_\_ und der J.\_\_\_\_\_ seien im April 2021 in verschiedenen Projekten bereits über 150 Multiband Anlagen der I.\_\_\_\_\_ erfolgreich in Betrieb genommen worden (Vernehmlassung, Rz. 20 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 33 ff.; Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 2 ff.).

Die Beschwerdegegnerin habe die erforderliche Referenzangabe zur J.\_\_\_\_\_ inklusive Kontaktangaben erbracht. Die Vorakten seien in Bezug auf das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" vollständig. Entgegen der Vermutungen der Beschwerdeführerin sei die **Referenzliste der I.\_\_\_\_\_ von Anfang an Teil des Angebots** der Beschwerdeführerin gewesen. Bereits mit den Angaben der J.\_\_\_\_\_ innerhalb der Referenzliste der I.\_\_\_\_\_ sei das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" erfüllt gewesen. Warum die Vergabestelle keine Antwort auf die Referenzanfrage an die J.\_\_\_\_\_ erhalten habe, sei ihr nicht bekannt. Weitere Nachfragen bei der J.\_\_\_\_\_ hätten sich erübrigt, da die Trafikverket der I.\_\_\_\_\_ ein gutes Zeugnis ausgestellt habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 33 ff.; Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 2 ff.; Stellungnahme Vergabestelle vom 17. März 2022, Rz. 1 ff.).

Ausserdem könne die Vergabestelle Referenzauskünfte einholen, sei gemäss Ausschreibungsunterlagen aber nicht dazu verpflichtet. Die Vergabestelle habe in der Vergangenheit noch nicht mit dem Hersteller I. \_\_\_\_\_ zusammengearbeitet und habe mit der Referenzauskunft bei **Trafikverket**, ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, die Meinung einer staatlichen Verkehrsbehörde einholen wollen, welche mit der Vergabestelle vergleichbar sei. Aufgrund der Unterlagen und Aussagen bei der Anbieterpräsentation vom 24. Juni 2021 habe die Vergabestelle auf den Namen Trafikverket schliessen können. Diese Referenzauskunft von Trafikverket würde zeigen, dass mehrere Multiband Anlagen in Tunneln in Betrieb genommen wurden, womit nach Ermessen der Vergabestelle erst recht glaubhaft erstellt sei, dass die I. \_\_\_\_\_ auch bei der J. \_\_\_\_\_ die erforderliche erprobte Anlage in Betrieb genommen habe. Da die SBB mit der ÖBB regelmässige Kontakte in allen Bahnbereichen pflege, sei vorliegend auch ein informeller Austausch erfolgt, zu welchem keine Akten bestünden. Die Tunnelfunkanlage der I. \_\_\_\_\_ bei der ÖBB sei aber in der Beurteilung des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" auch nicht gewertet worden (Duplik Vergabestelle, Rz. 33 ff.; Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 2 ff.; Stellungnahme Vergabestelle vom 17. März 2022, Rz. 1 ff.).

**8.3** Die Beschwerdegegnerin hält insbesondere fest, die Referenzenliste der I. \_\_\_\_\_ habe der Vergabestelle bereits im Zeitpunkt der Angebots-eingabe vorgelegen. Auch treffe die Behauptung nicht zu, dass der Vergabestelle keine konkreten Kontaktangaben für die Referenzen der I. \_\_\_\_\_ vorgelegen hätten (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 29 ff.; Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 18. März 2022, Rz. 1 ff.).

## **8.4**

**8.4.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht, ist zunächst zu prüfen, ob die Referenzprojekte der I. \_\_\_\_\_ zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" gültig eingegeben wurden und wie die Nachfrage der Vergabestelle zu qualifizieren ist (vgl. E. 8.4.2 hiernach). Danach ist zu klären, welche Leistungen die Ausschreibung unter EK02 erfasst und wie das angegebene Referenzprojekt im Hinblick auf die Erfüllung des EK02 zu beurteilen ist (vgl. E. 8.4.3 hiernach).

### **8.4.2**

**8.4.2.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK02 nicht, weil sie **zu pauschal Referenzen** einreichte, ist vorab auf die einschlägigen Akten einzugehen. Aus den Vorakten ergibt sich prima facie, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrer Offerte ein Dokument mit Referenzen der sich selbst als junges Unternehmen bezeichnenden I. \_\_\_\_\_ eingereicht hat (vgl. Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", EK02; Vernehmlassung, Beilage 14).

**8.4.2.2** Hinsichtlich des darin angegebenen Referenzprojektes "J. \_\_\_\_\_" finden sich auf den Seiten 2 und 3 der Referenzliste für Q2 2021 der I. \_\_\_\_\_ Informationen zu einem Vertrag zwischen der I. \_\_\_\_\_ und der im Bereich der Telekommunikation tätigen J. \_\_\_\_\_ und zu technischen Details unter diesem Vertrag (vgl. S. 2 der Referenzliste zu den eingesetzten Produktlinien). Der Vertrag mit der J. \_\_\_\_\_ umfasst nach den Angaben der I. \_\_\_\_\_ Funkanlagen insbesondere in Strassentunneln. Was aber insbesondere unklar bleibt ist, wo die nach den Angaben der Subunternehmerin für die J. \_\_\_\_\_ bereits eingebauten Einheiten eingebaut worden sind (vgl. S. 3 der Referenzliste "key figures"; vgl. Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", EK02; Vernehmlassung, Beilage 14).

**8.4.2.3** Aus den Vorakten geht weiter hervor, dass die Vergabestelle mit dem Fragenkatalog vom 12. Mai 2021 zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" bei der Beschwerdegegnerin nachgefragt hat, welche Multiband-Anlage in der angegebenen Referenz "BLS Doppelspurausbau Rosshäusern" in Betrieb genommen worden sei, worauf die Beschwerdegegnerin in den Antworten erläuterte, dass dies eine Anlage der Firma K. \_\_\_\_\_ sei. Weiter führt sie aus, bezüglich des EK02 sei zu erwähnen, dass das Projekt "I. \_\_\_\_\_" diverse internationale Referenzen aufweise. Sie legte dem Fragebogen zudem das Dokument zu den I. \_\_\_\_\_ Referenzen bei, das gemäss den Antworten auch bereits im Angebot enthalten sei (vgl. Vernehmlassung, Beilage 5, Frage 4).

Mit einem weiteren Fragebogen vom 22. Juni 2021 hat die Vergabestelle bezüglich des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" bei der Beschwerdegegnerin um Präzisierung des konkret referenzierten Projektes sowie um Zustellung der Kontaktdaten gebeten, worauf die Beschwerdegegnerin namentlich ausführte, es handle sich um das "Projekt (I. \_\_\_\_\_)". Sie wies auf einen "Rahmenvertrag" hin, wobei die "J. \_\_\_\_\_" inklusive Kontaktdaten als Ansprechpartner angegeben wurde (vgl. Duplik Vergabestelle, Beilage 45, Frage 2).

**8.4.2.4** In Bezug auf die angefragte Referenzauskunft vom 26. August 2021 bei der J.\_\_\_\_\_ ergibt sich aus der Eingabe der Vergabestelle vom 8. März 2022, dass die J.\_\_\_\_\_ nicht auf eine Anfrage für eine Referenzauskunft reagiert hat (vgl. Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 2, Beilage 2).

**8.4.2.5** Die Rückfrage im Fragenkatalog vom 22. Juni 2021, die lautet "Wir bitten um Präzisierung des konkreten referenzierten Projektes sowie um Zustellung der Kontaktdaten." (Fragenkatalog vom 22. Juni 2021, Frage 2; Duplik Vergabestelle, Beilage 45, Frage 2) ist prima facie so zu interpretieren, dass die Vergabestelle die auf dem Fragebogen vom 12. Mai 2021 erhaltene Antwort der Beschwerdegegnerin als zu wenig aussagekräftig und konkret beurteilt hat. Sie wollte wissen, welche der mehreren Referenzen der I.\_\_\_\_\_ ins Recht gelegt wird, und wünschte hierzu Kontaktdaten. Die Beschwerdegegnerin gab in diesem Rahmen das Projekt J.\_\_\_\_\_ bekannt. Demnach hat die Vergabestelle betreffend EK02 erst nach Nachfragen ein hinreichend bestimmtes Referenzobjekt und die Kontaktangaben der J.\_\_\_\_\_ erhalten (vgl. Duplik Vergabestelle, Beilage 45, Frage 2).

**8.4.2.6** Es ist zu prüfen, wie das Nachfragen der Vergabestelle, welches der I.\_\_\_\_\_ Projekte einschlägig ist, zu beurteilen ist. In Bezug auf die Frage, ob die Vergabestelle einer Anbieterin Gelegenheit geben darf oder sogar muss, eine nicht den Anforderungen entsprechende Offerte zu ergänzen, unterscheidet die Praxis drei Kategorien (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3970/2021 vom 20. Dezember 2022 E. 5.9 "Briefkästen" sowie die Zwischenentscheide des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.2 "Google / Public Cloud", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist. Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2

"Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2 "Krankenhaus Riviera-Chablais"; Urteil des BGer 2C\_257/2016 vom 22. April 2021 E. 3.3 "Stoffhandtuchrollen Basel"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3970/2021 vom 20. Dezember 2021 E. 5.9 "Briefkästen" mit weiteren Hinweisen).

**8.4.2.7** Vorliegend war das Angebot prima facie insofern vollständig, als die Referenzen der I. \_\_\_\_\_ (namentlich unter Angabe der für die J. \_\_\_\_\_ ausgeführten Arbeiten) entgegen der Vermutung der Beschwerdeführerin bereits im Angebot der Beschwerdegegnerin aufgeführt wurden. Allerdings fehlte prima facie eine Angabe, welches der auf der Referenzliste angegebenen Projekte (mehrerer Auftraggeber) das einschlägige Referenzprojekt ist. Dies entspricht nicht dem Gedanken der Eignungsprüfung. Eine Offerte darf in der Regel prima facie nicht so ausgestaltet sein, dass sich die Vergabestelle aus einer Referenzliste ein Referenzprojekt aussuchen soll. Dementsprechend wird auch in der Ausschreibung zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" festgehalten, dass ein (meint: konkretes) "Projekt" eingereicht werden muss (vgl. Ausschreibung, Ziff. 3.7). Die Vergabestelle musste sich daher die Frage stellen, ob das Angebot der Beschwerdegegnerin auszuschliessen ist oder ob durch eine Rückfrage dessen Konformität mit der Ausschreibung hergestellt werden darf. Prima facie hätte die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdegegnerin einerseits wohl ausschliessen dürfen, weil es sich eher nicht um einen Punkt handelt, zu dessen Korrektur die Vergabestelle mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz Hand bieten muss. Andererseits ist mit Blick auf die den Spielraum der Vergabestelle betonenden Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Einholung von Referenzauskünften (BGE 139 II 489 E. 2 i.V.m. E. 3.2 "Mehreignung"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2 E. 4.5 "Betankungsanlagen" und ausführlich E. 8.4.4.2 hiernach) im vorliegenden Zusammenhang prima facie davon auszugehen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdegegnerin nicht ausschliessen musste. Damit erweist sich das Nachfragen bei der Beschwerdegegnerin gemäss Fragenkatalog vom 22. Juni 2021 mit Blick auf den Ermessensspielraum der Vergabestelle prima facie als offensichtlich nicht rechtsfehlerhaft.

**8.4.2.8** Der Beschwerdeführerin ist zusammenfassend zwar dahingehend beizupflichten, dass die Referenzen der I. \_\_\_\_\_ AG – obwohl bereits mit der Offerte eingereicht – zu pauschal waren. Indessen dringt sie mit der Rüge, die Vergabestelle habe keine Nachfragen anstellen dürfen, prima facie nicht durch.

### **8.4.3**

**8.4.3.1** Es ist somit als nächstes zu prüfen, ob die Ausschreibung für das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" eine Referenz eines erprobten Projekts aus dem **Schienenbereich** verlangt und gestützt darauf, ob die Vergabestelle die Erfüllung des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" durch die Beschwerdegegnerin zu Recht bejahte.

**8.4.3.2** Das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" wurde in der Ausschreibung (Ziff. 3.7) wie folgt umschrieben:

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin die in der vorliegenden Ausschreibung angebotene Multiband Anlage oder Technologie bereits für einen Kunden in Betrieb genommen hat (als Pilot- oder Produktive Anlage).

Der damalige Kunde muss mit Namen und Kontaktangaben aufgeführt sein, so dass allfällige Rückfragen direkt beim Kunden eingeholt werden können. Die Anbieterin muss beim Kunden ausserdem die Erlaubnis einholen, dass die SBB AG das Referenzprojekt bei Bedarf besichtigen kann.

Die Referenz kann das gleiche Projekt wie eine der Referenzen im EK 01 sein.

**8.4.3.3** Zum Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" in der Ausschreibung wurde namentlich verlangt, dass die angebotene Multiband Anlage oder Technologie bereits für einen Kunden als Pilot- oder Produktive Anlage in Betrieb genommen wurde (Ausschreibung, Ziff. 3.7). Die Ausschreibung verlangt demnach nach dem Wortlaut entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin gerade nicht, dass das eingereichte Referenzprojekt unter dem Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" zeigen muss, dass die angebotene Multiband Anlage oder Technologie im Schienenbereich oder gar in einem Eisenbahntunnel eingesetzt wurde. Allerdings ist eine Anlage wohl dann nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar, wenn sie sich nicht

für den Einsatz in einem Tunnel (Strassen- oder Eisenbahntunnel) oder im Schienenbereich eignet.

**8.4.3.4** Vorliegend gibt die I. \_\_\_\_\_ mit dem J. \_\_\_\_\_-Projekt ein Projekt an, in dem sie Anlagen in Bereichen, die für Radiowellen schwer zugänglich sind, wie namentlich Strassen- oder Eisenbahntunneln, erwähnt (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", EK02; Vernehmlassung, Beilage 14). Ausserdem weist sie unter "scope of the contract" (mit der J. \_\_\_\_\_) darauf hin, dass Norwegen das Land mit der grössten Zahl von Strassentunnels sei. Damit lag es prima facie im Ermessen der Vergabestelle, davon auszugehen, dass das Referenzprojekt die Anforderungen gemäss Ausschreibung erfüllt.

**8.4.3.5** Weiter ist darauf einzugehen, ob die J. \_\_\_\_\_ Anlagen als erprobte Anlagen gelten können. Gemäss der Referenzauskunft startete das J. \_\_\_\_\_, mit dem mehrere Mobilfunkanlagen geliefert werden, im Jahr 2019 und betrifft einen über vier Jahre laufenden Vertrag. Dabei sind zum Stand April 2021 bereits 150 DAS Einheiten und 800 Off Air Repeater installiert worden (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", "EK02"; Vernehmlassung Beilage 14). Insofern durfte die Vergabestelle prima facie davon ausgehen, dass die ersten Anlagen bereits ausgeliefert wurden und in Betrieb stehen.

**8.4.3.6** Bei der Bejahung der Erfüllung des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" basierend auf dem durch die Beschwerdegegnerin eingereichten Projekt der I. \_\_\_\_\_ mit der J. \_\_\_\_\_ lässt sich prima facie keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung der Vergabestelle erkennen. Die Beschwerdeführerin dringt somit mit der Rüge, die Beschwerdegegnerin würde mit dem eingereichten Projekt der I. \_\_\_\_\_ mit der J. \_\_\_\_\_ das Eignungskriterium EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht erfüllen, weil das Projekt weder erprobt noch im Schienenbereich angesiedelt ist, prima facie offensichtlich nicht durch.

#### **8.4.4**

**8.4.4.1** Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle **weitere Referenzauskünfte**, namentlich bei der schwedischen Verkehrsplanungsbehörde Trafikverket (Swedish Transport Administration), einholen durfte. Zur Frage, ob die Referenz von der Vergabestelle eingeholt werden durfte, ist vorab festzuhalten, dass ein Referenzprojekt oder Kontaktangaben zu einer Referenzauskunft betreffend die Trafikverket prima facie nicht in den in der Offerte der Beschwerdegegnerin angegebenen Referenzen enthalten sind. Immerhin hat sich nach den Angaben der Vergabestelle ergeben, dass beim für die L.\_\_\_\_\_ ausgeführten Projekt (unter Hinweis auf Schweden und Tunnel) der Endkunde die schwedische Behörde Trafikverket sein dürfte (Stellungnahme Vergabestelle vom 8. März 2022, Rz. 4).

**8.4.4.2** Das Bundesgericht hat zur Frage, unter welchen Umständen Referenzen eingeholt werden dürfen, die die Anbieterin nicht angegeben hat, im Ergebnis festgehalten, dass eine Vergabestelle zwar nach Treu und Glauben in erster Linie auf diejenigen Referenzen abstellen wird, die die Anbieterin angegeben hat, es der Vergabestelle aber erlaubt sein muss, im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärungen auch zusätzlich zu den Angaben, welche die Anbieterinnen gemacht haben, weitere Informationen einzuholen (BGE 139 II 489 E. 3.2 "Mehreignung"; vgl. zur Frage des Einholens von nicht angegebenen, aber der Vergabestelle bekannten Referenzen auch B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 4.5 "Betankungsanlagen" und zum Ganzen auch CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 393 ff., insb. Rz. 44 ff.; siehe zum neuen Recht auch HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, N 13 zu Art. 27 BöB).

**8.4.4.3** Die Vergabestelle hätte prima facie bereits aufgrund der eingereichten Unterlagen des Projekts der I.\_\_\_\_\_ mit der J.\_\_\_\_\_ eine Erfüllung des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" durch die Beschwerdeführerin annehmen können, ohne dass sie diesbezüglich mangels Anhaltspunkten für Unstimmigkeiten zum Einholen von Referenzen verpflichtet gewesen wäre (vgl. E. 8.4.2 hiervor). Es lag nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im Ermessen der Vergabestelle, im Rahmen der Eignungsprüfung ohne strikte Bindung an die in der Offerte angegebenen Referenzen weitere Nachforschungen zur Qualität der von I.\_\_\_\_\_ eingesetzten Technologie bei anderen Projekten anzustellen, um sich in Bezug auf die Erfüllung der Eignung abzusi-  
chern.

Im vorliegenden Fall hat sich die Vergabestelle sowohl an die J. \_\_\_\_\_ als auch die Behörde Trafikverket gewandt. Dies ergibt sich insofern aus den mit der Vernehmlassung eingereichten Akten, als diese nebst einem ausgefüllten Fragebogen für die Referenzauskunft der Behörde Trafikverket einen nicht ausgefüllten Fragebogen betreffend Referenzanfrage bei der J. \_\_\_\_\_ enthalten (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Eignungsprüfung", "Referenzauskünfte"). Der Instruktionsrichter hat indessen mit Verfügung vom 7. März 2022 festgehalten, dass der Sachverhalt prima facie dahingehend unvollständig bleibt, weshalb keine Referenzauskunft der J. \_\_\_\_\_ vorliegt und gestützt auf welche Überlegungen bzw. Angaben der Anbieterin eine weitere Referenzauskunft betreffend I. \_\_\_\_\_ eingeholt worden sei. Die Vergabestelle hat dazu mit Eingabe vom 8. März 2022 ausgeführt, sie habe von der J. \_\_\_\_\_ auf die am 26. August 2021 gestellte Referenzauskunft keine Antwort erhalten. Der Vergabestelle sei nicht bekannt, warum die J. \_\_\_\_\_ auf die Anfrage nicht geantwortet habe (Eingabe vom 8. März 2022, Rz. 2). Ausserdem habe sich im Rahmen einer Anbieterpräsentation vom 24. Juni 2021 ergeben, dass der Endkunde des Projektes L. \_\_\_\_\_ die Trafikverket sein dürfte – wie die Vergabestelle aufgrund der Referenzliste vermutet habe (vgl. E. 8.4.4.1 hiervor). In diesem Kontext hat die Vergabestelle Mailkorrespondenz mit der J. \_\_\_\_\_ Group und dem Trafikverket nachgereicht. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Vergabestelle verpflichtet ist, der Rechtsmittelinstanz die Vergabeakten vollständig einzureichen (Zwischenverfügung des BVGer B-562/2015 vom 23. Juni 2015 E. 2.2 mit Hinweisen "Support Software ORMA"). Im vorliegenden Fall bedeutet das, dass nebst den Fragebogen die sich durchaus nicht im Austausch von Höflichkeiten erschöpfende Mailkorrespondenz betreffend die Referenzauskünfte vollständig beizulegen gewesen wäre. Ausserdem ist im Verzicht auf das Weiterverfolgen einer Referenzauskunft prima facie ein dokumentationspflichtiger Vorgang zu sehen (vgl. zur Dokumentationspflicht die Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.4 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Indessen wiegt die soeben festgestellte Verletzung der Dokumentationspflicht prima facie nicht so schwer, als dass schon mit dieser Begründung der Zuschlag aufzuheben wäre, womit auch die aufschiebende Wirkung nicht bereits deswegen zu erteilen ist (vgl. mutatis mutandis den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.1.5 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

Mit Blick auf das Gesagte ist prima facie offensichtlich weder der Verzicht auf das Nachhaken bei der J. \_\_\_\_\_ noch das Einholen der Referenz bei

der Behörde Trafikverket vergaberechtswidrig, zumal auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass mit der zweiten Referenz sich abzeichnende Vorbehalte des Referenzgebers im Rahmen des ersten Referenzprojekts überdeckt werden sollten. Da nicht zulasten der betroffenen Anbieterin auf die Auskünfte der nicht auf der Referenzliste figurierenden Referenzgeberin abgestellt worden ist, stellen sich insoweit auch keine Fragen in Bezug auf das rechtliche Gehör (BGE 139 II 489 E. 3.3 "Mehreignung"). Damit kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, welche darüber hinausgehende Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Vergabestelle aus der Referenzliste der Anbieterin schliessen konnte, dass in Bezug auf ein für die schwedische, im Tunnelbereich tätige L. \_\_\_\_\_ ausgeführtes Projekt die Behörde Trafikverket die Endkundin ist. Soweit die Vergabestelle ausserdem auf einen informellen Austausch mit der ÖBB hinweist, ist insoweit jedenfalls unbestritten, dass sich dieser nicht zu einer eigentlichen Referenzauskunft verdichtet hat, nachdem die Behörde Trafikverket die gewünschten Angaben gemacht hat. Somit braucht derzeit auch nicht näher darauf eingegangen zu werden, welche Bedeutung im Rahmen der Beurteilung von Angeboten informellem Austausch zukommen soll und welche Rolle in diesem Kontext die Dokumentationspflicht spielt.

**8.5** Zusammenfassend kann zum EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" festgehalten werden, dass die Vergabestelle ihr Ermessen bei der Beurteilung des Eignungskriteriums EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" im Falle der Beschwerdegegnerin nicht überschritten hat, womit diese Rüge prima facie offensichtlich unbegründet ist.

## **9.**

Weiter umstritten und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium EK04 "Projektorganisation" und das Eignungskriterium EK06 "Sprache" erfüllt.

### **9.1**

**9.1.1** Zunächst ist auf das Eignungskriterium EK04 "Projektorganisation" einzugehen. Die Beschwerdeführerin rügt, das Eignungskriterium EK04 "Projektorganisation" sei von der Beschwerdegegnerin nicht erfüllt worden. Sie begründet dies damit, dass aus den Angebots-Dokumenten, auf welche die Vergabestelle verweise, nicht hervorgehe, wie die Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin, I. \_\_\_\_\_, mit nur rund [...] Mitarbeitern, in der Lage sein soll, während der dreijährigen Realisierung des Gotthard Basistunnels neben den für den Gotthard Basistunnel benötigten

Bauequipen zusätzlich wie gefordert ein weiteres Projekt zu realisieren. Dies sei umso fraglicher, als dass andere Projekte der I.\_\_\_\_\_ zur gleichen Zeit anfallen würden, wie die Realisierung des Gotthard Basistunnels. Schliesslich sei der Behauptung der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin, dass die Projektorganisation ohne Beteiligung der Hardware-Lieferantin erfolgen könne, entgegenzuhalten, dass das Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" zeigen würde, dass gerade die Hauptzusammenarbeit in der Praxis in erster Linie zwischen der Auftraggeberin und der Systemlieferantin erfolge (Replik, Rz. 62 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 10 ff.).

**9.1.2** Die Vergabestelle entgegnet, die Beschwerdegegnerin habe sämtliche Nachweise des Eignungskriteriums EK04 "Projektorganisation" erbracht. Anforderungen an die Mitarbeiterzahl der Hardware-Lieferantin seien nicht gestellt worden. Es würde sich aus keinem Wort der Ausschreibung ergeben, dass der Hardware-Lieferant für jede Bauequippe einen Hardware-Spezialisten bereitstellen müsse. Die Beschwerdegegnerin habe ein überzeugendes Umsetzungskonzept geliefert, für dessen Umsetzung sie verantwortlich sei und wofür angeblich knappe Ressourcen und Kapazitäten der I.\_\_\_\_\_ keine Rolle spielen würden, solange das Unternehmen die angebotene Hardware liefere (Vernehmlassung, Rz. 58 f.; vgl. dazu auch die Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 78, sowie die Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 35 ff.).

### **9.1.3**

**9.1.3.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK04 "Projektorganisation" nicht, ist vorab festzuhalten, dass das Eignungskriterium EK04 "Projektorganisation" in der Ausschreibung auszugsweise den folgenden Wortlaut beinhaltet (Ausschreibung, Ziff. 3.7):

Die Anbieterin muss für die Projektorganisation einen Projektleiter (PL) und einen Projektleiter-Stellvertreter (PL-Stv) vorsehen, die einschlägige Ausbildungen und Erfahrungen in mindestens je zwei vergleichbaren Projekten in den letzten acht Jahren vorweisen können. [...]

[...]

Die Anbieterin muss aufzeigen, wie sie während der dreijährigen Realisierung des GBT sicherstellt, dass gleichzeitig mindestens ein zusätzliches Projekt realisiert werden kann. Die SBB AG geht davon aus, dass es im GBT für die zeitgerechte Realisierung 3 Bauequipen gleichzeitig braucht. Dazu muss die Anbieterin folgenden Nachweis liefern:

- Konzept zur Umsetzung der Anforderungen und Aufzeigen der Projektorganisation mit mind. 4 Bauequipen

**9.1.3.2** Der Wortlaut der Ziffer 3.7 der Ausschreibung hält lediglich fest, dass die Anbieterin mindestens vier Bauequipen gleichzeitig stellen kann. Der Wortlaut zeigt jedoch keine Anforderung dazu auf, wie diese Bauequipen zusammengesetzt sein müssen, namentlich auch nicht dazu, ob und welche Vertreter der Hardwarelieferantin integriert sein müssten.

**9.1.3.3** Die Beschwerdegegnerin listet zum Nachweis des EK04 in ihrem Angebot die Lebensläufe von Leitern in der Bahntechnik auf (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien").

**9.1.3.4** Zum Argument der Beschwerdeführerin, aus dem Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" habe sich ergeben, dass die Zusammenarbeit in der Praxis zwischen Auftraggeberin und Systemlieferantin stattfindet, ist darauf hinzuweisen, dass aus einer möglicherweise intensiveren Zusammenarbeit zwischen der Auftraggeberin und der Systemlieferantin in anderen Projekten nicht geschlossen werden kann, dass verlangt wird, dass Mitarbeitende der Systemlieferantin in den Bauequipen selbst ausgewiesen werden müssen. Damit ist im vorliegenden Kontext nicht näher darauf einzugehen, dass sich diese Projekte von anderen Anlagen und Technologien als die von der Beschwerdegegnerin im vorliegenden Projekt angegebene Anlage und Technologie der I.\_\_\_\_\_ unterscheiden (vgl. E. 7.6.4.1 hiervor).

**9.1.3.5** Kommt hinzu, dass sich auch aus den Referenzen der Systemlieferantin, namentlich der Referenz der J.\_\_\_\_\_, prima facie ergibt, dass die Systemlieferantin primär die Anlage lieferte, wobei zur Installation keine weiteren Ausführungen angebracht werden (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", EK02; Vernehmlassung, Beilage 14). Aus der Offerte der Beschwerdegegnerin ergibt sich weiter, dass die Installation (nach deren Angaben) wenig Aufwand verursacht und durch Mitarbeiter der Firma N.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_ erfolgt. Die D.\_\_\_\_\_ ist demgegenüber für das Engineering zuständig (Dokument "Zusammenarbeit und Rollout, Lösungsansatz zu Register C, Dokument Nr. 5" vom 18. April 2021, Ziff. 2.2.2 und 3.4.5 [Vernehmlassung, Beilage 16]). Das ist vertretbar, soweit im Bedarfsfall auf den Support und ergänzende Informationen der Systemlieferantin zugegriffen werden kann. In diesem Sinne ist auch das Einbinden der Systemlieferantin als Subunternehmerin prima facie positiv zu bewerten.

**9.1.3.6** Prima facie ist demnach davon auszugehen, dass die I. \_\_\_\_\_ für die Lieferung der Anlagen die Verantwortung trägt. Für die Installation und das Engineering sind dagegen die Partnerunternehmen der Beschwerdegegnerin zuständig. Nach dem Gesagten wird nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdegegnerin das EK04 nicht erfüllen sollte, zumal der Personalbestand bei der I. \_\_\_\_\_ prima facie nicht den von der Beschwerdeführerin angenommenen Einfluss auf die Installation der Anlage hat. Die Vergabestelle durfte demnach die Erfüllung des Eignungskriteriums EK04 "Projektorganisation" bejahen, ohne dass sie dadurch das ihr zustehende Ermessen überschritten hätte.

**9.1.4** Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass die Rüge, wonach die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium EK04 "Projektorganisation" nicht erfüllen würde, prima facie offensichtlich unbegründet ist.

## **9.2**

**9.2.1** Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium EK06 "Sprache" nicht. Die Beschwerdeführerin führt aus, der Beschwerdegegnerin fehle es unter dem Eignungskriterium EK06 "Sprache" am Nachweis, weshalb die Beschwerdegegnerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Die Beschwerdegegnerin habe auf angeblich detaillierte Lebensläufe im EK04 Ordner verwiesen. Zudem erwähne sie bezüglich Wartung und Unterhalt das Dokument "Lösungsbeschreibung Betrieb Wartung RBT [...]", wonach alle Landessprachen abgedeckt seien. Ob die Beschwerdegegnerin damit erst nachträglich die notwendigen Dokumente eingereicht habe, könne die Beschwerdeführerin mangels Akteneinsicht nicht beurteilen. Dass die Beschwerdegegnerin erst in der Betriebs- und Wartungsphase angeblich alle Landessprachen abdecke, genüge mit Blick auf die Anforderungen unter dem Eignungskriterium EK06 "Sprache" jedenfalls nicht (Replik, Rz. 67 ff.).

**9.2.2** Die Vergabestelle entgegnet, die Beschwerdegegnerin habe auf Nachfrage der Vergabestelle bestätigt, dass ihre Subunternehmerin N.a. \_\_\_\_\_ AG sicherstellen werde, dass "zu jeder Zeit" in allen drei Landessprachen kommuniziert werden könne (Fragenkatalog vom 22. Juni 2021, Frage 3; Duplik Vergabestelle, Beilage 45, Frage 3). Schliesslich sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin in der Projektphase genau gleich wie die Beschwerdegegnerin mit gewissen Subunternehmen zusammenarbeite. Die von diesen Unternehmen angegebenen Personen

würden alle verlangten Landessprachen abdecken, weswegen sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Vortrag in Widerspruch zu ihrem eigenen Angebot setzen würde (Duplik Vergabestelle, Rz. 42 ff.).

**9.2.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie würde die Voraussetzungen entsprechend dem Eignungskriterium EK06 "Sprache" vollumfänglich erfüllen. Die auf Nachfrage der Vergabestelle vom 12. Mai 2021 verwiesenen Lebensläufe würden zeigen, dass sämtliche Landessprachen abgedeckt seien. Italienisch sprechende Ansprechpersonen vor Ort würden darüber hinaus durch die O.a. \_\_\_\_\_ AG (...) garantiert, welche über eine Niederlassung im Tessin verfüge und auf deren Ressourcen die Beschwerdegegnerin als Teil der O.b. \_\_\_\_\_ zurückgreifen könne. Dies würde schliesslich auch durch die schweizweite Präsenz der Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin, der N.a. \_\_\_\_\_ AG, garantiert (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 38 ff.).

#### **9.2.4**

**9.2.4.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK06 "Sprache" nicht, sind vorab die Ausschreibung und die einschlägigen Vorakten darzulegen. Das Eignungskriterium EK06 "Sprache" wurde in der Ausschreibung wie folgt beschrieben (Ausschreibung, Ziff. 3.7):

Die Anbieterin muss sicherstellen, dass die Schlüsselpersonen (PL und PL Stv) in deutscher Sprache (schriftlich und mündlich) kommunizieren können. Zusätzlich muss die Anbieterin sicherstellen, dass in der Projekt- und Betriebsorganisation vor Ort Ansprechpersonen, die auf Italienisch und Französisch kommunizieren können (schriftlich und mündlich), zur Verfügung stehen.

**9.2.4.2** Aus den Vorakten ergibt sich aus dem Fragenkatalog der Vergabestelle vom 12. Mai 2021 (Vernehmlassung, Beilage 5, Frage 6), dass die Beschwerdegegnerin für EK06 auf die Lebensläufe im EK04 Ordner verweist. Die Lebensläufe zeigen prima facie, dass neben schriftlichen und mündlichen Kenntnissen von Deutsch und Französisch bei verschiedenen Personen, zumindest bei einer Person auch mündliche Italienischkenntnisse angegeben sind (Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis Eignungskriterien", EK04).

**9.2.4.3** Nach der Antwort der Beschwerdegegnerin auf die Frage 3 im Fragenkatalog vom 22. Juni 2021 sei unter anderem durch den Einbezug der

N.a.\_\_\_\_\_ sichergestellt, dass zu jeder Zeit in allen drei Landessprachen kommuniziert werden kann (zum Fragenkatalog vom 22. Juni 2021 siehe Duplik Vergabestelle, Beilage 45).

**9.2.4.4** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass in das Angebot der Beschwerdegegnerin die Unternehmen C.\_\_\_\_\_ GmbH und B.\_\_\_\_\_ AG eingebunden sind (vgl. E. 9.1.3.5 hiervor), bei denen prima facie einschlägige Sprachkenntnisse vorhanden sind, und dass die N.a.\_\_\_\_\_ über Standorte in der Westschweiz und im Tessin verfügt, mit welchen die sprachlichen Bedürfnisse der Vergabestelle abdeckt werden können (Duplik Vergabestelle, Beilage 45, Frage 3). Dass bei den genannten Subunternehmen C.\_\_\_\_\_ GmbH und B.\_\_\_\_\_ AG Kenntnisse der deutschen, französischen und italienischen Sprache vorhanden sind, ergibt sich im Übrigen auch aus der Offerte der Beschwerdeführerin (Vorakte 6 "Angebote", "Y.\_\_\_\_\_", "Nachweis der Eignungskriterien", "EK05\_EK06\_Sicherheitsvorkehrungen\_Sprachen"). Ferner gilt es hervorzuheben, dass in der Ausschreibung verlangt wird, dass in der Projekt- und Betriebsorganisation Ansprechpersonen vor Ort zur Verfügung stehen, welche über italienische und französische Sprachkenntnisse verfügen, nicht aber, dass dies die Schlüsselpersonen sind (Ausschreibung, Ziff. 3.7). Auch die Rückfrage (als Alternative zum Ausschluss wegen allfälliger Unvollständigkeit der Offerte) lag offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle. Nachdem sich die entsprechende Rüge bereits auf Grund der beschriebenen Angaben als offensichtlich unbegründet erweist, ist im vorliegenden Kontext nicht näher darauf einzugehen, dass es prima facie fraglich erscheint, inwieweit es vergaberechtlich zulässig gewesen wäre, der Beschwerdegegnerin – wie von dieser vorgeschlagen - die Sprachkompetenzen der O.a.\_\_\_\_\_ und der N.a.\_\_\_\_\_ diejenigen der N.\_\_\_\_\_ zuzurechnen, soweit die entsprechenden Konzernteile nicht explizit in die Offerte eingebunden sind (vgl. zum Ganzen etwa die Verfügung des Aargauer Verwaltungsgerichts WBE.2020.406 vom 17. Dezember 2020, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2020, S. 331 ff., E. 4.3.2 mit Hinweisen).

**9.3** Zusammenfassend kann damit in Bezug auf das EK04 "Projektorganisation" und das EK06 "Sprache" festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin mit der Rüge, dass die Vergabestelle diese Eignungskriterien bei der Beschwerdegegnerin falsch beurteilt habe, nicht durchdringt, weil diese prima facie offensichtlich unbegründet ist.

**10.**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Zuschlagskriterien seien nicht vergaberechtskonform ausgelegt und evaluiert worden. Namentlich sei die Evaluation der Zuschlagskriterien ZK01 "Evaluationspreis", ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" und ZK03 "Qualität der Referenzen" nicht vergaberechtskonform erfolgt.

**10.1** Die Beschwerdeführerin rügt, das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" sei nicht vergaberechtskonform evaluiert worden, und begründet dies damit, dass Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach massgebender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbstständig, sondern mit dem Zuschlag anzufechten seien. Die Vergabestelle habe eine Preisbewertung vorgenommen, welche der in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Bewertung des Evaluationspreises zuwiderlaufen würde und den von der Vergabestelle für massgeblich erklärten Total Cost of Ownership (TCO) Ansatz auf rechtserhebliche Art und Weise verletze. So habe die Vergabestelle statt die Kosten der Angebote über den gesamten Lebenszyklus zu verteilen, einzelne Kostenblöcke ("Angebotspreis" und "SBB-Kosten") gebildet und diese der Bewertungsformel zugeführt, was mit der Preisformel und der Legende nicht übereinstimme. Diese Abkehr der Vergabestelle von ihrer eigenen Preisbewertungsformel als auch ihren Vorgaben zur Zusammensetzung und Bewertung des Evaluationspreises sei nicht gerechtfertigt (Beschwerde, Rz. 62 ff.).

Dass die massgebende Bezugsgrösse der Evaluationspreis sei und nicht einzelne Kostenblöcke, zeige bereits die Bezeichnung des fraglichen Zuschlagskriteriums als "Evaluationspreis". Auch aus dem Offertöffnungsprotokoll ergebe sich, dass die Gesamtpreise als "Bruttopreise" vermerkt seien. Ebenfalls aus der "Übersicht der Bewertung der Zuschlagskriterien" in der Spaltenbezeichnung "Günstigstes Angebot" ergebe sich, dass die Preisbewertung ursprünglich auf einen Evaluationspreis und nicht auf mehrere Kostenblöcke ausgerichtet war. Die Prozentangaben "25% und 15%" in der Ausschreibung würden lediglich bedeuten, dass die Vergabestelle bei der Berechnung des Evaluationspreises gewichte, ändere jedoch nichts daran, dass der "Evaluationspreis" als Ausgangswert für die Formel anzuwenden sei (Replik, Rz. 73 ff.). Die Evaluationsübersicht "Übersicht Bewertung Zuschlagskriterien" Spalte "Günstigstes Angebot" sei im Singular formuliert und vom Konzept her nicht darauf ausgerichtet, Kostenblöcke von verschiedenen Anbieterinnen zu benennen (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 17 ff.). Hätte die Vergabestelle für

die Punktevergabe die angekündigten Formeln eingesetzt und den Evaluationspreis bewertet, wäre der Punkterückstand der Beschwerdeführerin unter dem Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" deutlich geringer ausgefallen. Es würde vorliegend nicht ins Gewicht fallen, dass die Evaluationspreise der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin betragslich beinahe identisch seien, womit die getrennte Bewertung einzelner Kosten-Elemente eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskrepanz bei der Notengebung bewirkt habe, was den Zielen des aBöB zuwiderlaufe (Beschwerde, Rz. 72 ff.).

**10.2** Die Vergabestelle entgegnet, die Preisbewertung sei rechtmässig und ausschreibungskonform erfolgt. Dass der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet werden, erschliesse sich sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen. Sie legt die Ausschreibung und einzelne Ausschreibungsunterlagen dar. In den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 werde als ZK1 der gesamte Evaluationspreis (TCO) genannt, wobei als Bewertungsgrundlage der "Angebotspreis" und die "SBB-Kosten" mit Gewichtung 25% bzw. 15% aufgeführt würden. Die Vergabestelle erläutere im Kapitel 3.4.2 "Preisbewertung" die gewählte TCO Methode. Der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" würden separat bewertet, was sich aus folgender Passage mit beigefügter Hervorhebung ergebe: "Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten erhält **jeweils** das Punktemaximum. Angebote, die 75% über dem tiefsten Angebotspreis **bzw.** den tiefsten SBB Kosten liegen, erhalten 0 Punkte." Ferner werde aus dem Preisblatt und der Anleitung zum Preisblatt aus dem Titelblatt und den hinteren Arbeitsblättern diese Trennung ersichtlich. In der Anleitung zum Preisblatt werde im Kapitel 2.4 zwischen initialen und jährlichen Kosten im Betrieb unterschieden (Vernehmlassung, Rz. 70 ff.). Aufgrund der Darstellung und des Wortlauts der Ausschreibung sei es jeder Anbieterin und auch jeder vernünftigen Drittperson klar gewesen, dass die jeweiligen Subkriterien separat mit Punkten bewertet werden. Zugleich sei in der Übersicht zu den Zuschlagskriterien pro Subkriterium die mögliche Höchstzahl ersichtlich (Vernehmlassung, Rz. 70; Duplik Vergabestelle, Rz. 51).

Die Vergabestelle führt weiter aus, folgte man der Auslegung der Beschwerdeführerin, würden zahlreiche Passagen in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Sinn ergeben und sich die Beschwerdeführerin nicht zu diesen Widersprüchen äussern (Duplik Vergabestelle, Rz. 48). Eine Trennung in Subkriterien sei aus verschiedenen Gründen auch sachgerecht.

Die Berücksichtigung der Lebenszykluskosten (d.h. neben dem Angebotspreis auch der Folgekosten) sei nicht nur sinnvoll, sondern für die öffentliche Auftraggeberin finanzrechtlich geboten. Der vorliegend gewählte Ansatz garantiere die Wirtschaftlichkeit der beschafften Leistungen, fördere Innovation und sei sachgerecht (Vernehmlassung, Rz. 73 ff.).

### 10.3

**10.3.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, beim ZK01 "Evaluationspreis" sei die "Total Cost of Ownership"-Methode nicht angewandt worden, weil zwei Kostenblöcke gebildet wurden, sind im Folgenden die relevanten Passagen aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorab darzustellen. Die Ausschreibung umschreibt das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" wie folgt (Ausschreibung Ziff. 2.10):

"ZK 1: Evaluationspreis

Angebotspreis Gewichtung 25

SBB-Kosten Gewichtung 15"

**10.3.2** In den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 wurde das Zuschlagskriterium "ZK01 Evaluationspreis" weiter wie folgt zusammengefasst (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4 "Zuschlagskriterien" 3.4.1 "Übersicht", Auszug).

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
ZK 1	Evaluationspreis (TCO)	Ausgefülltes Preisblatt Angebotspreis SBB-Kosten	25% 15%	125 75

**10.3.3** Weiter wurden in den Ausschreibungsbedingungen folgende Ausführungen zum Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" gemacht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2 "Preisbewertung", Ziff. 3.4.2.1 "Allgemein", Ausschnitte):

#### 3.4.2.1 Allgemein

In der Preisbewertung wird der Ansatz der Total Cost of Ownership (TCO) angewandt, um die Kosten der Angebote über den ganzen Life Cycle miteinander vergleichen zu können.

Die Ausschreibung basiert auf einer modularen Beschreibung des Tunnelfunksystems (siehe Dokument B1 Kap. 3.3), aufgrund dessen die Anbieterin einen entsprechenden Produktkatalog offerieren soll, welcher alle Modulkombinationsvarianten abdeckt. Für die Preisbewertung werden die offerierten Preise der Anbieterin aus dem Produktkatalog und für weitere Leistungen mit Hilfe eines angenommenen, hypothetischen Gesamtmengengerüsts zu einem Evaluationspreis hochgerechnet. Darin fliessen gemäss dem Ansatz des Total Cost of Ownership auch die definierten Kosten ein, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (SBB-Kosten).

Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB Kosten erhält jeweils das Punktemaximum. Angebote, die 75% über dem tiefsten Angebotspreis bzw. den tiefsten SBB Kosten liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear.

Für die Punktevergabe kommt die Taxonomie gemäss nachstehender Formel zur Anwendung, wobei jeweils auf ganze Punkte auf- oder abgerundet wird.

$$Punkte = M * \left[ \frac{P_{max} - P}{P_{max} - P_{best}} \right]$$

### Legende

M = Maximale zu vergebende Punktezahl

P = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes

P<sub>best</sub> = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes

P<sub>max</sub> = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet

[...]

#### 3.4.2.2 Berechnung des Evaluationspreises

Der Evaluationspreis setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis der Anbieterin und den SBB-Kosten zusammen, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (Ansatz des TCO). Welche Kosten dies beinhaltet, ist im Dokument B1 unter der Ziff. 4ff beschrieben.

Die Vergabesumme setzt sich aus nachfolgend aufgeführten Kostenblöcken des offerierten Angebotspreises der Anbieterin zusammen.

- Initiale Kosten

- Betriebskosten (über 12 Jahre je Anlage)

Das folgende Schema gibt einen Überblick, wie sich der Evaluationspreis zusammensetzt.

[...]

**10.3.4** Sodann weist das Preisblatt TFK 2020 vom 1. September 2020 auf dem Arbeitsblatt 1 "Summary Evaluationspreis" den Titel "Summary Evalu-

ationspreis" aus. Das Titelblatt ist unterteilt in die Spalten "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung "SBB-Kosten" (Ansatz Total Cost of Ownership)" (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1 Summary Evaluationspreis).

## **10.4**

**10.4.1** Zur Beurteilung der Rüge gegen das ZK01, es hätten keine Kostenblöcke gebildet werden dürfen, ist auf die Auslegung der Formel zur Berechnung der Punkte innerhalb des Zuschlagskriteriums ZK01 "Evaluationspreis" einzugehen.

**10.4.2** Gemäss Art. 21 Abs. 1 aBöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit und technischer Wert. Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 aBöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 aVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1 "Casermettatunnel" und das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I").

**10.4.3** Die Zuschlagskriterien sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen

Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 aBöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I"). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 aBöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388).

**10.4.4** Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichen günstigsten Angebots (Art. 21 aBöB) sind grundsätzlich sowohl die Kosten als auch der Anschaffungspreis konkret-wirtschaftlich im Sinne eines pekuniären Vorteils für die Auftraggeberin zu verstehen (MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 165). Die Gesamtkosten setzen sich namentlich aus dem Preis im Sinne der Beschaffungskosten und den weiteren Kosten, etwa den Unterhaltskosten, zusammen. Die Kosten können demnach als Zuschlagskriterium verstanden werden, das den Preis (Beschaffungskosten) und beispielsweise die Unterhaltskosten als Subkriterien beinhaltet. Ebenso ist es möglich, sowohl den Preis (Beschaffungskosten) als auch die Kosten (ohne Beschaffungskosten) je separat als Zuschlagskriterien vorzusehen (Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"). Die Kosten (ohne Beschaffungskosten) können demgegenüber nicht Teil des Kriteriums Preis (Beschaffungskosten) sein.

## 10.5

**10.5.1** Die Vergabestelle wählte im vorliegenden Fall den "Total Cost of Ownership (TCO)" Ansatz, mit dem die Kosten des Angebotes über den gesamten Life Cycle betrachtet werden (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.1). Die Vergabestelle verwendet dabei für die "Kosten", namentlich für den Preis (Beschaffungskosten) zusammen mit den weiteren Kosten, den Begriff "Evaluationspreis". Der "Evaluationspreis" setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis und den "SBB-Kosten" zusammen (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.2). Die "SBB-Kosten" betreffen Kosten, die Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seiten der SBB verursachen (Ausschreibungsbedingungen, S. 15). Zu den "SBB-Kosten" zählen initiale und jährliche Kosten der Bahninfrastruktur wie der Energiebedarf der TFK-Anlage (Leistungsumfang, Ziff. 9.4).

**10.5.2** Der Ansatz der "Total Cost of Ownership" ist mit oder ohne Subkriterienbildung zulässig (vgl. E. 10.4.4 hiervor). Es ergibt sich demnach nicht schon aus dem Begriff selbst, dass Anschaffungspreis und SBB-Kosten zusammen bewertet werden müssen. Es ist demnach mittels Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen namentlich noch zu ermitteln, ob das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" aufgrund der Ausschreibung so zu verstehen ist, dass die Punktevergabe einmal für den "Angebotspreis" und einmal für die "SBB-Kosten" entsprechend der Formel nach Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen vorzunehmen ist, oder ob aus dem "Angebotspreis" und den "SBB-Kosten" eine Summe ("Evaluationspreis") zu bilden ist, auf welche die Punktevergabe entsprechend der Formel anzuwenden ist (vgl. E. 10.6 hiernach). Dabei sind Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen systematisch auszulegen (vgl. dazu etwa das Urteil des BGer 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3 "corso di formazione").

## 10.6

**10.6.1** Die Beschreibung der Preisberechnung in Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen sieht vor, dass Angebote mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten jeweils das Punktemaximum erhielten. Prima facie sollen demnach zwei Resultate durch die Anwendung der Preisformel (aus der die Punkte resultieren) erzielt werden.

Im Widerspruch dazu steht unter Ziffer 3.4.2.1, dass für die Preisbewertung die Preise zu einem Evaluationspreis hochgerechnet werden. In die Berechnung würden auch die "SBB-Kosten" einfließen. Dabei bedient sich die Formel in Ziff. 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen des Begriffes "Evaluationspreis" und damit des Überbegriffes der beiden Begriffe "Angebotspreis" und "SBB-Kosten". Die Legende zur Formel in Ziff. 3.4.2.1 listet namentlich die Preise, die in die Preisformel eingesetzt werden sollen, auf, wobei  $P$  = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes  $P_{\text{best}}$  = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes und  $P_{\text{max}}$  = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet, gilt (vgl. E. 10.3.3 hiervoor). Damit zieht die Formel als Grundlage den Evaluationspreis als Überbegriff von Angebotspreis und "SBB-Kosten" bei und das Resultat ist die Punktzahl.

Dies steht prima facie im Widerspruch dazu, dass die Bewertung des Angebotspreises von den "SBB-Kosten" getrennt bewertet und demnach mit zwei Punktergebnissen versehen werden sollte. Insbesondere die Formel isoliert interpretiert spricht demnach prima facie für die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung.

**10.6.2** Zur Auslegung, wie die Berechnung der Preise stattfindet, ist insbesondere ausschlaggebend, dass in der Ausschreibung für beide Kategorien (Angebotspreis und SBB-Kosten) jeweils eine separate Gewichtung von 25 für den Angebotspreis und 15 für die "SBB-Kosten" angegeben ist (vgl. Ziff. 2.10 der Ausschreibung). Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich sodann, dass der Gewichtung von 25 Prozent bzw. 15 Prozent eine entsprechende Punktevergabe mit 125 und 75 einhergeht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1). Schliesslich wird in der Ausschreibung für das ZK01 "Evaluationspreis" keine Gewichtung von 40 Prozent (bzw. 200 Punkte) angegeben, sondern die Gewichtung der Unterkriterien wird direkt mit Angebotspreis 25 und "SBB-Kosten" 15 festgehalten. Demnach sollen der Angebotspreis 25 und die "SBB-Kosten" 15 nicht mit einer Formel modifiziert werden, da ansonsten dasselbe Ergebnis resultieren würde, wie wenn nur die Kosten insgesamt mit 40 Prozent gewichtet worden wären. Dies deutet prima facie darauf hin, dass Unterkriterien (einmal für den Angebotspreis und einmal für die SBB-Kosten) gebildet und separat bewertet werden sollten.

**10.6.3** Ferner wird in den Ausschreibungsbedingungen die Zusammensetzung des Angebotspreises von der Zusammensetzung der "SBB-Kosten"

getrennt aufgeführt (Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 3.4.2.2). Entsprechend ist auch das Preisblatt TFK 2020 so ausgestaltet, dass zwei Spalten, nämlich "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung "SBB-Kosten" (Ansatz Total Cost of Ownership)" vorgesehen werden (Vorakte "Angebote", "Z-Preise", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1). Auch insofern wird der Trennung zwischen Angebotspreis und "SBB-Kosten" eine gewisse Bedeutung zugemessen, was prima facie zum Schluss führt, dass nach dieser Passage der Ausschreibungsbedingungen die Formel separat auf Einkaufspreis und "SBB-Kosten" anzuwenden ist.

**10.6.4** Trotz der uneinheitlich verwendeten Terminologie lässt eine systematische Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen nach dem Vertrauensprinzip (vgl. dazu E. 7.3.5.1 hiervor) demnach prima facie keine andere Auslegung der Ausschreibung (Ziff. 2.10) und der Ausschreibungsunterlagen zu, als dass die Punktevergabe jeweils separat für den Angebotspreis und für die "SBB-Kosten" zu erfolgen hat. Wäre eine andere Preisformel und Preiskurve gewünscht, hätte die Vergabestelle keine Subkriterien aufgestellt. Ausserdem ist auch die Beschreibung der Preisbewertung (vgl. E. 10.3.3 hiervor) diesbezüglich klar, wenn dort erläuternd ausgeführt wird, dass das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten *jeweils* (Hervorhebung durch das Gericht) das Punktemaximum erhalten soll. Folgerichtig wäre allerdings die Formel gemäss der Ziffer 2.10 selbst prima facie entsprechend anzupassen gewesen (vgl. E. 10.6.1 hiervor). Um völlige Klarheit herzustellen wäre das ZK01 ausserdem möglicherweise besser mit dem Begriff "Evaluationskosten" als mit dem Begriff "Evaluationspreis" beschrieben worden (vgl. E. 10.4.4 hiervor).

**10.7** Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vergabestelle vorliegend ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie die Bewertungsformel jeweils separat auf die Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" angewendet hat. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bewertung sei nicht korrekt, weil Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" gebildet wurden, ist insofern prima facie offensichtlich unbegründet. Nach dem Gesagten kann im Übrigen offenbleiben, wie die Punkteverteilung unter dem Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" ausgesehen hätte, wäre die entsprechende Formel anders, nämlich dem Verständnis der Beschwerdeführerin entsprechend, angewendet worden.

## 10.8

**10.8.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, auch die "SBB-Kosten" seien als Teil des Evaluationspreises intransparent und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zuwiderlaufend ermittelt worden, weil die Vergabestelle einen mit automatisierter Formel hinterlegten Kostenzuschlag von bis zu CHF 12 Mio. vorgesehen habe. Die Gründe und Modalitäten des Kostenzuschlags seien in den hinteren Registerblättern des Preisblatts "versteckt", was angesichts seiner Höhe und Bedeutung für das Vergabergebnis nicht mit dem Transparenzgebot vereinbar sei. Die Anbieterinnen hätten angesichts der fehlenden oder nur sehr versteckten in verschiedenen Excel-Tabellenblättern platzierten Hinweise namentlich nicht damit rechnen müssen, dass ein "künstlicher" Betragszuschlag bei den "SBB-Kosten" zu entscheidungswesentlichen Punkteverlusten führen könnte (Beschwerde, Rz. 76 ff.; Replik, Rz. 76). Der Umstand, dass die Vergabestelle diese Auswirkungen nicht sehe oder sehen wolle, sei Beleg dafür, dass diese Pönale für die Anbieterinnen bei der Angebotserstellung betragsmässig nicht erkennbar gewesen sei und in den Erläuterungen nirgends erklärt worden sei. Würden in der Excel Tabelle an den entscheidenden Stellen Fragen betreffend den Einsatz von Lüftungsanlagen mit "Ja" beantwortet, hätten sich die "SBB-Kosten" in der Gesamtübersicht um über CHF 12 Mio. erhöht (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 3. März 2022, Rz. 19).

Auch die Art und Weise, wie der Kostenzuschlag ausgestaltet sei und bei welchen Anlagen dieser zur Anwendung gelange und bei welchen nicht, würde einer Rechtskontrolle nicht standhalten. Der Kostenzuschlag komme immer dann zur Anwendung, wenn eine Anbieterin für das von ihr vorgesehene System auf eine aktive Kühlung und damit höheren Energiebedarf angewiesen sei (Preisblatt, Register 4). Faktisch treffe ein derart konzipierter Kostenzuschlag sämtliche Anbieter von Lüfteranlagen und habe mit CHF 12 Mio. nachweislich entscheidungswesentliche Auswirkungen auf das Gesamtergebnis. Indem die Vergabestelle fälschlicherweise annehme, dass die Lebensdauer bei Lüftungsanlagen nicht über die gesamte Vertragsdauer anhalte, falle der Klimarucksack für Anbieterinnen solcher Anlagen noch stärker ins Gewicht und führe zu einer weiteren künstlichen Erhöhung der SBB-Kosten. Dasselbe gelte aufgrund des elektrischen Ausbaus, wenn der Leistungsausbau über 2000 Watt hinausgehe. Einzig die lüfterlose Anlage der von der Zuschlagsempfängerin vorgesehenen I.\_\_\_\_\_, welche digital-basiert operiert, komme ohne Lüftung aus (Beschwerde, Rz. 80 ff.; Replik, Rz. 76; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022 Rz. 19 f.).

**10.8.2** Die Vergabestelle entgegnet, das von der Vergabestelle zur Verfügung gestellte Preisblatt sowie die Auswirkungen des sogenannten Klimarucksacks seien transparent und es sei für jede Anbieterin möglich gewesen, die Folgen der Eingaben zu erkennen. Zusätzlich zum Preisblatt habe die Vergabestelle eine detaillierte Anleitung zur Verfügung gestellt, welche die wesentlichen Überlegungen bei der Preisbewertung zusammenfasst und erläutert habe. Dank dieser detaillierten Anleitung sei es allen Anbieterinnen möglich gewesen, die Frage der Klimatisierung und der daraus resultierenden Kosten zu verstehen und in ihrem Angebot zu berücksichtigen. Auch habe die Beschwerdeführerin zu diesem Thema auf dem Q&A Portal keine Frage hinterlegt. Die Beschwerdeführerin habe unter den auf dem Titelblatt des Preisblattes aufgeführten Kostenblöcken mit den jeweiligen Einzelpreisen ihre Unterschrift angebracht und hätte, wenn sie über die Höhe des Kostenblocks "SBB-Kosten" erstaunt gewesen wäre, sich bestimmt die Mühe gemacht, die Auswirkungen genauer zu analysieren (Vernehmlassung, Rz. 90 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 52).

Weiter hält die Vergabestelle fest, hinsichtlich der Tunnelfunkanlagen mit Lüftern sei anzufügen, dass die Vergabestelle kein bestimmtes Modell vorgeschrieben habe. Sie habe es den Anbieterinnen überlassen, darzulegen, wie sie die durch die Rahmenbedingungen abgesteckten Anforderungen mit ihrem technischen Konzept realisieren wollen. Der Einsatz von Klimarucksäcken sei weder vorgegeben gewesen noch zwingend, sondern hänge von der gewählten Lösung ab. Da die Beschwerdeführerin ein Konzept mit Lüftern und Klimarucksäcken eingegeben habe, seien folgerichtig die daraus resultierenden LC-Kosten zu berücksichtigen. Die Auswirkungen des sogenannten Klimarucksacks seien ebenfalls transparent gewesen und würden zusätzliche für die Vergabestelle anfallende Kosten widerspiegeln. Die von der Beschwerdeführerin wiederholt genannte Zahl sei nicht nachvollziehbar und stimme auch nicht mit dem ausgefüllten Preisblatt überein. Schliesslich würde die Beschwerdeführerin inkonsistent argumentieren, wenn sie einerseits rüge, die "SBB-Kosten" seien intransparent und nicht nachvollziehbar, womit der TCO-Ansatz verletzt werde, und andererseits trotzdem genau aufzeige, wo genau die Systeme unterschiedlich abschneiden und Mehrkosten entstehen. Dies würde zeigen, dass die Beschwerdeführerin sehr wohl verstanden habe, welche Kostenpositionen berücksichtigt wurden, und wie sich unterschiedliche Preisbestandteile auswirken würden. Dass die Beschwerdeführerin eine konservative und entsprechend teure Umsetzungsvariante gewählt habe, berechtere sie indessen nicht, die TCO-Bewertung anzugreifen (Vernehmlassung, Rz. 93 ff.; Duplik Vergabestelle, Rz. 52).

**10.9** Zur Beurteilung der Rüge, die Bewertungsmethode unter ZK01 "Evaluationspreis" sei nicht transparent bekannt gegeben worden, weil die Vorgaben zum Klimarucksack und damit einhergehende Kosten nicht klar gewesen seien, sind vorab die einschlägigen Unterlagen wiederzugeben. Aus den Vorakten ergibt sich, dass auf die Kosten der Klimatisierung innerhalb der "SBB-Kosten" hingewiesen wurde. Namentlich wurde im Dokument "Anforderungen: Generelles" vom 28. Oktober 2020 (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", C1 "Generelles") zu spezifischen Anforderungen betreffend das GBT-Projekt im Kapitel 8 "Spezifische Anforderungen" das Folgende ausgeführt:

[...]

SBB hat zum Ziel, den Stromverbrauch und die dadurch entstandene Umweltbelastung zu reduzieren. Deswegen ist SBB für die neue Anlagen im GBT offen für eine andere innovative Lösung bezüglich Schränke und Klimatisierung. Die klimatischen Umgebungsbedingungen in den Querschlügen (siehe Kap. 7.1) und die geforderte Lebensdauer von 12 Jahren sind dabei zu berücksichtigen.

Die Anbieterin hat die Möglichkeit, die bestehenden Schränke in ihrer Lösung zu integrieren. Wenn die Anbieterin eigene Schränke bzw. Gehäuse und/oder Gestelle einsetzen will, sind diese zu spezifizieren und im Preisblatt einzukalkulieren. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Höhe wegen Lüftung und Türhöhe begrenzt ist (< 2.2 m). Weiter muss spezifiziert werden, ob die Schränke (bestehende oder neue) aktiv gekühlt werden müssen. Klimarucksäcke für die aktive Kühlung werden von SBB geliefert.

Falls eine aktive Kühlung der TFK-Anlage notwendig ist, fließen die Kosten dafür in die TCO-Kosten (Beschaffung & Ersatz und Stromverbrauch) ein.

[...]

Im Preisblatt wurde im Blatt 4 "Technische Angaben" unter D. "Klimatisierung Schränke GBT" entsprechend verlangt, dass angegeben wird, ob eine "aktive Kühlung der TFK-Schränke in den Querschlügen im GBT" notwendig ist. Gleichzeitig fanden sich folgende Anweisungen an die Anbieterin (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", Register E "Preisblatt"):

Anweisung an Anbieterin: Die evtl. benötigte aktive Kühlung der TFK-Schränke in den Querschlügen im GBT ist anzugeben. Die Informationen im Dokument C1, Kapitel 7.1 und 8 sollen dabei berücksichtigt werden. Bei aktive Kühlung fließen die dadurch entstandene Beschaffungskosten plus die Stromkosten in die SBB\_Kosten ein.

Im Preisblatt unter Blatt 8 "Zusammenfassung Tunnelgruppe" findet sich eine Zusammenfassung der "GBT Klimatisierung" innerhalb der "SBB-Kosten", in welcher folgende Informationen (automatisch berechnet) bestehen: "Anzahl während Betriebszeit", "Anzahl Klimageräte", "Stückkosten" und "Total" in CHF. Schliesslich fanden sich in Blatt "13\_Information Annahmen" die Angaben dazu, welche Eckwerte die Vergabestelle den Klimarucksäcken zu Grunde legte. Diese Tabelle beinhaltete die folgenden Informationen:

<b>Eckwerte Klimarucksack</b>		
Lebensdauer	8	Jahre
Anzahl Beschaffung über Lebensdauer Anlage	2	mal
Stromverbrauch (durchschnittlich)	800	W
Wiederbeschaffungswert	4546.65	CHF

In der Anleitung zum Preisblatt (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", Register E) wurden die Informationen zur Klimatisierung an verschiedenen Stellen weiter ausgeführt. Namentlich in Ziff. 3.4.5 (D. Klimatisierung Schränke GBT) und in Ziff. 3.4.9 (B. Kostenberechnung). In Ziff. 3.4.5 (D. Klimatisierung Schränke GBT) der Anleitung Preisblatt wurde das Folgende ausgeführt:

#### D. Klimatisierung Schränke GBT:

Hier gibt die Anbieterin an, ob für die TFK-Schränke im Tunnelbereich des GBT (Schränke der Anbieterin bzw. bereits vorhandenen Schränke im GBT) eine aktive Kühlung durch die Klimarucksäcke von SBB nötig ist (vgl. Dokument C1, Kap. 7.1 und 8). Die Anbieterin kann hier als erstes angeben, ob eine aktive Kühlung in den mittleren, heissen 50 % der Tunnelstrecke nötig ist (Auswahl "ja/nein"). Als zweite Frage, soll beantwortet werden, ob eine aktive Kühlung auch für die beiden äusseren, kühleren Viertel nötig ist (Auswahl "ja/nein", wobei "ja" nur Sinn macht, falls bei der ersten Frage "ja" ausgewählt wurde).

Diese Angaben werden dazu verwendet um im Blatt 8 die SBB-Kosten für die Beschaffung und für den Stromverbrauch der Klimarucksäcke während dem Life Cycle der TFK-Anlagen zur berechnen. Die Annahmen, welche für diese Kostenberechnung nötig sind, sind in Blatt 13 angegeben.

## 10.10

**10.10.1** Wie dargelegt, verfügt die Vergabestelle sowohl bei der Definition und Anwendung der Zuschlagskriterien als auch in Bezug auf die Bewertungsmethode über einen erheblichen Ermessensspielraum, wobei sie an das Transparenzgebot gebunden ist (vgl. E. 7.1.3, E. 10.4.3 hiervor).

**10.10.2** Der Beschwerdeführerin lagen mit den dargelegten Vorakten "Anforderungen: Generelles" vom 28. Oktober 2020 und "Preisblatt, Blatt 4 und 8" sowie der Anleitung zum Preisblatt prima facie alle Informationen betreffend die Zusammensetzung der "SBB-Kosten" vor. Ihr musste namentlich mit dem Dokument "Anforderungen: Generelles" vom 28. Oktober 2020 gemäss Kapitel 8 ersichtlich werden, dass wenn die Schränke aktiv klimatisiert werden, die Vergabestelle "Klimarucksäcke" liefert, welche prima facie dazu dienen, die Schränke zu kühlen. Zudem heisst es in diesem Dokument ausdrücklich: "Falls eine aktive Kühlung der TFK-Anlage notwendig ist, fliessen die Kosten dafür in die TCO-Kosten [...]". Weiter hält das Preisblatt im Blatt 4 Bst. D explizit das Folgende fest: "Die evtl. benötigte aktive Kühlung der TFK-Schränke in den Querschlägen im GBT ist anzugeben. [...] Bei aktive Kühlung fliessen die dadurch entstandene Beschaffungskosten plus die Stromkosten in die SBB\_Kosten ein.". Diese Hinweise zeigen, dass die Beschwerdeführerin nach einer Sichtung des Dokuments "Anforderung: Generelles" vom 28. Oktober 2020 und des Preisblattes damit rechnen musste, dass sich bei Schränken, die eine Kühlung verlangen, die "SBB-Kosten" erhöhen. Von der Beschwerdeführerin kann ausserdem erwartet werden, dass sie sich bei Abgabe des Angebots aufgrund der zur Verfügung gestellten Berechnungsgrundlagen bewusst wird, welche Auswirkungen ihre Angaben in den Berechnungsgrundlagen bezüglich Klimatisierungskosten haben.

**10.10.3** Somit wird gestützt auf diese Akten prima facie nicht ersichtlich, inwiefern die Benötigung einer aktiven Klimaanlage und ihre Auswirkungen auf die Anzahl Klimarucksäcke und die "SBB-Kosten" nicht transparent dargelegt worden sein sollen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Zusammensetzung der "SBB-Kosten" sei intransparent, weil die Auswirkungen der Kühlung auf die "SBB-Kosten" unklar sei, ist daher prima facie offensichtlich unbegründet.

## 10.11

**10.11.1** Weiter ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, wonach Anbieterinnen, die keine Kühlung der Schränke benötigen (meint: wie die Beschwerdegegnerin, welche Produkte der I. \_\_\_\_\_ einsetze), bevorteilt worden seien, womit eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots einhergehe.

**10.11.2** Wie dargelegt, verfügt die Vergabestelle über Ermessen bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien wie auch der Ausgestaltung der Bewertungsmethode (vgl. E. 10.4.3 hiervor). Im Rahmen der Definition und Gewichtung der Zuschlagskriterien ist das Gleichbehandlungsgebot im Sinne von Art. 1 Abs. 2 aBöB zu beachten (BVG 2019 IV/2 E. 6.8.3 "Betankungsanlagen"). Dasselbe gilt auch für die Offertbewertung (Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 7.3.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II").

**10.11.3** Wie erwähnt (vgl. E. 10.9 hiervor) lautet das Preisblatt, Blatt 4, Bst. D, auszugsweise wie folgt: "Bei aktive Kühlung fließen die dadurch entstandene Beschaffungskosten plus die Stromkosten in die SBB\_Kosten ein.". Der Zuschlag für die aktive Kühlung, und damit einhergehend die Klimarucksäcke, ist demnach kostenbasiert. Die Kosten an sich sind ein zulässiges Zuschlagskriterium (vgl. E. 10.4.4 hiervor). Aus den Akten ergibt sich dabei kein pauschaler Kostenzuschlag von Fr. 12 Mio. Ausserdem gilt dieses Kostenkriterium für sämtliche Anbieterinnen. Eine Ungleichbehandlung ist somit nicht ersichtlich. Vielmehr hat diejenige Anbieterin mit den geringsten Kosten Aussicht auf den Zuschlag, womit prima facie Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vor allem ist der Vergabestelle dahingehend zuzustimmen, dass diese bewusst darauf verzichtet hat, im Sinne technischer Spezifikationen vorzugeben, dass nur Produkte in Frage kommen, welche keinen Klimarucksack benötigen. Ausserdem sind die "SBB-Kosten" mit 15 Prozent sowohl im Vergleich zum Einkaufspreis (mit 25 Prozent) als auch den insgesamt bewerteten Zuschlagskriterien so gewichtet worden, dass prima facie nicht davon auszugehen ist, dass sich die Bewertungsmethode im Ergebnis wie eine technische Spezifikation auswirkt. Die Tatsache, dass die Produkte ohne Klimarucksack einen Bewertungsvorteil erhalten, liegt im Ermessen der Vergabestelle und ist als solche nicht zu beanstanden. Damit ist auch nicht weiter darauf einzugehen, inwieweit es relevant ist, dass das gewählte Vorgehen die Innovation im Markt begünstigt.

**10.11.4** Mit Blick auf das Gesagte kann somit festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin prima facie mit ihrer Rüge, die "SBB-Kosten" seien rechtswidrig definiert und ermittelt worden, nicht durchdringt. Auch kann nicht davon ausgegangen werden, das Kostenkriterium sei auf die Zuschlagsempfängerin zugeschnitten, sondern es ist für alle Anbieterinnen gleich anzuwenden. Die Rüge der Beschwerdeführerin, sie sei aufgrund der Klimarucksäcke und der damit einhergehenden Kostenveranschlagung benachteiligt worden, ist somit prima facie offensichtlich unbegründet.

**10.12** Zusammenfassend kann damit in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" festgehalten werden, dass die Beurteilung prima facie rechtskonform erfolgt ist und die Beschwerde hinsichtlich dieser Rügen prima facie offensichtlich unbegründet ist.

## **11.**

**11.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" sei rechtsfehlerhaft. Sie begründet ihre Rüge damit, dass eine rechtswidrige Diskrepanz zwischen der bekanntgegebenen Gewichtung und der effektiven Gewichtung bestehe. Konkret habe die Vergabestelle bei der Ermittlung der Gesamtpunktzahl für das Zuschlagskriterium ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" mehrere Zwischenrechnungen vorgenommen, wobei wiederholt Durchschnittswerte gebildet und Rundungen vorgenommen worden seien. Ein sachlicher Grund dafür, die ursprüngliche differenzierte Bewertung durch mehrfaches Bilden von Durchschnittswerten und Runden nachträglich einer groben Notenskala zu unterwerfen, sei nicht ersichtlich. Dies habe die Qualitätsbewertung in entscheidwesentlicher Art und Weise verwässert (Replik, Rz. 81 ff.; Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 21).

**11.2** Die Vergabestelle entgegnet, das Vorgehen inklusive Rechenbeispiel sei in den Ausschreibungsbedingungen festgehalten. So würden für das Zuschlagskriterium ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" acht Subkriterien bestehen und für jedes einzelne Subkriterium habe die Vergabestelle Anforderungen definiert und Noten vergeben. Diese auf zwei Nachkommastellen gerundeten Durchschnittsnoten seien anschliessend mit der jeweiligen Gewichtung zu einer Gesamtnote berechnet worden. Die erzielte Gesamtnote habe die Vergabestelle anschliessend mit der Maximalpunktzahl multipliziert. Schliesslich sei keine Frage zu dieser Logik eingegangen, weshalb die Beschwerdeführerin davon ausgegangen sei, dass die Bewertungsmethode klar sei (Duplik Vergabestelle, Rz. 53 ff.).

### 11.3

**11.3.1** Zur Beurteilung der Rüge sind vorab die Ausschreibung und die Unterlagen zu betrachten. In der Ausschreibung wurde das Zuschlagskriterium ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" wie folgt dargestellt (Ausschreibung, Ziff. 2.10):

ZK 2: Erfüllung der Anforderungen

- C1 Generelles Gewichtung 10
- C2 Modul Koppelfelder Gewichtung 3
- C3 Modul Polycom Gewichtung 3
- C4 Modul Multi-Service Anlage Gewichtung 9
- C5 Zusammenarbeit und Rollout Gewichtung 10
- C6 Management-System Gewichtung 6
- C7 Betrieb und Wartung Gewichtung 6
- C8 RAMS Gewichtung 3

**11.3.2** In den Ausschreibungsunterlagen wurde das Zuschlagskriterium ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" weiter wie folgt zusammengefasst (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1, Auszug):

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
ZK 2	Erfüllung der Anforderungen	Angaben und Nachweise zu den Bewertungsfragen (Register D) gegliedert nach folgenden Subkriterien:		
		C1 Generelles	10%	50
		C2 Modul Koppelfelder	3%	15
		C3 Modul Polycom	3%	15
		C4 Modul Multi-Service Anlage	9%	45
		C5 Zusammenarbeit und Rollout	10%	50
		C6 Management-System	6%	30
		C7 Betrieb und Wartung	6%	30
		C8 RAMS	3%	15

**11.3.3** In den Ausschreibungsbedingungen wird unter Ziff. 3.4.3.1 "Bewertung für ZK02: Erfüllung der Anforderungen" ausgeführt, wie die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 erfolgt. Namentlich wird festgehalten, dass es je Subkriterium einen Fragenkatalog gebe. Die Erfüllung der Anforderung würde aufgrund der von der Anbieterin abgegebenen Antwort mit einer sechsstelligen Notenskala durch die SBB AG bewertet. Aus den vergebenen Noten werde die erreichte Gesamtpunktzahl berechnet. Pro Fragenkatalog werde dafür als erstes der Notendurchschnitt (arithmetisches Mittel auf zwei Kommastellen gerundet) aus den Noten der einzelnen Anforderungen berechnet. In einem zweiten Schritt werde daraus der gesamthafte Notendurchschnitt über alle Fragenkataloge errechnet. Daraus ergebe sich dann die Note für das Zuschlagskriterium ZK02 "Erfüllung der Anforderungen". Um dabei die unterschiedliche Gewichtung der Fragenkataloge zu berücksichtigen, werde der Notendurchschnitt als gewichtetes arithmetisches Mittel auf zwei Kommastellen gerundet berechnet.

## **11.4**

**11.4.1** Die Beschwerdeführerin rügt, dass die in Ziffer 3.4.1 der Ausschreibung bekannt gegebene Gewichtung nicht angewandt worden sei. Die Qualitätsbewertungsmethode sei zumindest so zu wählen, dass eine Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen Gewichtung und der effektiven Gewichtung vermieden wird (Replik, Rz. 85).

**11.4.2** Aus den Vorakten, namentlich der Übersicht der Bewertung der Zuschlagskriterien (Vorakte 7 "Evaluation", "05 Bewertung Mastertabelle"), ergibt sich, dass die Vergabestelle das von ihr in den Ausschreibungsbedingungen bekanntgegebene Bewertungsschema angewendet hat. Zu prüfen bleibt damit, ob die Bewertungsmethode faktisch zu einer Verwässerung der Gewichtung führt, indem die Vergabestelle zuerst gestützt auf einen Fragenkatalog eine Durchschnittsnote pro Subkriterium erstellt und anschliessend gestützt auf alle Durchschnittsnote je Fragenkatalog bzw. Subkriterium eine gesamthafte Durchschnittsnote als Berechnungsgrundlage beigezogen hat.

**11.4.3** Der Beschwerdeführerin ist insoweit zu folgen, als dass es im Rahmen einer Angemessenheitsprüfung prima facie tatsächlich nicht ohne Weiteres nachvollziehbar wäre, warum die Vergabestelle nicht die einzelnen Punkte unter den Subkriterien direkt mit der gesamthafte zu erreichenden Punktzahl multipliziert hat. Ein rechtswidriges Vorgehen, insbesondere

eine entscheidungsrelevante Verzerrung der Gewichtung der Subkriterien aufgrund zweimaliger Bildung von Durchschnittswerten und damit einhergehenden Rundungsvor- oder -nachteilen ist indessen prima facie mit Blick auf das der Vergabestelle zustehende Ermessen nicht ersichtlich. Der Fall ist insoweit auch nicht mit dem Urteil B-4086/2018 vom 12. August 2019 vergleichbar, welches von MARTIN BEYELER dahingehend kritisiert worden ist, dass das Bundesverwaltungsgericht zu grosszügig gewesen sei in Bezug auf den Umgang der Vergabestelle mit hochgradig granularen Bewertungsergebnissen (MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020, S. 169 f. Rz. 249). Eine Ermessensüberschreitung ist somit in dieser Bewertungsmethode prima facie offensichtlich nicht zu erblicken.

**11.5** Zusammenfassend kann damit festgehalten werden, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bewertung der Offerten anhand des Zuschlagskriteriums ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" sei vergaberechtswidrig, prima facie offensichtlich unbegründet ist.

## **12.**

**12.1** Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die unter dem Zuschlagskriterium ZK03 "Qualität der Referenzen" vorgenommenen Bewertungen würden sich als rechtsfehlerhaft erweisen. Entsprechend sei vor diesem Hintergrund die der Beschwerdegegnerin vergebene Note um mindestens einen Notenpunkt zu reduzieren. Als stossend erweise sich, dass die Beschwerdegegnerin drei anstatt wie verlangt zwei Referenzen eingereicht habe und somit die Vergabestelle eine Auswahl treffen musste. Auf Nachfrage habe die Beschwerdegegnerin die Referenzen "Rosshäusern-Tunnel" und "Ceneri-Basistunnel" angegeben. Die Referenzen "Rosshäusern" und "Ceneri-Basistunnel" seien der Beschwerdegegnerin aber nicht zurechenbar und mit dem ausgeschriebenen Projekt nicht vergleichbar (Replik, Rz. 86 ff.).

Zur Bewertung an sich führt die Beschwerdeführerin aus, dass sich erstens das Bewertungsteam nicht mit dem Referenzprojekt 1 "Rosshäusern-Tunnel" auseinandergesetzt habe, sondern tel quel die Benotung der Referenz übernommen habe. Zweitens falle auf, dass das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" entgegen der Ankündigung gar keiner Bewertung unterzogen worden sei. Drittens sei die Bewertung der Beschwerdegegnerin mit Blick auf die Höchstpunktzahl nicht nachvollziehbar, denn obwohl die Komplexität des Referenzprojekts ausdrücklich eines der Bewertungskriterien

darstellte, seien Neubau- und Migrationsprojekte identisch bewertet worden. Viertens lege die in Bezug auf das Referenzprojekt 2 "Generi-Basis-tunnel" eingeholte Referenzauskunft nahe, dass die GU-Tätigkeit der Beschwerdegegnerin alles andere als überzeugt habe, womit auch diese Referenzauskunft nicht mit der Höchstnote zu bewerten wäre (Replik, Rz. 86 ff.). Schliesslich habe die Vergabestelle bei der Bewertung unterschiedliche Massstäbe angewendet, indem im Falle der Beschwerdegegnerin für die vergebene Höchstnote einzig eine stichwortartig formulierte E-Mail Nachricht die Bewertungsgrundlage gebildet habe, während im Falle der Beschwerdeführerin detaillierte Referenzangaben vorgelegen hätten (Stellungnahme Beschwerdeführerin vom 8. März 2022, Rz. 22 ff.).

**12.2** Die Vergabestelle führt dagegen aus, sie habe die Bewertung entsprechend der in den Ausschreibungsbedingungen in Ziff. 3.4.3.2 "Bewertung für ZK3: Qualität der Referenzprojekte (EK01)" bekanntgegebenen Notenskala vorgenommen. Der Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen würde andeuten, dass beide Referenzprojekte bezüglich des Eignungskriteriums EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftrags Erfüllung" hätten bewertet werden sollen. Nach Erhalt der eingereichten Referenzprojekte habe die Vergabestelle allerdings festgelegt, dass sie bei allen Anbieterinnen nur ein Referenzprojekt bewerten werde, was damit begründet sei, dass die Beschwerdeführerin zweimal dieselbe Referenzperson genannt habe, dass eine weitere am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligte Anbieterin als Auskunftsperson eine Person einer anderen Anbieterin und damit einer direkten Konkurrentin in derselben Ausschreibung angegeben habe, dass die Vergabestelle möglichst "neutrale" Referenzen haben wolle, und solchen Querbezügen daher nicht habe zusätzlich Gewicht beimessen wollen. Nach Einholung der jeweiligen Referenzauskunft habe die Vergabestelle auf diese Benotungen abgestellt. Nur bei einer Referenz einer vorliegend nicht beteiligten Anbieterin habe die Vergabestelle die Bewertung um eine Note erhöht, da die eigene Erfahrung aus dem Projekt deutlich positiver war als die strenge Bewertung habe vermuten lassen (Duplik Vergabestelle, Rz. 56 ff.).

Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin führt die Vergabestelle erstens weiter aus, dass sich die Beschwerdeführerin "ins eigene Fleisch schneide", wenn sie eine tel quel Übernahme der Benotung der Referenzauskunft bei einem Referenzprojekt der Beschwerdegegnerin bemängle, da die Vergabestelle auch im Falle der Beschwerdeführerin auf die Benotung der Referenzperson abgestellt habe. Zweitens sei in gleicher Behandlung aller Offerierenden überall nur eine Referenz bewertet worden.

Drittens könne auf die Ausführungen zur Komplexität und zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragsbefriedigung" verwiesen werden. Viertens sei das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" gerade nicht in die Bewertung miteingeflossen. Allerdings würde, selbst wenn bei der Beschwerdeführerin und bei der Beschwerdegegnerin beide Referenzen gewertet worden wären, kein anderes Resultat entstehen und beide würden noch immer die Note 5 erhalten. Zusammenfassend habe die Vergabestelle alle Anbieterinnen gleichbehandelt. Sie habe die Einholung ihrer Auskünfte dokumentiert und nachvollziehbar festgehalten, wie es zu den Noten kam (Duplik Vergabestelle, Rz. 56 ff., Rz. 62).

**12.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen würden, dass die Bewertungsmethoden des Zuschlagskriteriums ZK03 "Qualität der Referenzen" vergaberechtlichen Prinzipien widersprechen würden oder dass die Bewertung dieser Kriterien durch die Vergabestelle nicht vergaberechtskonform vorgenommen worden sei. Insbesondere sei es vertretbar, dass die Vergabestelle hinsichtlich der Komplexität der Referenzprojekte für Neubau- und Migrationsprojekte und Art der Anlagentechnologie keine Differenzierung vorgenommen habe, würden diese gerade kein Kriterium für die Vergleichbarkeit der Referenzprojekte darstellen (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 61; Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 44 f.).

## 12.4

**12.4.1** Zur Beurteilung der Rüge betreffend das ZK03 sind vorab die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen darzulegen. In der Ausschreibung wird zum Zuschlagskriterium ZK03 "Qualität der Referenzen" das Folgende festgehalten (Ausschreibung, Ziff. 2.10):

"ZK 3: Qualität der Referenzen Gewichtung 4"

**12.4.2** In den Ausschreibungsbedingungen findet sich zum Zuschlagskriterium ZK03 "Qualität der Referenzen" das Folgende (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1):

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
ZK 3	Qualität der Referenzprojekte <sup>1</sup> EK01	Organisation und Vorgehen, Konzeption, Projek-	4%	20

		tabwicklung und Einhaltung der Termine, Zuverlässigkeit der Anlage		
--	--	--	--	--

Die dazugehörige Fussnote "1" lautet wie folgt:

Die Anbieterin muss beim Auftraggeber für die Referenzprojekte die Erlaubnis einholen, dass die SBB AG Referenzauskünfte einholen und besichtigen kann.

Ausserdem wurde in den Ausschreibungsbedingungen weiter folgendes ausgeführt (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.3.2):

Die Bewertung der Referenzprojekte erfolgt nach folgender Notenskala:

Note 5	Sehr gute Erfüllung
Note 4	Gute Erfüllung
Note 3	Normale, durchschnittliche Erfüllung
Note 2	Schlechte Erfüllung
Note1	Sehr schlechte Erfüllung

Die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung ergibt die Punktzahl für das Zuschlagskriterium ZK3.

## 12.5

**12.5.1** Die Vergabestelle verfügt bei der Bewertung der Offerten über ein erhebliches Ermessen, wobei sowohl eine Ermessensüberschreitung als auch eine Ermessensunterschreitung eine Rechtsverletzung darstellen (vgl. E. 10.4.3 hiavor).

**12.5.2** Zuerst ist auf die Beanstandung einzugehen, dass die Vergabestelle die Benotung der Referenzgeberin übernommen hat. Wie sich aus den Vorakten ergibt, hat die Vergabestelle vorliegend bei jeder Anbieterin auf die Bewertung einer Referenzauskunft abgestellt und diese nur im Falle einer am vorliegend strittigen Ausschreibungsverfahren nicht beteiligten

Anbieterin nicht direkt übernommen, sondern aufgrund eigener Erfahrungen um eine Note verbessert (Vorakte 8 "Evaluation", Bewertung Master-tabelle, ZK3).

**12.5.3** Die Beschwerdeführerin begründet ihre Rüge betreffend das ZK02 so, es sei bei der Referenz "Rosshäusern-Tunnel" die Bewertung tel quel übernommen worden. Prima facie ergibt sich, dass die Bewertung der Referenzauskunft ohne Weiteres übernommen wurde. Namentlich lautet die Begründung, dass das Auswertungsteam der Auskunftgeberin BLS AG das Projekt kenne und dessen Evaluation daher zu folgen sei (Vorakte 8 "Evaluation", Bewertung Mastertabelle, ZK3). Solange sich keine Anhaltspunkte für eine Ungleichbehandlung mit Blick auf unterschiedliche Bewertungsmethoden der Referenzpersonen ergibt, liegt dies prima facie im Ermessen der Vergabestelle. Insofern ist der Vergabestelle im Ergebnis beizupflichten, wenn sie die Auffassung vertritt, dass der Bewertung der Auskunftgeberin BLS AG als Fachperson ein bestimmtes Gewicht zugemessen werden durfte. Entsprechend hat die Vergabestelle offenbar eine besonders strenge Bewertung zugunsten der betroffenen Anbieterin korrigiert (Duplik Vergabestelle, Rz. 59).

**12.5.4** Weiter ist auf die Argumentation der Beschwerdeführerin einzugehen, entgegen der Ankündigung sei das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" keiner Bewertung unterzogen worden. Die Vergabestelle hält dazu fest, dass in gleicher Behandlung aller Anbieter überall nur eine Referenz bewertet worden sei. Den Verzicht auf die Bewertung der zweiten Referenz einer am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Anbieterin begründet die Vergabestelle primär damit, dass diese Anbieterin eine bei einer weiteren Anbieterin tätige Person als Referenzperson angegeben habe. Der Auftraggeberin sei namentlich an der Neutralität der Auskunftspersonen gelegen (Duplik Vergabestelle, Rz. 58). Ob diese Begründung hinreichend ist und ob die Vergabestelle selbst bestimmen darf, ob sie beide Referenzprojekte bewertet, kann vorliegend offenbleiben. Denn selbst wenn beide Referenzprojekte gewertet worden wären, hätte dies prima facie – worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist (Duplik Vergabestelle, Rz. 61) – nicht zu einem anderen Resultat geführt. Für den Fall, dass nur eine Referenz bewertet wird, liegt es jedenfalls im Ermessen der Vergabestelle, die bessere der beiden Referenzen zu wählen. Auch insoweit lag die Bewertung trotz der von der Beschwerdeführerin thematisierten Vorbehalte in Bezug auf die Rolle der Beschwerdegegnerin als GU prima facie im Ermessen der Vergabestelle. Zuzustimmen ist der Vergabestelle jedenfalls dahinge-

hend, dass sich prima facie aus den Vorakten kein Hinweis auf eine rechtswidrige Behandlung ergibt, weil auch bei den anderen Angeboten lediglich ein Projekt beurteilt wurde (Vorakte "Evaluation", "Bewertung Master-tabelle", "Master TFK 2020 ZK3").

**12.5.5** Ferner ist zur Rüge der Beschwerdeführerin, die Komplexität sei nicht beachtet worden, weil es keine Rolle spiele, ob unter laufendem Betrieb saniert würde oder nicht, darauf hinzuweisen, dass bereits bei der Vergleichbarkeit von Referenzprojekten mit dem vorliegend strittigen ausgeschriebenen Projekt festgestellt wurde, dass es im Ermessen der Vergabestelle liegt, davon auszugehen, dass diesbezüglich kein entscheidungsrelevanter Unterschied besteht (vgl. E. 7.6.4.2 hiervor), was auch im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien gilt.

**12.5.6** Mit Blick auf das Gesagte ist prima facie nicht ersichtlich, dass sich die Punktegebung der Vergabestelle im Ergebnis als rechtsfehlerhaft erweist. Namentlich ist die Punktevergabe vorliegend prima facie auch nicht darum rechtsfehlerhaft, weil wie von der Beschwerdeführerin gerügt, die Referenzauskünfte nicht im gleichen Detaillierungsgrad gegeben wurden, oder die Komplexität der Projekte möglicherweise eine andere ist (vgl. auch zum EK01 die E. 7.6.4.3 hiervor; Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1).

**12.6** Die Rüge, die Punktevergabe unter ZK03 sei nicht vergaberechtskonform erfolgt, ist demnach prima facie offensichtlich unbegründet.

### **13.**

**13.1** Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass auf die Beschwerde prima facie einzutreten und damit das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung namentlich nicht mit Blick auf die aller Voraussicht nach fehlende Legitimation abgewiesen werden kann (vgl. E. 4 und 5 hiervor). Die Rügen der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin seien die Referenzen unter EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht zurechenbar und diese seien mit dem ausgeschriebenen Objekt nicht vergleichbar, sind prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 7, insb. 7.3.6 und 7.3.7, 7.4.5, 7.4.6, 7.4.7, 7.4.8 und 7.4.9 hiervor). Ebenso erweist sich die Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht, da sie keine erprobte Referenz im Schienenbereich angebe, als prima facie offensichtlich unbegründet. Insbesondere durfte die Vergabestelle in Bezug auf die

I. \_\_\_\_\_ bei der schwedischen Behörde Trafikverket eine Referenzauskunft einholen (vgl. E. 8.4, insb. 8.4.2, 8.4.3 und 8.4.4 hiervor). Weiter ist die Rüge, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK04 "Projektorganisation" aufgrund nicht ausreichender Ressourcen nicht, prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 9.1.3 hiervor). Schliesslich dringen auch die Rügen betreffend das EK06 "Sprachen" nicht durch (vgl. E. 9.2.4 hiervor). Auch die Rüge, das ZK01 "Evaluationspreis" sei falsch bewertet worden, weil der Evaluationspreis anders auszulegen bzw. zu berechnen wäre und die Beschwerdegegnerin durch das gewählte Vorgehen unzulässigerweise bevorzugt worden sei, ist mit Blick auf die systematische Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 10.3, 10.4, 10.5 und 10.6 hiervor). Ausserdem erweist sich auch die Rüge, die SBB-Kosten seien unter ZK01 nicht transparent und unter Achtung der Gleichbehandlung bewertet worden (vgl. E. 10.10 und E. 10.11 hiervor) als prima facie offensichtlich unbegründet. Dies gilt insbesondere für die Berücksichtigung der "SBB-Kosten" in Bezug auf den Klimarucksack der von der Beschwerdeführerin eingesetzten Produkte. Schliesslich sind die Rügen, die Beschwerdegegnerin habe unter ZK02 "Erfüllung der Anforderungen" zu viele Punkte erhalten (vgl. E. 11.3 und E. 11.4 hiervor) und unter ZK03 "Qualität der Referenzen" sei falsch bewertet worden (vgl. E. 12.5 hiervor), ebenfalls prima facie offensichtlich unbegründet.

**13.2** Daraus ergibt sich, dass sich die Beschwerde prima facie als offensichtlich unbegründet erweist. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen gemäss der Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2021 betreffend das Unterbleiben aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin, dahin.

#### **14.**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden (Beschwerde, Antrag Nr. 8). 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. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Be-

reich II" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise in geschwärtzter Form, zugestellt wurden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des BVGer 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.

**15.**

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

**16.**

Dieser Zwischenentscheid ergeht am gleichen Tag wie der Zwischenentscheid im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5500/2021. Mit Blick auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin wird der Beschwerdeführerin der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen nur im Dispositiv zugestellt und nach erfolgter Bereinigung begründet eröffnet, was wiederum die Beschwerdefrist auslöst.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

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

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichtsanspruch der Beschwerdeführerin wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

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

**3.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache befunden.

**5.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

**6.**

Der Beschwerdeführerin wird der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen lediglich im Dispositiv eröffnet.

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, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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 Dispositiv: 3. August 2022

Versand begründeter Entscheid: 8. August 2022



---

Abteilung II

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

**Geschäfts-Nr. B-5500/2021**  
stm/syr/bda

## **Zwischenentscheid vom 29. Juli 2022**

---

Besetzung

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

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Schumacher,  
Strehlgasse 13, 6430 Schwyz,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Infrastruktur,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, Felix Tuchschnid und  
Isabelle Hanselmann,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

und

**Z. \_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch

Rechtsanwältin lic. iur. LL.M. Claudia Schneider Heusi,

Schneider Rechtsanwälte AG,

Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das  
Projekt "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020"

(SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076),

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

**A.a** Am 30. Oktober 2020 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) unter dem Projekttitel "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" (Projekt-ID 209076) einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer: 1153229). Gegenstand der Ausschreibung sind verschiedene Module von Tunnelfunkanlagen sowie Design, Planung, Lieferung, Einbau, Inbetriebsetzung und Zusammenschaltung aller notwendigen Module in Zusammenarbeit mit den SBB-Fachdiensten und anderen Lieferanten der SBB AG zu einem funktionierenden Gesamtsystem. Zudem soll die Anbieterin über den gesamten Life Cycle (12 Jahre) Support und Unterhalt gewährleisten und die Möglichkeit bieten, die Tunnelfunkanlage auf dem Stand der Technik zu halten (Ziff. 2.6 der Ausschreibung).

**A.b** Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**A.c** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, von denen alle evaluiert wurden. Darunter befanden sich dasjenige der X. \_\_\_\_\_ AG und der Z. \_\_\_\_\_ AG.

**A.d** Am 26. November 2021 wurde der Zuschlag im Beschaffungsverfahren "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" an die Z. \_\_\_\_\_ AG erteilt und am 27. November 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1230069) publiziert. Als Preis (Gesamtpreis) wurden Fr. 72'769'402.67 ohne MWST angegeben (vgl. Ziff. 3.2 der am 27. November 2021 publizierten Zuschlagsverfügung).

**A.e** Anlässlich des Debriefings vom 6. Dezember 2021 erteilte die Vergabestelle der X. \_\_\_\_\_ AG ergänzende Auskünfte, insbesondere zum Bewertungsmodell und zur Begründung des Zuschlags (Vorakte 10 "Debriefing").

**B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 gelangte die X. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde gegen die am 27. November 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 26. November 2021 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

**In der Sache**

1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2021 betreffend Projekt Nr. 209076 Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 im offenen Verfahren ist vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Zuschlagsempfängerin ist vom Vergabeverfahren betreffend Projekt Nr. 209076 Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 auszuschliessen.
3. a) Der Zuschlag ist der Beschwerdeführerin zu erteilen oder  
b) eventualiter ist die Streitsache zur Neuurteilung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen;  
c) subeventualiter ist die Streitsache zur Neuurteilung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlages nach den verbindlichen Vorgaben des angerufenen Gerichts zurückzuweisen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz, eventuell der Beschwerdegegnerin.

**Im Verfahren**

5. Der Beschwerde sei vorerst superprovisorisch bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Zwischenentscheides und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden.
7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

**B.b** Zur Beschwerdelegitimation trägt die Beschwerdeführerin vor, sie sei Inhaberin des Tunnelfunksystems X. \_\_\_\_\_ Systemtechnik. Für die Teilnahme am Beschaffungsprojekt Nr. 209076 habe sie sich mit anderen Gesellschaften zum Kompetenznetzwerk XBCD zusammengeschlossen, bestehend aus der X. \_\_\_\_\_ AG, der B. \_\_\_\_\_ AG, der C. \_\_\_\_\_ GmbH

sowie der D. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerde, Rz. 3). Gemäss dem Debriefing vom 6. Dezember 2021 liege sie auf dem dritten Platz bei vier Teilnehmern. Indessen habe die Beschwerdeführerin und nicht die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin nicht alle Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt. Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde die Anbieterin nicht auf den zweiten Platz vorrücken, sondern als Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten (Beschwerde, Rz. 5 f.).

**B.c** Sie begründet ihre Beschwerde in materieller Hinsicht zunächst damit, dass das Zuschlagskriterium ZK01 von grosser Bedeutung sei, da mehr als ein Drittel der Punkte für den Entscheid über den Zuschlag von diesem Kriterium abhängen. Dabei spiele der Evaluationspreis, der sich aus dem Angebotspreis und den Kosten der SBB zusammensetze, eine zentrale Rolle. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar, dass der Evaluationspreis Basis für die Berechnung sein müsse. Die Vergabestelle habe nun offenbar jeweils den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat mit Punkten bewertet. Dies sei aber angesichts der massgebenden Formel unzulässig (Beschwerde, Rz. 23).

**B.d** Die Beschwerdeführerin habe mit Blick auf das Zuschlagskriterium ZK03 "Qualität der Referenzen" Grund zur Annahme, dass die Zuschlagsempfängerin nicht über die notwendigen Referenzen verfüge. Damit seien einerseits die Eignungskriterien EK01 und EK02 nicht erfüllt. Andererseits dürfe die Zuschlagsempfängerin unter dem ZK03 keine Punkte erhalten (Beschwerde, Rz. 26 ff.).

**B.e** Die Beschwerdeführerin legt zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" dar, sie habe Grund zur Annahme, dass es sich bei mindestens einem EK01 Referenzobjekt der Zuschlagsempfängerin um das Projekt "Ceneri-Basistunnel" handle. Die Beschwerdeführerin sei damalige Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ AG gewesen. Sie habe das Projekt ebenfalls als Referenzprojekt angegeben, nachdem sie für dieses Projekt die hauseigene Systemtechnik X. \_\_\_\_\_ geliefert habe. Die Beschwerdeführerin müsse bezweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin beim Projekt "Ceneri-Basistunnel" eine tragende Rolle eingenommen habe (Beschwerde, Rz. 34).

**B.f** Sollte es sich bewahrheiten, dass die Zuschlagsempfängerin nicht über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verfügt, hätte dies zur

Folge, dass die Zuschlagsempfängerin auch das EK02 "Erprobte Anlage" sowie das ZK03 "Qualität der Referenzprojekte EK01" nicht erfüllt hat (Beschwerde, Rz. 35).

**B.g** Beim Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" habe die Beschwerdeführerin 0 Punkte erhalten. In den Ausschreibungsbedingungen werde ein Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI verlangt, wobei ein vergleichbarer Kodex zulässig sei. Sie habe das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" beigelegt und damit ZK05 erfüllt (Beschwerde, Rz. 31).

### **C.**

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2021 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine zweite Beschwerde ein gegen den Zuschlag vom 26. November 2021, der am 27. November 2021 publiziert wurde (SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076); diese wird im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5488/2021 behandelt.

### **D.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 20. Dezember 2021 untersagte der Instruktionsrichter bis zur Entscheidung über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 10. Januar 2022 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie zur Frage, ob die Vergabe in den Staatsbereich fällt, Stellung zu nehmen. Zudem wurde sie ersucht, innert derselben Frist die vollständigen Akten einzureichen und von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen. Der Zuschlagsempfängerin wurde unter Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, bis zum 10. Januar 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

### **E.**

Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Januar 2022 Stellung genommen zur Frage einer allfälligen Vereinigung der beiden Parallelverfahren und ausgeführt, dass vorderhand kein Antrag auf die Vereinigung der Verfahren B-5488/2021 und B-5500/2021 gestellt werde.

**F.**

**F.a** Mit Verfügung vom 14. Januar 2022 wurde die Beschwerdeführerin ersucht, bis zum 20. Januar 2022 eine Stellungnahme zur Parteirolle der weiteren Unternehmen des Kompetenznetzwerks XBCD einzureichen.

**F.b** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 legte die Beschwerdeführerin dar, sie habe im Beschaffungsprojekt 209076 klar als Generalunternehmerin und nicht im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft oder in einer vergleichbaren Form der Zusammenarbeit offeriert. Sie verweist insbesondere auf den Begleitbrief, in dem von der Beschwerdeführerin einleitend auf das Angebot verwiesen werde, welches durch das Kompetenznetzwerk XBCD, bestehend aus den Firmen X.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zusammen ausgearbeitet worden sei. Im folgenden zweiten Absatz werde klar und unmissverständlich festgehalten, dass die Firma X.\_\_\_\_\_ als Generalunternehmerin die Führerschaft übernehme (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 2).

**G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 reichte die Vergabestelle innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.
2. *Eventualiter*: Es sei der Vergabestelle für die Dauer des Verfahrens zu erlauben, der Zuschlagsempfängerin den Auftrag bis zu einem maximalen Auftragsvolumen von CHF 5,000,000.- zu erteilen.
3. Es sei für die Frage der aufschiebenden Wirkung kein weiterer Schriftwechsel durchzuführen.
4. Die Verfahren mit Geschäfts-Nr. B-5488/2021 und B-5500/2021 seien zu vereinen.

**G.b** Die Vergabestelle legt zur Beschwerdelegitimation dar, die Beschwerdeführerin sei mangels materieller Beschwerde nicht zur Beschwerde legitimiert. Der Zusammenschluss in einem Netzwerk zur Teilnahme an der Ausschreibung sei als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Die Beschwerdeführerin sei Teil der Bietergemeinschaft XBCD, wobei sich sämtliche Mitglieder verpflichtet hätten, den Auftrag als Arbeitsgemeinschaft mit gemeinsamen Kräften und Mitteln auszuführen. Im Widerspruch dazu liege der Beschwerde keine Erklärung der anderen drei Gesellschaften bei, wonach sich diese an der Beschwerde beteiligen würden (Vernehmlassung, Rz. 12).

**G.c** Weiter sei die Beschwerde aussichtslos, weil die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien erfülle (Vernehmlassung, Rz. 22 ff.). Zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Referenz 1 (Rosshäusern-Tunnel) sei dieser zurechenbar, weil sie idealtypisch die geforderte Erfahrung in der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Aktiv- und Passivkomponenten aufweisen würde (Vernehmlassung, Rz. 38). Als Referenz 2 (Ceneri-Basistunnel) habe die Zuschlagsempfängerin zudem ein Projekt angegeben, bei dem, wie von Referenz 2 gefordert, mehrere Funkdienste (Bahnkommunikation [GSM-R, Polycom] und öffentlicher Mobilfunk) installiert wurden (Vernehmlassung, Rz. 37 ff.).

**G.d** Das EK02 "Erprobte Anlage" fordere, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin die in der vorliegenden Ausschreibung angebotene Multiband Anlage oder ihre wesentlichen Komponenten bereits für einen Kunden in Betrieb genommen habe (als Pilot- oder Produktive Anlage), was die Zuschlagsempfängerin ohne Weiteres durch ihre Subunternehmerin erfülle (Vernehmlassung, Rz. 43 ff., Rz. 46).

**G.e** Die Vergabestelle äussert sich sodann zum ZK01 "Evaluationspreis". Sie führt dazu aus, sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen erschliesse sich, dass der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet würden (Vernehmlassung, Rz. 56 f.).

**G.f** Zum ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" lässt sie sich vernehmen, die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle keine stichhaltigen Angaben über die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex ge-

macht. Das von der Beschwerdeführerin als Nachweis dargelegte Dokument trage zwar den Titel "Sozial- und Verhaltenskodex"; ein materieller Nachweis finde sich jedoch nicht (Vernehmlassung, Rz. 89 f.).

**G.g** Zur Interessenabwägung im Rahmen des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung macht die Vergabestelle insbesondere geltend, sie und die schweizerische Öffentlichkeit hätten aufgrund der zahlreichen zeitkritischen Projekte, die im Rahmen der Ausschreibung vergeben werden (insbesondere der Gotthard-Scheiteltunnel, der Gotthard Basistunnel, das Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und der Obere Hauenstein Tunnel), ein grosses Interesse daran, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zeitnah abgeschlossen werde. Das erkläre auch den Antrag auf die Bewilligung eines Vorabbezugs (Vernehmlassung, Rz. 93 ff., Rz. 114 ff.).

**G.h** Zur Verfahrensvereinigung hält sie fest, aufgrund der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen und aus Gründen der Verfahrensökonomie beantrage die Vergabestelle die Verfahrensvereinigung. Es gehe inhaltlich um denselben Sachverhalt und es würden sich ähnliche, zuweilen sogar identische Rechtsfragen stellen und die Beschwerdeführerinnen hätten kongruente Rügen vortragen lassen (Vernehmlassung, Rz. 119).

## **H.**

**H.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 hat die Z. \_\_\_\_\_ AG innert erstreckter Frist ebenfalls zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung genommen. Die Zuschlagsempfängerin hat sich als Beschwerdegegnerin konstituiert und beantragt unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin Folgendes:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Zuschlagsempfängerin sei für die Einreichung bzw. Ergänzung der Vernehmlassung zur Hauptsache eine angemessene Frist anzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.

2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
3. Über den Antrag der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht sei im Hauptverfahren zu entscheiden; eventualiter seien die von der Vergabestelle einzureichenden und/oder in vorliegender Vernehmlassung gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin auszunehmen und vertraulich zu behandeln.

**H.b** Sie teilt zunächst die Auffassung der Vergabestelle, dass die Tatsache, dass die Beschwerde nur von der X. \_\_\_\_\_ AG und nicht von sämtlichen Mitgliedern einer Arbeitsgemeinschaft unterzeichnet und eingereicht worden sei, zu einem Nichteintreten mangels Legitimation führen müsse (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 10).

**H.c** Zur Vereinigung der Verfahren legt sie dar, die Beschwerdegegnerin stelle sich der Vereinigung der Verfahren B-5488/2021 und B-5500/2021 nicht entgegen (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 11).

**H.d** Materiell führt sie insbesondere aus, sie erfülle das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftrags Erfüllung". Sie habe als Generalunternehmerin für das Referenzprojekt 1 "BLS Doppelspurausbau Rosshäusern-Mauss" fungiert, wobei das damals zu realisierende Leistungspaket auch den Bereich Telekommunikation umfasste (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 28 f., Rz. 33).

Auch mit dem Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" halte sie die Anforderungen des EK01 ein und dieses sei ihr zurechenbar. Die diesbezügliche Referenz erfolge über ihre Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG, welche als Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ AG die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems übernommen habe. Schliesslich sei das Referenzprojekt 2 mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 f., Rz. 43 ff.).

## I.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Verfügung vom 21. Januar 2022 festgehalten, dass eine Vereinigung der Verfahren nicht sinnvoll erscheine. Dies insbesondere nachdem zusätzlich im vorliegenden Verfahren die Legitimation der Beschwerdeführerin bestritten worden sei, womit sich die Verfahren in einem weiteren Punkt unterscheiden würden. Indessen sei zwecks Vermeidung von widersprüchlichen Entscheiden derselbe Spruchkörper eingesetzt worden.

**J.**

Mit Eingabe vom 31. Januar 2022 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zur Beschwerdelegitimation ein. Die Vergabestelle habe davon ausgehen müssen, dass das Kompetenznetzwerk XBCD das Begleitschreiben und damit das Angebot als Arbeitsgemeinschaft eingereicht habe. Es habe vor diesem Hintergrund nicht überrascht, dass sich das Kompetenznetzwerk in zahlreichen Unterlagen als ARGE bezeichne. Die Beschwerdeführerin, die allein und nur für sich handle, sei dementsprechend nicht zur Beschwerde legitimiert.

**K.**

**K.a** Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 gingen Akten in abgedeckter Form gemäss Abdeckungsvorschlag vom 27. Januar 2022 (und den Ergänzungen der Beschwerdegegnerin und Vergabestelle vom 31. Januar 2022 bzw. 1. Februar 2022) an die Beschwerdeführerin.

**K.b** Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurden der Beschwerdeführerin ausgewählte Beilagen der Vernehmlassung gemäss Abdeckungsvorschlägen der Vergabestelle vom 1. Februar 2022 zugestellt.

**L.**

**L.a** Mit Eingabe vom 21. Februar 2022 replizierte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist. Sie hält an ihren bisherigen Anträgen fest und stellt zudem folgende Anträge:

1. Der Beschwerde sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle bis dann alle Vollzugsverhandlungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, insbesondere der Abschluss eines Rahmenwerkvertrages für die Erstellung von Anlagen sowie einen Support- und Wartungsvertrag für diese Anlagen, oder entsprechende Teil- oder Vorverträge hierzu mit der Zuschlagsempfängerin, zu untersagen.
2. Die von der Vergabestelle mit Stellungnahme vom 20. Januar 2022 gestellten Rechtsbegehren sowie die prozessualen Anträge Ziff. 1 bis 4 seien – soweit diese zwischenzeitlich nicht bereits vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig entschieden worden sind – vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die von der Beschwerdegegnerin mit Stellungnahme vom 20. Januar 2022 gestellten Anträge Ziff. 1 bis 4 sowie die prozessualen Anträge 1 bis 3

seien – soweit diese zwischenzeitlich nicht bereits vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig entschieden worden sind – vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Prozessual wird beantragt, dass in Zukunft unaufgeforderte Eingaben von allen Parteien aus dem Recht gewiesen werden.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle und/oder der Beschwerdegegnerin.

**L.b** Die Beschwerdeführerin führt zur Eingabe der Vergabestelle vom 31. Januar 2022 insbesondere aus, als der strittige Vergabeauftrag am 9. Januar 2020 auf SIMAP vorangekündigt worden sei, sei zuerst vorgesehen gewesen, dass das Kompetenznetzwerk XBCD als ARGE am Verfahren teilnehme. Diese Vorgehensweise sei schnell wieder zugunsten der Generalunternehmen-Lösung verworfen worden. Versehentlich seien wenige, vereinzelte ARGE-Bezeichnungen in den Unterlagen verblieben (Replik, Rz. 4).

**L.c** Zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die Beschwerdeführerin habe offensichtlich eine untaugliche Referenz 2 eingereicht, weil ihre erst am [...] September 2019 ins Handelsregister eingetragene Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG die kumulativ geforderten Leistungsteile Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten im Ceneri-Basistunnel nicht erbracht habe (Replik, Rz. 17 ff.).

**L.d** Weiter lässt sie sich vernehmen, es bestünde keine zeitliche Dringlichkeit. Die Vergabestelle zeige nicht auf, dass mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Tunnelfunk in den betroffenen Tunneln gefährdet wäre (Replik, Rz. 31).

**L.e** Zum Eventualantrag, wonach für die Dauer des Verfahrens die von der Vergabestelle eventualiter beantragte Bewilligung eines Vorabbezugs im Umfang von Fr. 5 Mio. abzuweisen sei, hält sie fest, der von der Vergabestelle beantragte Teilzuschlag hätte offensichtlich negative präjudizierende Wirkung (Replik, Rz. 40).

#### **M.**

Am 3. März 2022 reichte die Vergabestelle ihre Duplik ein. Sie hält fest, die vorliegend für das EK01 relevante und im Markt nur schwer zu substituierende Erfahrung liege bei der Schlüsselperson F. \_\_\_\_\_. F. \_\_\_\_\_ sei vom Mai 2018 bis September 2019 als Projektleiter bei der ARGE

G.\_\_\_\_\_ für das Projekt Ceneri-Basistunnel angestellt und als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen. Es sei gemäss Referenzauskunft hauptsächlich F.\_\_\_\_\_ zu verdanken, dass im Ceneri-Basistunnel ein funktionierendes Gesamtsystem für die Tunnelfunkanlage entstanden sei (Duplik Vergabestelle, Rz. 9 ff.). F.\_\_\_\_\_ habe sich während der Dauer des Referenzprojektes selbstständig gemacht, indem er sein Know-how in die neu gegründete Firma D.\_\_\_\_\_ AG eingebracht habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 12).

#### **N.**

Am 3. März 2022 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Duplik ein. Sie hält zum EK01, Referenz 2, fest, es sei zwar korrekt, dass die D.\_\_\_\_\_ AG erst im Verlauf des Projekts Ceneri-Basistunnel gegründet worden sei. Die Beschwerdeführerin übersehe bei ihrer Argumentation aber, dass die erforderliche Erfahrung und Fachkompetenz bezüglich Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage durch den Gründer und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ AG, Herrn F.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ AG und somit der Beschwerdegegnerin als sogenannte "personenbezogene Referenz" zuzurechnen sei (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 8 f.).

#### **O.**

Mit Eingabe vom 11. März 2022 reichte die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme zur Duplik ein. Zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die Ausschreibungsbedingungen könnten nur als unternehmensbezogene Referenz und nicht als personenbezogene Referenz verstanden werden. Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin sei die D.\_\_\_\_\_ AG und weder F.\_\_\_\_\_ noch die E.\_\_\_\_\_ AG (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 4). Es sei von einer untauglichen Referenz auszugehen (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 6a).

#### **P.**

Mit Eingabe vom 21. März 2022 reichte die Beschwerdegegnerin ihre beschränkte Stellungnahme zur abschliessenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin ein. Sie legt dar, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei es zur Erfüllung des EK01 nicht wesentlich, ob F.\_\_\_\_\_ tatsächlich bereits in der Konzeptphase an der Planung mitgewirkt habe. Namentlich zeuge eine komplette Überarbeitung der Dokumente gerade davon, dass F.\_\_\_\_\_ über genügend Fachkompetenz zur Planung einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten verfüge, wäre es ihm doch sonst nicht gelungen, diese so erfolgreich umzusetzen (Stellungnahme vom 21. März 2022, Rz. 1 f.).

**Q.**

Mit Eingabe vom 22. März 2022 reichte die Vergabestelle ihre beschränkte Stellungnahme zur abschliessenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin ein. Insbesondere sei es erstellt, dass die Planung der Tunnelfunkanlage vor der Anstellung von F.\_\_\_\_\_ grobe Mängel aufwies. Das Linkbudget zur Tunnelfunkanlage, die zentrale und wichtigste Planungsgrundlage, sei am 21. Februar 2018 mangelhaft (nicht prüfbar) gewesen. F.\_\_\_\_\_ habe das Detailprojekt, insbesondere das Linkbudget und das Realisierungspflichtenheft, während seiner Tätigkeit ab Mai 2018 komplett überarbeitet (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 1 ff.).

**R.**

Mit Verfügung vom 23. März 2022 wurde festgehalten, dass ein weiterer Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen sei.

**S.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. April 2022 verfügte der Instruktionsrichter bezüglich des Eventualantrags der Vergabestelle, dass es der Vergabestelle erlaubt werde, entsprechend dem Betrag von Fr. 1.5 Mio. bzw. dem Anbieterpreis für den "Gotthard-Scheiteltunnel" nach ihrer Wahl entweder Leistungen bei der Beschwerdegegnerin zu beziehen oder bei der bisherigen Betreiberin/Hardware-Lieferantin Wartungsdienstleistungen oder eine neue Anlage zu beziehen (Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Betreffend das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" werde es der Vergabestelle erlaubt, entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. Leistungen von einer am strittigen Beschaffungsverfahren teilnehmenden Anbieterin nach ihrer Wahl zu beziehen. Soweit die Vergabestelle zwei Anbieterinnen berücksichtigen bzw. zwei Vorprojekte erarbeiten wolle, erhöhe sich der Betrag entsprechend. Soweit der Aufwand für das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" Fr. 3.5 Mio. übersteigen sollte, sei dies dem Gericht unaufgefordert anzuzeigen (Ziff. 2 und 3 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Soweit weitergehend werde der Antrag auf Erlaubnis eines Vorabbezugs von Teilleistungen abgewiesen (Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**T.**

Am 20. Juli 2022 wurden der Beschwerdeführerin mit dem Einverständnis

von Vergabestelle und Beschwerdegegnerin weitere Aktenstücke betreffend eine Referenzauskunft zum Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" der Beschwerdegegnerin für das EK01 zugestellt.

## **U.**

Nachdem die Beschwerdegegnerin und die betroffenen Subunternehmerinnen C. \_\_\_\_\_ GmbH und B. \_\_\_\_\_ AG ihr Einverständnis erklärt hatten, wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Juli 2022 offenlegt, dass besagte Subunternehmerinnen im strittigen Vergabeverfahren an drei Offerten mitbeteiligt sind.

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

### **1.**

**1.1** Am 1. Januar 2021 ist 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 GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]), in Kraft getreten. Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (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").

**1.2** Der hier zu beurteilende Auftrag "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" wurde am 30. Oktober 2020 im offenen Verfahren ausgeschrieben (Projekt-ID 209076; Meldungsnummer: 1153229). Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**1.3** Folglich ist auf das hier zu beurteilende, mit Publikation der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 eingeleitete und mit am 16. Februar 2021 einzig hinsichtlich der Eingabefrist und der Offertöffnung berichtigte Verfahren prima facie das alte Recht anwendbar (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff.] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [aVöB; AS 1996 518 ff. bzw. AS 2009 6149 ff.]).

## **2.**

**2.1** Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und Bst. d aBöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

**2.2** 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 aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**2.3** 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).

## **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. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**3.2** Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes 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 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB 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 die Zwischenentscheide des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 4.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

**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-Services 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin 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 GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten,

gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 in der Fassung vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) 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 mit Hinweisen "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609 ff.]) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 2.3 "Google / Public Cloud").

#### **4.**

In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

**4.1** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 1994 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.1 "Produkte zur Innenreinigung II"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

**4.2** 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 (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 E. 1.2.1 "Erneuerung Weissensteintunnel II").

**4.3** Die Vergabestelle ist die SBB AG, also eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB). Vorliegend ist unbestritten, dass die Lieferung von Tunnelfunkanlagen funktionell mit dem Bereich Verkehr zu tun hat und die Leistungen dem Bahnbetrieb zumindest funktionell dienen. Die Vergabestelle ist demnach insoweit nicht vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommen.

**4.4** Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich in den Staatsvertragsbereich fällt und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA 1994). Ein Lieferauftrag ist gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a aBöB ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich unter anderem um die Lieferung von Modulen von Tunnelfunkanlagen (Ziff. 2.6 der Ausschreibung), womit insofern ein Lieferauftrag ausgeschrieben wurde. Da die Ausschreibung auch den Ersatz bestehender Tunnelfunkanlagen und den Einbau und die Inbetriebsetzung der neuen Tunnelfunkanlagen in Tunneln vorsieht (Ziffer 2.6 der Ausschreibung), stellt sich die Frage, ob jedenfalls insoweit von Bauarbeiten auszugehen ist. Massgebend ist die zentrale Produktklassifikation (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). Namentlich könnte bei der Tunnelinstallation eine Leistung im

Sinne der CPC Gruppe 516 "Einrichtungsarbeiten von Installationen" gegeben sein (vgl. das Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 1.8 "Lüftung Belchentunnel", wonach bei der Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der Lüftungssteuerung in einem Tunnel von einem Bauauftrag ausgegangen wurde). Im vorliegenden Zusammenhang kann allerdings mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen betreffend Schwellenwert offenbleiben, ob die Leistungen als Lieferung oder als Bauarbeiten zu qualifizieren sind. Soweit auch Unterhaltsarbeiten Teil der nachgefragten Leistung sind, sind diese im Vergleich zu Lieferung bzw. Einbau im Rahmen einer gemischten Leistung jedenfalls von untergeordneter Bedeutung.

Der im Zuschlag angegebene Preis von Fr. 72'769'402.67 (Zuschlag, Ziff. 3.2) liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2019 4104]). Zugleich wäre auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8.7 Mio (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021) überschritten.

**4.5** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor.

**4.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Ausschreibung prima facie in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass in der Ausschreibung (Ziff. 1.9), der Berichtigung (Ziff. 1.5) und die Publikation des Zuschlags (Ziff. 1.5) jeweils "Staatsvertragsbereich Nein" angegeben war und dies in Ziff. 4.4 des Zuschlags ausformuliert wurde. Folgerichtig begründet die Vergabestelle die falsche Bezeichnung "Staatsvertrag Nein" mit einem Systemupdate von SIMAP (Vernehmlassung, Rz. 6 f.). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

## **5.**

**5.1** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen

Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation 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).

**5.2** Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB 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 Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

### 5.3

**5.3.1** Zur Legitimation bringt die Beschwerdeführerin namentlich vor, gemäss Aktennotiz Debriefing vom 6. Dezember 2021 liege sie auf dem dritten Platz bei vier Teilnehmern. Indessen habe die Beschwerdeführerin und nicht die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Ferner habe die Beschwerdegegnerin nicht alle Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt. Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde die Beschwerdegegnerin ausgeschlossen werden und Beschwerdeführerin nicht nur auf den zweiten Platz vorrücken, sondern als Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten. Sie habe daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sei (Beschwerde, Rz. 5 f.).

**5.3.2** Zur Beschwerdelegitimation ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin formell beschwert ist, denn sie hat als Anbieterin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich berührt, weil ihr der Zuschlag nicht erteilt wurde.

**5.3.3** 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", "rendre 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 "Elementsysteme ETH").

**5.3.4** Im vorliegenden Fall beantragt die im dritten Rang platzierte Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde, der Zuschlag sei aufzuheben (1), die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen (2), der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen oder eventualiter die Streitsache an die Vergabestelle zur Neubeurteilung zurückzuweisen oder subeventualiter nach verbindlichen Vorgaben des Gerichts zurückzuweisen (3). Die Beschwerdeführerin rügt insbesondere, die Beschwerdegegnerin sei vom Verfahren auszuschliessen, weil sie das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht erfülle (Beschwerde, Rz. 33 ff.). Ferner habe die Vergabestelle das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" vergaberechtswidrig angewandt, indem sie entgegen den Ausschreibungsunterlagen sowohl den Angebotspreis als auch die "SBB-Kosten" mit Punkten bewertet habe (Beschwerde, Rz. 23 ff.) und unter dem ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" hätte die Beschwerdeführerin mindestens sechs Punkte erhalten sollen (Beschwerde, Rz. 31).

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Ausschlussrüge nicht durchdringen würde, müsste sie bei einer Gesamtpunktzahl von 500 Punkten als

Dritte (324 Punkte) weitere 15 Punkte erhalten, um die Anbieterin auf dem ersten Platz (338 Punkte) einzuholen. Die Beschwerdeführerin erhielt unter ZK01 "Evaluationspreis" 112 von 200 Punkten und könnte aufgrund ihres kompetitiven Evaluationspreises bei anderer Berechnung bis zu 88 zusätzliche Punkte, jedenfalls aber so viele Punkte erhalten, dass sie dank der Neubewertung unter ZK01 "Evaluationspreis" sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die zweitplatzierte Anbieterin überholt. Unter dem ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" hat sie 0 von 10 Punkten erhalten, womit noch 10 Punkte erreichbar wären (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Bewertung Mastertabelle", "TFK 2020 Übersicht Zuschlagskriterien"). Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertung unter ZK01 und ZK05 rügt, hätte die Beschwerdeführerin, die den dritten Platz einnimmt, nebst der Aufhebung des Zuschlags auch eine Chance auf Anpassung der Ausschreibungsunterlagen, was ihr im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens die Möglichkeit eines neuen Angebots und die Erzielung der 15 Punkte für den ersten Platz und somit eine reelle Chance auf den Zuschlag im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eröffnen würde (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).

Die Beschwerdeführerin weist demnach Aussichten auf Erhalt des Zuschlags auf, womit sie insofern zur Beschwerde legitimiert ist.

## **5.4**

**5.4.1** Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin aber auch mit der Begründung, bei einer ARGE müssten alle Mitglieder gemeinsam Beschwerde führen, was vorliegend nicht geschehen sei. Es liege keine Erklärung der anderen drei Beteiligten des Bieternetzes XBCD bei (Vernehmlassung, Rz. 12). Zur Begründung verweist sie auf das Begleitschreiben vom 27. April 2021 zum Angebot der Beschwerdeführerin. Sie hält fest, die Unterzeichnung des Begleitschreibens vom 27. April 2021 und damit des Angebots durch Vertreter aller vier Unternehmen mache deutlich, dass diese das Angebot zusammen als Teil einer Arbeitsgemeinschaft einreichen wollten und eingereicht haben (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 2). Auf den weiteren von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Dokumenten "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout" (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 13 und 13a) und "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 14) sowie auf zahlreichen anderen Dokumenten finde sich

stets auf der zweiten Seite eine Workflow Tabelle, in welcher angegeben werde, dass das Dokument vom sogenannten XBCD freigegeben wurde, was für eine Arbeitsgemeinschaft spreche (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 3). Auf Folie fünf der Anbieterpräsentation vom 23. Juni 2021 werde zwischen Eigenleistung XBCD und Fremdleistung Subunternehmen unterschieden, womit die XBCD Subunternehmen beiziehe, was ebenfalls auf eine ARGE deute (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 6). In mehreren Dokumenten bezeichne das Kompetenznetzwerk XBCD schliesslich das Angebot als dasjenige einer ARGE. Die D.\_\_\_\_\_ AG habe ausserdem in der Selbstdeklaration angegeben, Mitglied einer ARGE zu sein (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 4 f.). Davon geht im Ergebnis auch die Beschwerdegegnerin aus (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 7).

**5.4.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, sie habe als Generalunternehmen am Beschaffungsprojekt Nr. 209076 teilgenommen. So sei im Begleitbrief des Angebots einleitend auf das durch das Kompetenznetzwerk XBCD ausgearbeitete Angebot verwiesen worden. Im zweiten Absatz werde im zweiten Satz klar und unmissverständlich festgehalten: "Die Führerschaft als Generalunternehmerin übernimmt die Firma X.\_\_\_\_\_". Das Schreiben sei von den jeweiligen Geschäftsführern (CEO) des XBCD unterzeichnet worden (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 2). Weiter sei im Dokument "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout TFK 2020" vom 27. April 2021 in Ziffer 3.1 unmissverständlich festgehalten worden, dass die Beschwerdeführerin für das TFK-Rahmenabkommen beziehungsweise die einzelnen Objekt-Projekte die Generalunternehmerfunktion übernehme (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 3 f.). Auch im Dokument "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, TFK2020 /02.06.03" vom 27. April 2021 werde in Ziffer 1 statuiert, dass die Beschwerdeführerin im Kompetenznetzwerk den wesentlichen Lieferanteil haben wird und somit als Generalunternehmer (GU) am Ausschreibungsverfahren teilnimmt (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 4 f.). Schliesslich sei auch auf die Empfangsbestätigung "Abgabe TFK2020 Angebot der X.\_\_\_\_\_ AG" vom 27. April 2021 zu verweisen, wonach die SBB AG den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen des Kompetenznetzwerks XBCD mit der X.\_\_\_\_\_ als federführende Generalunternehmerin bestätigt. Zudem habe die Vergabestelle ausschliesslich die Beschwerdeführerin als Anbieterin im "Fragenkatalog Block 2" aufgeführt (Replik, Rz. 4). Ferner handle es sich beim Begriff "Kompetenznetzwerk XBCD" um eine marketingtechnische Aussendarstellung, verwendet für eine Zusammenarbeit zwischen Generalunternehmen und Sublieferanten (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 5).

### 5.4.3

**5.4.3.1** Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft oder als Generalunternehmen an der Ausschreibung teilgenommen hat.

**5.4.3.2** 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; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 4.6.1 "Weichenschleifleistungen"). Soweit ein Anbieter demgegenüber als Generalunternehmung ein Angebot einreicht, reicht es im Beschwerdeverfahren aus, wenn der Anbieter Beschwerde führt und darzulegen vermag, dass er als Generalunternehmen handelt.

**5.4.3.3** Zur Beurteilung der Prozessrolle der Beschwerdeführerin bzw. derjenigen der XBCD ist im Folgenden auf die einschlägigen Vorakten einzugehen. Das Begleitschreiben zum Angebot des Kompetenznetzwerks XBCD "Offerte für das Projekt Mobilfunk in Bahntunneln TFK2020", datierend vom "27.04.201", womit prima facie der 27. April 2021 gemeint ist, wurde von Vertretern sämtlicher Teilnehmer des Kompetenznetzwerkes XBCD unterschrieben. Es enthält folgende Ausführungen zur Rolle der Beschwerdeführerin in der XBCD (Vorakte 6 "Angebote", "TFK2020 XBCD Begleitbrief"; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. Januar 2022, Beilage 12):

"Gerne erhalten Sie beiliegend unser Angebot, welches das Kompetenznetzwerk XBCD, bestehend aus den Firmen X.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, und D.\_\_\_\_\_, zusammen ausgearbeitet hat. [...] Die Führerschaft als Generalunternehmerin übernimmt die Firma X.\_\_\_\_\_."

Auch im Dokument "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout TFK 2020" vom 27. April 2021 wird in Ziffer 3.1 (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 13 und 13a) und im Dokument "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, TFK2020 /02.06.03" vom 27. April 2021 in Ziffer 1 (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 14) auf die Rolle der Beschwerdeführerin als Generalunternehmen hingewiesen.

**5.4.3.4** Ferner wurden die Anbieterinnen zur Selbstauskunft aufgefordert, ob sie ein "Einzelunternehmer", "Gesamtunternehmer GU", "Federführendes Unternehmen einer ARGE", "Mitglied einer ARGE" oder "Subunternehmerin" sind. Die X.\_\_\_\_\_ AG bezeichnet sich in der Selbstauskunft (ohne Datum) als "Gesamtunternehmer GU" und die " C.\_\_\_\_\_ GmbH" ordnet sich mit Auskunft ohne Datum als Subunternehmerin ein. Die B.\_\_\_\_\_ AG bezeichnet sich in der Auskunft vom 16. April 2021 als "Einzelunternehmer" (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft"; Replik, Beilagen 18-20a). Die Selbstauskunft der D.\_\_\_\_\_ AG vom 26. April 2021 hält fest, die D.\_\_\_\_\_ AG sei ein Mitglied einer ARGE (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft").

**5.4.3.5** Die Beschwerdeführerin reicht schliesslich die Bestätigung der SBB AG vom 27. April 2022 ein, mit welcher sie den Empfang des Angebots der XBCD bestätigt. Dabei äussert sie sich zur Rolle der Beschwerdeführerin wie folgt (Replik, Beilage 15, Auszug):

"Die SBB AG bestätigt den Erhalt der kompletten und ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen des Kompetenznetzwerks XBCD mit der X.\_\_\_\_\_ AG [...] als federführende Generalunternehmerin."

**5.4.3.6** Zur Beurteilung, ob die XBCD mit einer Generalunternehmung oder als Arbeitsgemeinschaft ihr Angebot eingereicht hat, ist somit darauf zu verweisen, dass sich aus dem Begleitschreiben zum Angebot der Beschwerdeführerin, der Vorakte "Zusammenarbeit & Rollout" (vgl. E. 5.4.3.3 hiervor) und der Selbstauskunft der am XBCD Netzwerk Teilnehmenden X.\_\_\_\_\_ AG und C.\_\_\_\_\_ GmbH (vgl. E. 5.4.3.4 hiervor) ergibt, dass ausdrücklich vorgesehen und erklärt worden war, dass die XBCD ein Angebot einreicht und von den XBCD Mitgliedern die X.\_\_\_\_\_ als Generalunternehmerin und die weiteren XBCD Mitglieder als Subunternehmen auftreten. Zudem hat auch die Vergabestelle dies so bestätigt (vgl. E. 5.4.3.5 hiervor).

Demgegenüber hat sich die D.\_\_\_\_\_ AG mit ihrer Selbstauskunft als ARGE-Mitglied bezeichnet, und die B.\_\_\_\_\_ AG benennt sich als Einzelunternehmen (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft"; Replik, Beilage 19 / 19a). Auch in den weiteren Unterlagen des Angebots der XBCD wird vereinzelt der Begriff der ARGE verwendet, namentlich in den Kopfzeilen des "Prüfprotokoll saubere Spektren, TFK2020, 03.04.01 A07" und in einzelnen Kopfzeilen im "Technischen Lösungskonzept", TFK2020, 03.03.01" sowie bei der Beschreibung des weiteren Vorgehens im "Protokoll - Konzept, TFK2020, 03.04.01 A59".

**5.4.3.7** Das Gesamtbild zeigt prima facie, dass im in Frage stehenden Angebot in Bezug auf die Prozessrolle unterschiedliche Angaben gemacht werden, worauf die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend hinweisen. Indessen kommt dem Begleitschreiben, in welchem ausgeführt wird, dass die X.\_\_\_\_\_ AG als Generalunternehmerin fungiert, eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Damit kann prima facie jedenfalls entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht davon ausgegangen werden, dass das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht einzutreten ist mit der Begründung, es liege eine ARGE vor, wobei sich nicht alle Mitglieder derselben als Beschwerdeführerinnen konstituiert hätten.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt ferner eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und Akteneinsichtsrechts. Sie begründet diese damit, dass sich die Vergabestelle geweigert habe, nach Art. 23 Abs. 2 Bst. c und e aBöB nähere Angaben zum Evaluationspreis der Beschwerdegegnerin bekannt zu geben. Auch anlässlich des Debriefings vom 6. Dezember 2021 habe die Beschwerdeführerin keine Angaben erhalten, die es ihr erlaubt hätten, ihr Argument zur Falschberechnung des ZK01 "Evaluationspreis" durch die Vergabestelle mit der Zusammensetzung des Evaluationspreises der anderen Anbieter, insbesondere der Beschwerdegegnerin bzw. der von dieser erhaltenen Anzahl Punkte zu vergleichen (Beschwerde, Rz. 12).

**6.2** Die Vergabestelle entgegnet, Anbieterinnen könne kein unbeschränkter Zugang zu vertraulichen Informationen gewährt werden. Das Absageschreiben vom 27. November 2021 erfülle die Anforderungen gemäss Art. 23 aBöB. Es sei zulässig, die Zuschlagsverfügung im Rahmen eines Debriefings zu begründen, sofern das Briefing zeitnah nach dem Zuschlag

erfolge. Nach dem Debriefing vom 6. Dezember 2021 habe sich ein Vertreter der Beschwerdeführerin gemeldet und auf ein nachträglich reduziertes Angebot der Beschwerdeführerin hingewiesen. Erst durch dieses Telefon habe die Vergabestelle erkannt, dass im physischen Ordner zwei Versionen der Preisblätter eingefügt waren. Aufgrund des Hinweises habe die Vergabestelle eine Neuberechnung getätigt und am 8. Dezember 2021 ein erneutes Debriefing durchgeführt (Vernehmlassung, Rz. 80 ff.).

**6.3** Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1071). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a aBöB enthält Art. 23 aBöB eine lex specialis zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 aBöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 aBöB; BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3 "pianificatore generale Bellinzona"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 "Betankungsanlagen", auszugsweise publiziert in BVGE 2019 IV/2, nicht publizierte E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 f.; siehe zum Ganzen die Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I").

**6.4** Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den Zuschlag im Rahmen der Zuschlagspublikation (Ziffer 3.3) dahingehend begründet, dass das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss den publizierten Zuschlagskriterien sei. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend beizupflichten, dass diese Leerformel allein nach der Rechtsprechung auch den nicht sehr hohen Anforderungen an eine summarische Begründung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 aBöB nicht genügt (BVGE 2018 IV/11

E. 2.3 "pianificatore generale Bellinzona"). Indessen hat die Beschwerdeführerin darüber hinaus ein individuelles Absageschreiben vom 27. November 2021 erhalten, mit welchem darauf hingewiesen worden ist, dass die Zuschlagsempfängerin für ZK01 die meisten Punkte und für ZK05 fünf Punkte mehr als die Beschwerdeführerin erhalten hat. Damit sind insgesamt die Anforderungen an die summarische Begründung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 aBöB prima facie erfüllt.

**6.5** Mit Debriefing vom 6. Dezember 2021 wurde der Beschwerdeführerin der Preis des berücksichtigten Angebots mitgeteilt, ohne dass die beiden Komponenten "Angebotspreis" und die "SBB-Kosten" mitgeteilt worden wären (Vorakte 10 "Debriefing", "Debriefing vom 6. Dezember 2021").

Die Beschwerdeführerin hat dagegen die Bekanntgabe des aufgeschlüsselten Angebotspreises, namentlich der einzelnen Kostenkomponenten "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" gefordert, um ihre Bewertungsrüge betreffend das ZK01 "Evaluationspreis" zu begründen. Klar ist zunächst, dass die Gesamtsumme von Preis und Kosten mitgeteilt worden ist. Es stellt sich indessen die Frage, ob die SBB-Kosten gestützt auf Art. 23 Abs. 2 aBöB nicht separat mitzuteilen gewesen wären. Dazu ist erstens festzuhalten, dass die Kosten nicht zum Beschaffungspreis im klassischen Sinne gehören (Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1") und zweitens, dass für Preis und Kosten separate Gewichtungen vorgesehen waren, womit die Vergabestelle im Übrigen auch begründet, dass Preis und Kosten separat zu bewerten waren (vgl. dazu E. 9.2.1 hiernach). Auch in Bezug auf Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBöB stellt sich die Frage, ob die Offenlegung der Summe der SBB-Kosten bereits berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Zuschlagsempfängerin zuwidergelaufen wäre, da in der Regel vor allem Detailkalkulationen als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind (Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin nicht als offensichtlich unbegründet. Indessen wäre selbst für den Fall, dass insoweit von einer Gehörsverletzung auszugehen sein sollte, diese prima facie jedenfalls nicht von einer Schwere, die als solche bereits die Aufhebung des Zuschlags oder die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde (vgl. das Urteil B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.4 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Ausserdem sind der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die SBB-Kosten der Beschwerdegegnerin separat offen gelegt worden. Angesichts dieser Ausgangslage ist schliesslich in Bezug auf den von der Beschwerdeführerin

gestellten Antrag insbesondere auf Parteibefragung darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung in der Regel keine Einvernahmen durchgeführt werden (Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.10 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten").

## **7.**

**7.1** Die Beschwerdeführerin fordert sodann den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Beschaffungsverfahren mit der Begründung, sie erfülle die Eignungskriterien EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" und EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht.

## **7.2**

**7.2.1** Gemäss Art. 9 Abs. 1 aBöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 aVöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.5 "Produkte zur Innenreinigung III").

**7.2.2** Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 aBöB). So ist es der Vergabe-

behörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel").

**7.2.3** Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (vgl. den neurechtlichen Art. 27 Abs. 2 BöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.1 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Ein Anbieter kann sich hinsichtlich der Eignung grundsätzlich auch auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers berufen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Anbieter tatsächlich über die entsprechenden Mittel des Subunternehmers verfügt bzw. sich diese Mittel hat zu sichern lassen. Ein bloss allgemeiner Hinweis reicht dafür nicht aus (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648). Als Nachweise gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin in Erfahrung bringen kann, ob die Anbieterin ihre bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht hat, und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung sowie Stellungnahme der damaligen Auftraggeberin, ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob die Anbieterin sie ordnungsgemäss erbracht hat (vgl. nach neuem Recht Art. 27 BöB und Anhang 3 Ziff. 12 VöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.3 und E. 5.4 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.3** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht zunächst, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht (Replik, Rz. 14 ff.). Zur Prüfung der Rüge ist vorab auf das EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" einzugehen. Das Eignungskriterium EK01 wurde in Ziffer 3.7 der Ausschreibung wie folgt konkretisiert:

EK01 Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

#### Referenz 1

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Passiv- + Aktivkomponenten

#### Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als 8 Jahre zurückliegen.

Der damalige Kunde muss mit Namen und Kontaktangaben aufgeführt sein, so dass allfällige Rückfragen direkt beim Kunden eingeholt werden können.

## 7.4

**7.4.1** Die Beschwerdeführerin legt dar, die Beschwerdegegnerin halte das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht ein, weil die Beschwerdegegnerin für das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" ihre Subunternehmerin D.\_\_\_\_\_ AG beigezogen habe, die beim Projekt Ceneri-Basistunnel vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 als Subunternehmerin der Firma E.\_\_\_\_\_ AG die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems übernommen habe. Die D.\_\_\_\_\_ AG habe daher im Ceneri-Basistunnel keine *Planungs- und Realisierungsarbeiten* erbracht, wie sie für den Referenznachweis gemäss EK01 verlangt würden. Dies werde dadurch belegt, dass die D.\_\_\_\_\_ AG erst am [...] September 2019 gegründet worden sei. Die Einbauarbeiten der Bahntechnik und der Telekom- und Funkanlagen im Ceneri-Basistunnel sowie die Inbetriebnahme, bestehend aus Einschalten der Anlage, Funktionsprüfung und Einpegeln der Signale, seien schon vor ihrem Gründungsdatum beendet worden. Vielmehr sei die ARGE G.\_\_\_\_\_ (...) im Ceneri-Basistunnel für das Los Bahntechnik und die Gesamtkoordination verantwortlich gewesen. Die D.\_\_\_\_\_ AG sei weder auf der Website der ARGE G.\_\_\_\_\_ noch in der Medienmitteilung erwähnt worden (Replik, Rz. 14 ff, 19 ff.; Beschwerde, Rz. 34).

Demgegenüber werde in der von der Vergabestelle eingereichten undatierten Referenz der D.\_\_\_\_\_ AG (Vernehmlassung, Beilage 12) festgehalten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG folgende Leistungen erbracht habe: "Projektleitung und Koordination Tunnelfunksystem mit den Providern (GSMR, Polycorn und den öffentlichen Systemen) sowie gegenüber dem Bauherrn ATG". Die D.\_\_\_\_\_ AG habe diese Aufgabe von H.\_\_\_\_\_ übernommen, der von Mai 2018 bis September 2019 als Bereichsleiter Funk seitens der ARGE G.\_\_\_\_\_ für die Firma E.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei. Die D.\_\_\_\_\_ AG könne diese Leistungen daher erst ab September 2019 erbracht haben. Nachdem in diesem Zeitpunkt bereits sämtliche Fahrleitungs-, Bahnstrom- sowie Stromversorgung, Kabel-, Telekom- und Funkanlagen im Ceneri-Basistunnel eingebaut waren, liege es auf der Hand, dass es in Bezug auf die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems nur noch um den Vollzug bereits erbrachter Leistungen gegangen sei (Replik, Rz. 21).

**7.4.2** Die Beschwerdeführerin begründet weiter, die Ausschreibungsbedingungen gemäss EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" könnten nur als **unternehmensbezogene Referenz** und nicht als personenbezogene Referenz verstanden werden. Die relevante Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin sei damit nicht F.\_\_\_\_\_ oder die E.\_\_\_\_\_ AG, sondern die D.\_\_\_\_\_ AG. Dieser Schluss sei zu ziehen, weil bei EK06 "Sprache" explizit Sprachkenntnisse für Schlüsselpersonen verlangt würden, wohingegen bei EK01 keine Schlüsselpersonen erwähnt würden. Dafür spreche auch, dass sich die Fachkompetenz einer Unternehmung nicht nur im Kopf einer Person abspiele, sondern auch in Geschäftsgeheimnissen, Schutzrechten und Erfindungen verwirkliche, welche dem Arbeitgeber gehörten. Es könne nicht gesagt werden, die Erfahrung und Fachkompetenz aus dem Ceneri Projekt sei mit F.\_\_\_\_\_ vollständig von der E.\_\_\_\_\_ AG auf die D.\_\_\_\_\_ AG übergegangen. Beim Umfang und der Dauer des vorliegenden Vergabeprojekts könnte es auch kaum angehen, dass dieses auf den Schultern einer einzigen Schlüsselperson laste (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 4).

**7.4.3** Selbst wenn die **personenbezogene Referenz** zugelassen würde, sei die Referenz von F.\_\_\_\_\_ untauglich. So sei F.\_\_\_\_\_ zwar ab Mai 2018 bei der E.\_\_\_\_\_ AG als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen. Es sei aber falsch, wenn behauptet würde, die Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aufgrund einer Bestelländerung der Bauherrin ATG ab dem 12. Januar 2018 in Angriff genommen worden. Das technische Systemkonzept sei schon deutlich vor

2018 erarbeitet worden, was mit einem Auszug des Realisierungspflichtenhefts vom 18. Mai 2017 belegt werde. H.\_\_\_\_\_ habe das Realisierungspflichtenheft offenbar am 15. Mai 2017 kontrolliert. F.\_\_\_\_\_ beziehungsweise die D.\_\_\_\_\_ AG könnten damit nicht für sich beanspruchen, eigentliche Planungsarbeiten im Ceneri-Basistunnel erbracht zu haben (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 6a-c).

**7.4.4** Schliesslich sei der Einwand unbehelflich, die Beschwerdeführerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie behaupte, die Erfahrung der D.\_\_\_\_\_ AG im Ceneri Projekt reiche zur Erfüllung der Eignungskriterien EK01 nicht aus, sie aber gleichzeitig davon ausgehe, dass **ihr selbst** das Know-how der D.\_\_\_\_\_ AG aus dem Ceneri-Projekt zurechenbar sei. Die D.\_\_\_\_\_ AG werde im Angebot der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin je durch einen Mitarbeiter in Doppelfunktion zusammen mit einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin die Gesamt- und die Objektprojektleitung im TFK 2020 übernehmen. Für dieses Teilprojekt weise die D.\_\_\_\_\_ AG die geforderte Erfahrung auf. Diese Aufgabe könne nicht mit der geforderten Erfahrung und Fachkompetenz als Nachweis für EK01 verglichen werden (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 7). Dass die Beschwerdeführerin im Dokument "EK01 – Referenz 1 – CBT" auch von Planungsarbeiten von F.\_\_\_\_\_ spreche, ändere nichts an der Tatsache, dass diese Planungsarbeiten bereits vor Eintritt von F.\_\_\_\_\_ bei der E.\_\_\_\_\_ AG im Mai 2019 weitestgehend beendet gewesen seien (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 8).

## 7.5

**7.5.1** Die Vergabestelle entgegnet, bei EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" gehe es einzig darum, dass die Anbieterin oder ein Subunternehmer nachweisen könne, dass sie über Erfahrung im Planen und Realisieren von vergleichbaren Referenzprojekten mit mehreren Funkdiensten verfügte. Es sei irrelevant, ob das Unternehmen im Zeitpunkt des Referenzprojekts bereits als wirtschaftlich selbstständige Organisationseinheit bestanden habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 9 f., Rz. 13 f.).

**7.5.2** Die vorliegend für das EK01 relevante und im Markt nur schwer zu substituierende Erfahrung liege bei der Schlüsselperson F.\_\_\_\_\_. F.\_\_\_\_\_ sei vom Mai 2018 bis September 2019 als Projektleiter bei der ARGE G.\_\_\_\_\_ für das Projekt Ceneri-Basistunnel angestellt und als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen.

Zwar sei das Projekt Ceneri-Basistunnel wie von der Beschwerdeführerin korrekt bemerkt bereits im Jahr 2012 gestartet. Die Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aufgrund einer Bestelländerung der Bauherrin ATG ab dem 12. Januar 2018 in Angriff genommen worden (Duplik Vergabestelle, Rz. 10). F. \_\_\_\_\_ habe sich während der Dauer des Referenzprojektes selbstständig gemacht, indem er sein Know-how in die neu gegründete D. \_\_\_\_\_ AG eingebracht habe. Die D. \_\_\_\_\_ AG habe in der Folge das Projekt Ceneri-Basistunnel als Subunternehmerin der ARGE G. \_\_\_\_\_ weitergeführt und zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht. Folglich sei davon auszugehen, dass das unter EK01 relevante Know-how im Zeitpunkt ihrer Gründung auf die D. \_\_\_\_\_ AG übergegangen sei und diese sich die Leistungen von F. \_\_\_\_\_ ab Mai 2018 und damit auch das Projekt Ceneri-Basistunnel als Referenzprojekt anrechnen lassen kann (Duplik Vergabestelle, Rz. 12).

**7.5.3** Die Projektorganisation der ARGE G. \_\_\_\_\_ sei gemäss Referenzauskunft des Projektleiters zur Zeit des Projekts Ceneri-Basistunnel insgesamt mangelhaft gewesen und das Detailprojekt habe vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ erhebliche fachliche und werkvertragliche Mängel aufgewiesen. Es sei gemäss Referenzauskunft vom 22. Juni 2021 hauptsächlich F. \_\_\_\_\_ zu verdanken, dass im Ceneri-Basistunnel ein funktionierendes Gesamtsystem für die Tunnelfunkanlage entstanden sei, da er die Mängel in der Organisation und die Ressourcenknappheit mit viel Fachwissen, richtiger Prioritätensetzung und Engagement kompensiert und das Detailprojekt komplett überarbeitet und zum Erfolg geführt habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 11).

Es sei zwar zutreffend, dass bereits vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ ein Realisierungspflichtenheft entworfen worden sei. Allerdings sei es erstellt, dass die Planung der Tunnelfunkanlage vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ grobe Mängel aufwies und die Auftraggeberin sei mit den Leistungen von H. \_\_\_\_\_ nicht zufrieden gewesen, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme (Rz. 6c) selbst zugebe, sodass dieser als Projektleiter ersetzt werden musste. Das Linkbudget zur Tunnelfunkanlage, die zentrale und wichtigste Planungsgrundlage, sei am 21. Februar 2018 mangelhaft (nicht prüfbar) gewesen. F. \_\_\_\_\_ habe das Detailprojekt, insbesondere das Linkbudget und das Realisierungspflichtenheft, während seiner Tätigkeit ab Mai 2018 komplett überarbeitet (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 3 f.).

**7.5.4** Ferner gehe offenbar auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass das Know-how aus dem Projekt Ceneri-Basistunnel der D. \_\_\_\_\_ AG zu-rechenbar sei. Die Beschwerdeführerin führe in ihrem eigenen Angebot nämlich aus, dass ihre ARGE-Partnerin D. \_\_\_\_\_ AG mit F. \_\_\_\_\_ Pro-jektdienstleistungen im Auftrag der ARGE G. \_\_\_\_\_ ausgeführt habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 16 f.).

## **7.6**

**7.6.1** Schliesslich äussert sich die Beschwerdegegnerin zum Referenz-projekt 2 unter EK01. Sie führt aus, die D. \_\_\_\_\_ AG habe im Projekt "Ceneri-Basistunnel" als Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ die Projektlei-tung und Organisation des Tunnelbaus übernommen. Der Einbau des Tun-nelfunksystems sei in Zusammenarbeit mit der Subunternehmerin B. \_\_\_\_\_ AG erfolgt, welche ebenfalls im Angebot der Beschwerdegeg-nerin für das vorliegende Projekt beigezogen werde. Der Nachweis der Er-füllung des Eignungskriteriums EK01, Referenz 2, diene in erster Linie der Sicherstellung, dass die Anbieterin über die nötige Erfahrung verfüge, eine Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten zu planen, zu realisieren und in Betrieb zu nehmen. Zwar sei korrekt, dass die D. \_\_\_\_\_ AG erst im Verlauf des Projekts Ceneri-Basistunnel gegründet wurde. Die erforder-liche Erfahrung und Fachkompetenz bezüglich Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aber durch den Gründer und Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ AG, Herrn F. \_\_\_\_\_, der D. \_\_\_\_\_ AG und somit der Be-schwerdegegnerin als sogenannte "personenbezogene Referenz" zuzu-rechnen (Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 21. März 2022, Rz. 2; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 6 ff.; Stellungnahme der Beschwer-degegnerin, Rz. 40 ff.).

**7.6.2** F. \_\_\_\_\_ habe zuerst als Angestellter und ohne Frage auch als Schlüsselperson der E. \_\_\_\_\_ AG sowie später als Gründer und Ge-schäftsführer der D. \_\_\_\_\_ AG bedeutend zum Erfolg des gesamten Ceneri-Basistunnels beigetragen (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 11). Bezeichnend sei die Aussage in der Referenzauskunft, dass das gesamte Projekt im Zeitpunkt der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ erhebliche fachliche und werkvertragliche Mängel aufgewiesen habe und es ihm zu verdanken sei, dass es schliesslich technisch freigegeben werden konnte (Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 12; Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 21. März 2022, Rz. 2).

**7.6.3** Schliesslich legt sie dar, es sei überraschend, dass sich die Beschwerdeführerin überhaupt auf diesen Standpunkt stellt, die Leistungen von F.\_\_\_\_\_ seien der D.\_\_\_\_\_ nicht zurechenbar, habe sie sich in ihrem Angebot als Teil der ARGE XBCD doch sogar selbst auf die Erfahrung der D.\_\_\_\_\_ AG im Projekt Ceneri-Basistunnel bezogen (Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 16).

## **7.7**

**7.7.1** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk 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.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 31 aBöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 der IVöB 1994/2001 das Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). 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"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.7.2** Ferner ist bei der Auslegung von Anforderungen bzw. der Würdigung entsprechender Eignungsnachweise zu beachten, dass das Vergaberecht unter anderem den wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen

stärken soll (Art. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB) und daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Dasselbe gilt auch für Eignungskriterien. Es liegt zwar in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Insbesondere führt das Betonen der Bedeutung von Referenzprojekten dazu, dass sich neue Anbieter, die auf den Markt drängen, nicht beteiligen können. Auch im Rahmen der Festsetzung der Eignungsanforderungen ist indessen darauf zu achten, dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.12.4 "Tunnelreinigung Gotthard Basistunnel"; siehe zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.3 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

## 7.8

**7.8.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01, Referenz 2, nicht, weil die angegebene Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin nicht über die notwendige Erfahrung verfüge, ist vorab auf den Wortlaut der Ausschreibung einzugehen. Dieser lautet hinsichtlich des EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" auszugsweise wie folgt (Ziff. 3.7 der Ausschreibung, vgl. E. 7.3 hiervor):

"Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. [...]."

In Bezug auf diese Ziffer 3.7 der Ausschreibung zum EK01 ist im Folgenden mit Blick auf die für Eignungskriterien geltenden Regeln (vgl. E. 7.7 hiervor) durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Unternehmens- oder Schlüsselpersonenreferenz gefordert wurde.

**7.8.2 Unternehmensreferenzen** hängen an der ganzen Unternehmung beziehungsweise Abteilung, welche den Referenzauftrag ausgeführt hat. Sie bleiben grundsätzlich auch nach einem Weggang bestimmter Schlüsselpersonen erhalten. Unternehmensreferenzen können dadurch übertragen werden, dass das Unternehmen als solches oder zumindest die

betreffende Unternehmenseinheit insgesamt übertragen wird, beispielsweise durch Abspaltung und Absorption (Baurecht 2013, S. 207 f. S 276 mit Anmerkung MARTIN BEYELER). Wurde also ein Referenzobjekt einer Anbieterin zugeschlagen, ging dann aber der für die Objektausführung relevante Bereich durch Übertragung auf ein anderes Unternehmen über, wurde damit auch das Referenzprojekt an dieses Unternehmen übertragen. Daher kann sich Letzteres seit dieser Übertragung jenes Projekt grundsätzlich als eigenes anrechnen lassen (vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 mit Hinweisen "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen").

**Schlüsselpersonenreferenzen** sind dagegen an ihren Träger gebunden und können nur geltend gemacht werden, solange der Träger dem Anbieter dient (Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.5 "Präqualifikation Ittigen" mit Hinweis auf das Urteil 52.2012.386 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 6. Dezember 2012; BEYELER, Baurecht 2013, S. 208 Anmerkung zu S 276; vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

## 7.9

**7.9.1** Der Wortlaut der Ziffer 3.7 der Ausschreibung hält fest, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin einen Erfahrungsnachweis zu erbringen hat. Prima facie ist demnach gestützt auf den Wortlaut von der Vorgabe einer Unternehmensreferenz auszugehen. Sowohl die Z. \_\_\_\_\_ AG als auch die am Angebot beteiligte D. \_\_\_\_\_ AG sind Unternehmen im beschriebenen Sinne (vgl. E. 7.8.2 hiervor). Damit ist auch die von der D. \_\_\_\_\_ AG eingereichte Referenz als Unternehmensreferenz zu beurteilen.

**7.9.2** Im Folgenden ist weiter darauf einzugehen, **welche Leistung** von der Referenz 2 unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" abzudecken ist und ob die angegebene Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG diese Leistungen erfüllt.

Das EK01 verlangt für die Referenz 2 gemäss den Ausschreibungsunterlagen das Folgende (Ausschreibung, Ziffer 3.7 [Auszug], vgl. bereits hiervor, E. 7.3):

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

[...]

#### Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als acht Jahre zurückliegen.

**7.9.3** Demnach gilt nach Ziffer 3.7 der Ausschreibung eine Referenz als geeignet und vergleichbar, wenn die Anbieterin oder Subunternehmerin aufgrund des Referenzprojekts nach den allgemeinen Ausführungen über Erfahrung im "Planen" und "Realisieren" vergleichbarer Projekte verfügt, wobei für die Referenz 2 über die "Planung" und "Realisierung" hinaus die "Inbetriebnahme" einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten verlangt wird.

**7.9.4** Zu klären bleibt, ob F. \_\_\_\_\_ im Sinne des EK01, Referenz 2, ausreichend an der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" mitgewirkt hat.

**7.9.4.1** Zur Beurteilung, ob die D. \_\_\_\_\_ AG im Sinne des EK01, Referenz 2, ausreichend an der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" mitgewirkt hat, ist vorab darauf hinzuweisen, dass es unbestritten ist, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen des Projektes Ceneri-Basistunnel ab Mai 2018 bei der E. \_\_\_\_\_ AG (Duplik Vergabestelle, Rz. 10; Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 11) und danach bei der D. \_\_\_\_\_ AG tätig war. Die D. \_\_\_\_\_ AG übernahm ferner unbestrittenermassen vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems im Ceneri-Projekt (vgl. die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 f.).

**7.9.4.2** Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin als Nachweis zum EK01, Referenz 2, ein mehrseitiges Dokument einreichte, welches die Referenzprojekte der vorliegend im Angebot der Beschwerdegegnerin beteiligten D.\_\_\_\_\_ AG beschreibt. Neben anderen Referenzen der D.\_\_\_\_\_ AG wird auch die Projektleitung für das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" beschrieben (vgl. Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", "Projektreferenzen D.\_\_\_\_\_"; Vernehmlassung, Beilage 12). Weiter hat die D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Antworten zum Fragekatalog der Vergabestelle an die Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2021 sowohl die Planung einzelner Schritte der Tunnelfunkanlage als auch die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems zu verantworten (Vorakte "Evaluation", "Rückfragen an Anbieter", "Fragen EK").

**7.9.4.3** Ferner ergibt sich aus dem E-Mailverkehr vom 18. Juni 2021 und vom 22. Juni 2021 (Vernehmlassung, Beilage 13), dass die Vergabestelle die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels mittels eines Fragebogens um eine Referenzauskunft ersucht hat. Mit E-Mail vom 22. Juni 2021 reichte die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels den Fragekatalog (hiernach: Fragekatalog vom 22. Juni 2021) ein (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Eignungsprüfung", "Referenzauskünfte"; Vernehmlassung, Beilagen 13 und 14). Aus dem E-Mailverkehr und dem Fragekatalog ergeben sich folgende Hinweise zum Aufgabenbereich von F.\_\_\_\_\_ und zu seiner Aufgabenerfüllung:

- Im begleitenden E-Mail vom 22. Juni 2021 zu ihren Angaben im Fragekatalog hält die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels fest, dass F.\_\_\_\_\_ massgeblich dazu beitrug, das Projekt "Ceneri-Basistunnel" schlussendlich **erfolgreich abzuschliessen** (vgl. Vernehmlassung, Beilage 13).
- In dem von der Projektleitung beigelegten ausgefüllten Fragebogen vom 22. Juni 2021 nahm die Referenzauskunftsgeberin zu den Angaben des Anbieters Stellung. Darin nimmt sie wiederholt auf F.\_\_\_\_\_ Bezug. Sie hält fest, F.\_\_\_\_\_ habe massgebend zur Behebung von Mängeln an **der Aufbau- und Ablauforganisation** beigetragen und er sei für das **Projektmanagement** verantwortlich gewesen (vgl. Vernehmlassung, Beilage 14).

**7.9.4.4** Sodann ist auf das von der Vergabestelle vorgelegte Linkbudget einzugehen. Diesbezüglich bringt die Vergabestelle vor, das Realisierungspflichtigenheft habe am 12. Februar 2018 noch 190 Mängel und Planungs-

fehler aufgewiesen (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 3). Die entsprechende Darstellung erscheint prima facie auch vor dem Hintergrund plausibel, dass der Vorgänger von F.\_\_\_\_\_ offenbar als Projektleiter hat ersetzt werden müssen.

**7.9.4.5** Es ist daher im Sinne eines Zwischenergebnisses festzuhalten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG mit F.\_\_\_\_\_ einen Mitarbeiter aufweist, der prima facie massgeblich zum Erfolg des Projektes betreffend die Tunnel-funkanlage im Ceneri-Basistunnel beigetragen hat.

**7.9.4.6** Soweit infrage steht, welche Arbeiten F.\_\_\_\_\_ einerseits bei der E.\_\_\_\_\_ AG und andererseits bei der D.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen des Projekts "Ceneri Basistunnel" übernommen hat, ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt des Eintritts von F.\_\_\_\_\_ im Mai 2018 bei der ARGE G.\_\_\_\_\_, namentlich bei der E.\_\_\_\_\_ AG, prima facie bereits Arbeiten im Bereich des Einbaus der Bahntechnik und Telekom- und Funkanlagen begonnen hatten. Gemäss der Medienmitteilung der ARGE G.\_\_\_\_\_ vom 3. September 2019 (Replik, Beilage 28) wurden die Einbauarbeiten im Ceneri-Basistunnel im August 2019 erfolgreich abgeschlossen. F.\_\_\_\_\_ trat demnach während der Einbauarbeiten als Angestellter der E.\_\_\_\_\_ AG ins Projekt ein und wirkte prima facie vor allem im Rahmen der Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ AG auch an den Einbauarbeiten der Anlage bis zum Abschluss im August 2019 mit.

Die D.\_\_\_\_\_ AG hat demgegenüber vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 prima facie die Projektleitung und Koordination des Tunnel-funksystems im Ceneri-Projekt übernommen (vgl. Antwort zur Frage 2 im Fragekatalog vom 12. Mai 2021 und die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 f.).

**7.9.4.7** Zur Beurteilung, ob die D.\_\_\_\_\_ AG die Voraussetzungen für die Tunnel-funkanlage im Ceneri-Basistunnel, namentlich für die **Realisierung und Inbetriebnahme** der Tunnel-funkanlage, erfüllt, ist weiter darauf hinzuweisen, dass sich aus den Vorakten, namentlich dem durch die Beschwerdegegnerin ausgefüllten Fragenkatalog vom 12. Mai 2021, ergibt, dass der D.\_\_\_\_\_ AG Aufgaben im Bereich der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnel-funkanlage zugekommen sind. Die D.\_\_\_\_\_ AG hat gemäss Auskünften vom 12. Mai 2021 etwa die Planung und Koordination mit den Providern übernommen oder die Funkmessungen geplant und durchge-

führt. Ebenso erschliesst sich aus den Angaben der Projektleitung des Ceneri-Basistunnels vom 22. Juni 2021, dass der D. \_\_\_\_\_ AG eine solche Rolle zuzuschreiben ist.

Zwar unterscheidet die Projektleitung in ihrer Auskunft vom 22. Juni 2021 nicht durchgehend zwischen der D. \_\_\_\_\_ AG und F. \_\_\_\_\_, womit zumindest teilweise keine klare Zuordnung der Tätigkeit von F. \_\_\_\_\_ zur D. \_\_\_\_\_ AG möglich ist. So wird bei der Auskunft zu R\_1\_001 Ablauforganisation zwar auf "D. \_\_\_\_\_ (F. \_\_\_\_\_)" Bezug genommen, welche in der Projektorganisation viel zu einem funktionierenden Gesamtsystem in Bezug auf die Tunnelfunkanlage beigetragen habe. An anderer Stelle, namentlich beim Projektmanagement R\_1\_004, wird dagegen "F. \_\_\_\_\_" alleine genannt, der Planungsmängel wettgemacht habe. Selbst wenn die Zuordnung von einzelnen Tätigkeiten von F. \_\_\_\_\_ zur D. \_\_\_\_\_ AG mangels genauer Bezeichnung nicht detailliert vorgenommen werden kann, ergibt sich prima facie das Gesamtbild, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Tätigkeit für das Projekt Ceneri-Basistunnel vom Mai 2018 bis Dezember 2020 und auch nach Gründung der D. \_\_\_\_\_ AG zahlreiche substantielle Aufgaben im Sinne der Behebung von offenbar gravierenden Mängeln wahrgenommen hat, die nach dem Ablaufplan in dieser Phase prima facie normalerweise nicht mehr anfallen. Von blossem Vollzug, wie die Beschwerdeführerin diese Phase beschreibt, kann mit Blick auf die konkreten Umstände demnach prima facie keine Rede sein. Vielmehr fallen prima facie auch zahlreiche Aufgaben in den Zeitraum seiner Tätigkeit für die D. \_\_\_\_\_ AG für die Zeit von Anfang Oktober 2019 bis Ende Dezember 2020, die fast die Hälfte der gesamten Zeit vom Mai 2018 bis Ende Dezember 2020, in der F. \_\_\_\_\_ für das Projekt tätig war, ausmacht. Prima facie erfüllt die D. \_\_\_\_\_ AG demnach die Vorgabe, an der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel teilgenommen zu haben.

**7.9.4.8** Zu prüfen bleibt, ob der D. \_\_\_\_\_ AG die **Planung** im Projekt Ceneri-Basistunnel zuzurechnen ist. Der D. \_\_\_\_\_ AG kann vorderhand keine Erfahrung im Rahmen der Planung des Einbaus der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel zugerechnet werden, weil der Einbau bereits im August 2019 erfolgt ist. Entgegen der Feststellung, dass die D. \_\_\_\_\_ AG nicht an der Planung für den Einbau der Tunnelfunkanlage mitgewirkt hat, zeigen die Vorakten, dass die D. \_\_\_\_\_ AG nach dem Einbau mehrere Planungsarbeiten im Rahmen der Mängelbehebung wahrgenommen hat. Die Antworten der Vertreter des Ceneri Projektes auf den Fragebogen vom 22. Juni 2021 zeigen namentlich, dass die D. \_\_\_\_\_ AG mit

F.\_\_\_\_\_ Mängel in der Aufbau- und Ablauforganisation im Projekt Ceneri-Basistunnel für die Tunnelfunkanlage durch Fachwissen und Einsatz kompensiert und behoben hat (S. 5). Ausserdem wird mit Bezug auf F.\_\_\_\_\_ ausgeführt, dass dieser Planungsmängel behoben hat. Das gilt offenbar auch für die Zeit, in der F.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ AG beschäftigt war. Im Rahmen des Projektmanagements hat er offenbar im Sinne einer Krisenbewältigung – also nicht zu vergleichen mit der üblichen Situation bei der blossen Umsetzung bereits abgeschlossener Planung – in einem Umfang Konzeptarbeit geleistet hat, der prima facie zum Schluss führt, dass F.\_\_\_\_\_ auch die Mängel des Projektdesigns und -managements im Rahmen seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ AG behoben hat.

Prima facie ergibt sich demnach, dass die D.\_\_\_\_\_ AG eine Reorganisation der Aufbau- und Ablauforganisation sowie die Behebung von Mängeln des Projektmanagements bewerkstelligt hat. F.\_\_\_\_\_ sind damit prima facie Aufgaben im Bereich der Planung zugekommen, die zwar nicht den Einbau der Anlage, wohl aber die Projektplanung betreffen.

**7.9.5** Nach dem Gesagten stand es jedenfalls mit Blick auf den engen Anbietermarkt im Bereich der Tunnelfunkanlagen (vgl. dazu E. 7.7.2 hiervor) offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle, das Referenzprojekt – obwohl die ursprüngliche Planung und wohl auch wesentliche Elemente des Einbaus der (...) E.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen sind – auch der D.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen. Damit kann offenbleiben, ob der Argumentation der Beschwerdegegnerin folgend (vgl. E. 7.6.1 hiervor) in der vorliegend zu beurteilenden Situation – im Ergebnis hat sich prima facie eine Schlüsselperson während laufendem Projekt selbständig gemacht – darüber hinaus auch die Unterscheidung zwischen Unternehmensreferenz und Referenz von Schlüsselpersonen relativiert werden könnte.

**7.10** Somit kann in Bezug auf die Zurechenbarkeit der unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" eingereichten Referenzprojekte festgehalten werden, dass die Vergabestelle ihr Ermessen jedenfalls unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Anbietermarktes prima facie nicht überschritten hat, indem sie diese als der Beschwerdegegnerin respektive ihrer Subunternehmerin zurechenbar beurteilt hat. Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin prima facie als offensichtlich unbegründet.

**8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" sei nicht erfüllt worden. Sie bringt vor, sollte sich bewahrheiten, dass die Beschwerdeführerin nicht über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des Eignungskriteriums 1 verfüge, hätte dies zur Folge, dass sie auch das Eignungskriterium 2 nicht erfülle (Beschwerde, Rz. 35).

**8.2** Die Vergabestelle hält zum EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" fest, dieses fordere, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin, die in der vorliegenden Ausschreibung angebotene Multi-band Anlage oder ihre wesentlichen Komponenten bereits für einen Kunden in Betrieb genommen hat (als Pilot- oder Produktive Anlage). Um den Anbieterinnenkreis nicht auf die bestehenden Hardware-Lieferantinnen zu beschränken und auch neuen Anbieterinnen eine Chance zu geben, sei das Kriterium offen formuliert. Die Zuschlagsempfängerin erfülle mit der erprobten Anlage ihrer Subunternehmerin ohne Weiteres auch EK02 (Vernehmlassung, Rz. 43 ff.).

**8.3** Da die Beschwerdegegnerin unter EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" ein anderes Referenzprojekt als die Projekte unter EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" eingereicht hat, ist der Argumentation der Beschwerdeführerin, soweit das EK01 nicht erfüllt wäre, wäre auch das EK02 nicht gegeben, nicht zu folgen. Ausserdem verfügt die Beschwerdegegnerin prima facie über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des EK01 (vgl. E. 7.8 hiavor). Die Rüge, das Eignungskriterium 2 sei nicht erfüllt, ist daher prima facie offensichtlich unbegründet.

## **9.**

**9.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" sei nicht vergaberechtskonform ausgelegt und evaluiert worden. Sie begründet ihre Rüge betreffend das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" damit, dass dieses von grosser Bedeutung sei, weil mehr als ein Drittel der Punkte für den Entscheid über den Zuschlag von diesem Kriterium abhängen. Dabei spiele der Evaluationspreis, der sich aus dem Angebotspreis und den Kosten der SBB zusammensetze, eine zentrale Rolle. Die Vergabestelle habe nun offenbar jeweils den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat mit Punkten bewertet, obwohl sich aus den Ausschreibungsunterlagen klar ergebe, dass der Evaluationspreis Basis

für die Berechnung sein müsse. So ergebe sich aus der für die Preisbewertung gemäss den Ausschreibungsbedingungen massgebenden Berechnungsformel unter Punkt 3.4.2.1 klar, dass der Evaluationspreis Basis für die Berechnung sein müsse (Beschwerde, Rz. 23).

## 9.2

**9.2.1** Die Vergabestelle entgegnet, als ZK01 werde der gesamte Evaluationspreis (TCO) genannt, wobei die Ausschreibung den Nachweis mittels ausgefülltem Preisblatt verlange und als Bewertungsgrundlage den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" aufführe, mit einer Gewichtung von 25 Prozent bzw. 15 Prozent und den entsprechenden Punktemaxima von 125 und 75 Punkten. Wie sich sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen erschliesse, werden der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet. Im Kapitel 3.4.1 der Ausschreibungsbedingungen erläutere die Vergabestelle die gewählte Methode der Preisbewertung. Daraus ergebe sich, dass *jeweils* das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten "SBB-Kosten" das Punktemaximum erhält (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.1.). Ferner sei in der Übersicht zu den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsbedingungen die pro Subkriterium mögliche Höchstpunktzahl ersichtlich, die 125 Punkte für den Angebotspreis und 75 Punkte für die "SBB-Kosten" betrage (Vernehmlassung, Rz. 55 ff.).

Die Unterscheidung zwischen dem Kostenblock "Angebotspreis" und dem Kostenblock "SBB-Kosten" werde auch im Preisblatt konsequent vollzogen. Diese Abgrenzung sei nicht nur auf der Titelseite ersichtlich, wo zwei Spalten die individuell errechneten Totale der detaillierten Arbeitsblätter zusammenfassen, sondern auch in den hinteren Arbeitsblättern werde der Unterschied zwischen Angebotspreis und den "SBB-Kosten" verdeutlicht, indem diese optisch getrennt aufgeführt und auch inhaltlich unterschieden würden (Vernehmlassung, Rz. 58).

**9.2.2** Es sei die transparente Absicht der Vergabestelle gewesen, dass unter dem Oberbegriff "Evaluationspreis" festgesetzte Preiskriterium mittels den beiden Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" zu bewerten. Keine der Anbieterinnen habe gegen diese Bewertungsmethodik opponiert. Die Rüge der Beschwerdeführerin gegen ZK01 sei daher verspätet (Vernehmlassung, Rz. 66).

**9.3** Schliesslich lässt sich die Beschwerdegegnerin zum Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" vernehmen. Sie legt dar, aus den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 ergebe sich eindeutig, dass das zu bewertende Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" aus zwei Komponenten bestehe, welche jeweils separat mit Punkten bewertet würden, namentlich aus dem "Angebotspreis" mit 25 Prozent und den "SBB-Kosten" mit 15 Prozent Gewichtung. Dies ergebe sich noch eindeutiger aus den allgemeinen Ausführungen zur Preisbewertung in Ziff. 3.4.2.1, wo festgehalten werde, dass das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten "SBB-Kosten" jeweils das Punktemaximum erhält (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 63 ff.).

## 9.4

**9.4.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, beim ZK01 "Evaluationspreis" sei die "Total Cost of Ownership"-Methode nicht angewandt worden, weil zwei Kostenblöcke gebildet worden seien, sind im Folgenden die relevanten Passagen aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorab darzustellen. Die Ausschreibung umschreibt das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" wie folgt (Ausschreibung Ziff. 2.10):

"ZK 1: Evaluationspreis  
Angebotspreis Gewichtung 25  
SBB-Kosten Gewichtung 15"

**9.4.2** In den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 wurde das Zuschlagskriterium "ZK01 Evaluationspreis" weiter wie folgt zusammengefasst (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4 "Zuschlagskriterien" 3.4.1 "Übersicht", Auszug).

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
ZK 1	Evaluationspreis (TCO)	Ausgefülltes Preisblatt Angebotspreis SBB-Kosten	25% 15%	125 75

**9.4.3** Weiter wurden in den Ausschreibungsbedingungen folgende Ausführungen zum Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" gemacht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2 "Preisbewertung", Ziff. 3.4.2.1 "Allgemein", Ausschnitte):

#### **3.4.2.1 Allgemein**

In der Preisbewertung wird der Ansatz der Total Cost of Ownership (TCO) angewandt, um die Kosten der Angebote über den ganzen Life Cycle miteinander vergleichen zu können.

Die Ausschreibung basiert auf einer modularen Beschreibung des Tunnelfunksystems (siehe Dokument B1 Kap. 3.3), aufgrund dessen die Anbieterin einen entsprechenden Produktkatalog offerieren soll, welcher alle Modulkombinationsvarianten abdeckt. Für die Preisbewertung werden die offerierten Preise der Anbieterin aus dem Produktkatalog und für weitere Leistungen mit Hilfe eines angenommenen, hypothetischen Gesamtmengengerüsts zu einem Evaluationspreis hochgerechnet. Darin fließen gemäss dem Ansatz des Total Cost of Ownership auch die definierten Kosten ein, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (SBB-Kosten).

Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB Kosten erhält jeweils das Punktemaximum. Angebote, die 75% über dem tiefsten Angebotspreis bzw. den tiefsten SBB Kosten liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear.

Für die Punktevergabe kommt die Taxonomie gemäss nachstehender Formel zur Anwendung, wobei jeweils auf ganze Punkte auf- oder abgerundet wird.

$$Punkte = M * \left[ \frac{P_{max} - P}{P_{max} - P_{best}} \right]$$

#### **Legende**

M = Maximale zu vergebende Punktezahl

P = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes

Pbest = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes

Pmax = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet

[...]

#### **3.4.2.2 Berechnung des Evaluationspreises**

Der Evaluationspreis setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis der Anbieterin und den SBB-Kosten zusammen, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (Ansatz des TCO). Welche Kosten dies beinhaltet, ist im Dokument B1 unter der Ziff. 4ff beschrieben.

Die Vergabesumme setzt sich aus nachfolgend aufgeführten Kostenblöcken des offerierten Angebotspreises der Anbieterin zusammen.

- Initiale Kosten

- Betriebskosten (über 12 Jahre je Anlage)

Das folgende Schema gibt einen Überblick, wie sich der Evaluationspreis zusammensetzt.

[...]

**9.4.4** Sodann weist das Preisblatt TFK 2020 vom 1. September 2020 auf dem Arbeitsblatt 1 "Summary Evaluationspreis" den Titel "Summary Evaluationspreis" aus. Das Titelblatt ist unterteilt in die Spalten "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung SBB-Kosten (Ansatz Total Cost of Ownership)" (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1 Summary Evaluationspreis).

## 9.5

**9.5.1** Zur Beurteilung der Rüge betreffend das ZK01 "Evaluationspreis", es hätten keine Kostenblöcke gebildet werden dürfen, ist auf die Auslegung der Formel zur Berechnung der Punkte innerhalb des Zuschlagskriteriums ZK01 "Evaluationspreis" einzugehen.

**9.5.2** Gemäss Art. 21 Abs. 1 aBöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit und technischer Wert. Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 aBöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 aVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1 "Casermettatunnel" und das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I").

**9.5.3** Die Zuschlagskriterien sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 aBöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I"). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 aBöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388).

**9.5.4** Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Art. 21 aBöB) sind grundsätzlich sowohl die Kosten als auch der Anschaffungspreis konkret-wirtschaftlich im Sinne eines pekuniären Vorteils für die Auftraggeberin zu verstehen (MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 165). Die Gesamtkosten setzen sich namentlich aus dem Preis im Sinne der Beschaffungskosten und den weiteren Kosten, etwa den Unterhaltskosten, zusammen. Die Kosten können demnach als

Zuschlagskriterium verstanden werden, das den Preis (Beschaffungskosten) und beispielsweise die Unterhaltskosten als Subkriterien beinhaltet. Ebenso ist es möglich, sowohl den Preis (Beschaffungskosten) als auch die Kosten (ohne Beschaffungskosten) je separat als Zuschlagskriterien vorzusehen (Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"). Die Kosten (ohne Beschaffungskosten) können demgegenüber nicht Teil des Kriteriums Preis (Beschaffungskosten) sein.

**9.5.5** Die Vergabestelle wählte im vorliegenden Fall den "Total Cost of Ownership (TCO)" Ansatz, mit dem die Kosten des Angebotes über den gesamten Life Cycle betrachtet werden (Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 3.4.2.1). Die Vergabestelle verwendet dabei für die "Kosten", namentlich für den Preis (Beschaffungskosten) zusammen mit den weiteren Kosten, den Begriff "Evaluationspreis". Der "Evaluationspreis" setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis und den SBB-Kosten zusammen (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.2). Die SBB-Kosten betreffen Kosten, die Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seiten der SBB verursachen (Ausschreibungsbedingungen, S. 15). Zu den SBB-Kosten zählen initiale und jährliche Kosten der Bahninfrastruktur wie der Energiebedarf der TFK-Anlage (Leistungsumfang, Ziff. 9.4).

**9.5.6** Der Ansatz der "Total Cost of Ownership" bedeutet, dass eine gesamtheitliche Bewertung der Kosten anvisiert ist. Da der Begriff insoweit nicht eine präzise Methodik dieser Bewertung beinhaltet, ist prima facie die Umsetzung mit oder ohne Subkriterienbildung zulässig (vgl. E. 9.5.4 hier vor). Es ist demnach mittels Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen namentlich noch zu ermitteln, ob das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" aufgrund der Ausschreibung so zu verstehen ist, dass die Punktevergabe einmal für den "Angebotspreis" und einmal für die "SBB-Kosten" entsprechend der Formel nach Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen vorzunehmen ist, oder ob aus dem "Angebotspreis" und den "SBB-Kosten" eine Summe ("Evaluationspreis") zu bilden ist, auf welche die Punktevergabe entsprechend der Formel anzuwenden ist (vgl. E. 9.6 hiernach). Dabei sind Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen systematisch auszulegen (vgl. dazu etwa das Urteil des BGer 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3 "corso di formazione").

## **9.6**

**9.6.1** Die Beschreibung der Preisberechnung in Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen sieht vor, dass Angebote mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten jeweils das Punktemaximum erhielten. Prima facie sollen demnach zwei Resultate durch die Anwendung der Preisformel (aus der die Punkte resultieren) erzielt werden.

Im Widerspruch dazu steht unter Ziffer 3.4.2.1, dass für die Preisbewertung die Preise zu einem Evaluationspreis hochgerechnet werden. In die Berechnung würden auch die "SBB-Kosten" einfließen. Dabei bedient sich die Formel in Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen des Begriffes "Evaluationspreis" und damit des Oberbegriffes der beiden Begriffe "Angebotspreis" und "SBB-Kosten". Die Legende zur Formel in Ziff. 3.4.2.1 listet namentlich die Preise, die in die Preisformel eingesetzt werden sollen, auf, wobei  $P$  = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes  $P_{best}$  = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes und  $P_{max}$  = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet, gilt. Damit zieht die Formel als Grundlage den Evaluationspreis als Oberbegriff von Angebotspreis und SBB-Kosten bei und das Resultat ist die Punktzahl.

Dies steht prima facie im Widerspruch dazu, dass die Bewertung des Angebotspreises von den SBB-Kosten getrennt erfolgen und demnach mit zwei Punktergebnissen versehen werden sollte. Insbesondere die Formel isoliert interpretiert spricht demnach prima facie für die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung.

**9.6.2** Zur Auslegung, wie die Berechnung der Preise vorgenommen werden soll, ist insbesondere ausschlaggebend, dass in der Ausschreibung für beide Kategorien (Angebotspreis und SBB-Kosten) jeweils eine separate Gewichtung von 25 für den Angebotspreis und 15 für die SBB-Kosten angegeben ist (vgl. Ziff. 2.10 der Ausschreibung). Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich sodann, dass der Gewichtung von 25 Prozent bzw. 15 Prozent eine entsprechende Punktvergabe mit 125 und 75 einhergeht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1). Schliesslich wird in der Ausschreibung für das ZK01 "Evaluationspreis" keine Gewichtung von 40 Prozent (bzw. 200 Punkte) angegeben, sondern die Gewichtung der Unterkriterien wird direkt mit Angebotspreis 25 und SBB-Kosten 15 festgehalten. Demnach sollen der Angebotspreis 25 und die SBB-Kosten 15 nicht mit einer Formel modifiziert werden, da ansonsten dasselbe Ergebnis resultieren würde, wie wenn nur die Kosten insgesamt mit 40 Prozent gewichtet

worden wären. Dies deutet prima facie darauf hin, dass Unterkriterien (einmal für den Angebotspreis und einmal für die SBB-Kosten) gebildet und separat bewertet werden sollten.

**9.6.3** Ferner wird in den Ausschreibungsbedingungen die Zusammensetzung des Angebotspreises von der Zusammensetzung der SBB-Kosten getrennt aufgeführt (Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 3.4.2.2). Entsprechend ist auch das Preisblatt TFK 2020 so ausgestaltet, dass zwei Spalten, nämlich "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung SBB-Kosten (Ansatz Total Cost of Ownership)" vorgesehen werden (Vorakte "Angebote", "Z-Preise", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1). Auch insofern wird der Trennung zwischen Angebotspreis und SBB-Kosten eine gewisse Bedeutung zugemessen, was prima facie zum Schluss führt, dass nach dieser Passage der Ausschreibungsbedingungen die Formel separat auf Einkaufspreis und SBB-Kosten anzuwenden ist.

**9.6.4** Trotz der uneinheitlich verwendeten Terminologie lässt eine systematische Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen nach dem Vertrauensprinzip (vgl. dazu E. 7.7.1 hiervor) demnach prima facie keine andere Auslegung der Ausschreibung (Ziff. 2.10) und der Ausschreibungsunterlagen zu, als dass die Punktevergabe jeweils separat für den Angebotspreis und für die SBB-Kosten zu erfolgen hat. Wäre eine andere Preisformel und Preiskurve gewünscht, hätte die Vergabestelle keine Subkriterien aufgestellt. Ausserdem ist auch die Beschreibung der Preisbewertung (vgl. E. 9.4.3 hiervor) diesbezüglich klar, wenn dort erläuternd ausgeführt wird, dass "das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten *jeweils* (Hervorhebung durch das Gericht) das Punktemaximum" erhalten soll. Folgerichtig wäre allerdings die Formel gemäss der Ziffer 2.10 selbst prima facie entsprechend anzupassen gewesen (vgl. E. 9.6.1 hiervor). Um völlige Klarheit herzustellen, wäre das ZK01 ausserdem möglicherweise besser mit dem Begriff "Evaluationskosten" als mit dem Begriff "Evaluationspreis" beschrieben worden (vgl. E. 9.5.4 hiervor).

**9.6.5** Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vergabestelle vorliegend ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie die Bewertungsformel jeweils separat auf die Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" angewendet hat. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bewertung sei nicht korrekt, weil Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" gebildet wurden, ist insofern prima facie offensichtlich unbegründet. Nach dem Gesagten kann im Übrigen offenbleiben, wie die Punkteverteilung unter dem Zu-

schlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" ausgesehen hätte, wäre die entsprechende Formel anders, nämlich dem Verständnis der Beschwerdeführerin entsprechend, angewendet worden.

## **10.**

**10.1** Die Beschwerdeführerin rügt auch die Punktevergabe bei weiteren Zuschlagskriterien. Sie bringt zunächst vor, unter dem ZK03 "Qualität der Referenzen" habe sie hinsichtlich des Zuschlagskriteriums ZK03 "Qualität der Referenzen" Grund zur Annahme, dass die Beschwerdegegnerin nicht über die notwendigen Referenzen verfüge, wobei sie zur Begründung auf ihre Rüge zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verweist (Beschwerde, Rz. 26 ff.).

**10.2** Da sich die Rüge, der Beschwerdegegnerin seien die Referenzprojekte unter EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht zurechenbar, als prima facie offensichtlich unbegründet erweist (vgl. E. 7.5 hiervor), besteht auch keine Grundlage für die gegen die Punktevergabe unter ZK03 "Qualität der Referenzen" gerichtete Rüge, womit sich auch diese (in Bezug auf die eigentliche Bewertung ansonsten nicht substantiierte) Rüge als prima facie offensichtlich unbegründet erweist (vgl. auch E. 8.3 hiervor).

## **11.**

**11.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Bewertung unter ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" sei nicht vergaberechtskonform. Es sei gegenüber der Vergabestelle offen gelegt worden, dass die Beschwerdeführerin nach Erhalt des Zuschlags die Zertifizierung nach dem Standard SA2008:2014 umsetzen werde mit dem Ziel, die Zertifizierung innert sechs Monaten nach Vertragsunterzeichnung zu erhalten (Beschwerde, Rz. 31).

## **11.2**

**11.2.1** Zur Beurteilung der Rüge sind vorab die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen wiederzugeben. Die Ausschreibung enthält unter Ziffer 2.10 das Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" mit der Gewichtung "2". Die Ausschreibungsbedingungen konkretisieren das ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" und verlangen das Folgende (Ausschreibungsbedingungen, S. 15, Auszug):

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
<b>ZK5</b>	Einhaltung des Sozial- und Verhaltens-Kodex (beispielsweise amfori BSCI gemäss Beilage)	Unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.)	2%	10

**11.2.2** Diesem Bewertungsschema lag folgende Taxonomie zugrunde (Ausschreibungsbedingungen, S. 19):

Note 5	Bereits implementierter Sozial- und Verhaltenskodex auf gutem Niveau (z.B. amfori BSCI Auditresultat A oder B)
Note 3	Bereits implementierter Sozial- und Verhaltenskodex jedoch noch nicht auf gutem Niveau implementiert (Auditresultat C oder tiefer bei amfori BSCI oder gleichwertiger Standard)
Note 1	Unterschriebene Umsetzungsbedingungen als Akzeptanz des Sozial- und Verhaltenskodexes
Note 0	Ablehnung oder keine Angaben bezüglich Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex (amfori BSCI oder gleichwertiger Standard)

Die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung ergibt die Punktzahl für das ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" (Ausschreibungsbedingungen, S. 19).

### 11.3

**11.3.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung der Vergabestelle unter ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex". Sie bringt vor,

entgegen der Beurteilung der Vergabestelle habe sie mindestens sechs Punkte unter dem ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" erhalten sollen. Sie begründet dies damit, die Ausschreibung liesse den Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb zu (z.B. SA8000). Diesen Nachweis habe die Beschwerdeführerin mit der Bestätigung im Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" erbracht. Dies gelte erst recht, wenn auch die ISO Zertifizierungen aufgrund der Bestätigung der Beschwerdeführerin im ebenfalls eingereichten Dokument "EK07-Qualitätsmanagement V1.0" akzeptiert würden. Mit dem Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" bestätige sie auf Seite 4 zum Abgabetermin der Ausschreibung, dass die beschriebenen Grundsätze eingehalten würden. Sie habe das Dokument "A01 Sozialkodex SA800 V1.0" rechtzeitig zusammen mit den übrigen Angebots-Unterlagen eingereicht (Beschwerde, Rz. 31).

**11.3.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle keine stichhaltigen Angaben über die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex gemäss ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" gemacht. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Dokument trage zwar den Titel "Sozial- und Verhaltenskodex", ein materieller Nachweis finde sich jedoch nicht. Bereits die dem Angebot beiliegende Unterlage zeige keine Unterschrift und keinen formellen Nachweis. Die Beschwerdeführerin beteuere lediglich, dass sie die Zertifizierung umsetzen wolle. Dies zeige zugleich, dass sie die Zertifizierung im Zeitpunkt der Offerteinreichung noch nicht hatte (Vernehmlassung, Rz. 89 f.).

## **11.4**

**11.4.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdeführerin habe die Voraussetzungen des ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" erfüllt, sind vorab die einschlägigen Elemente der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen wiederzugeben. In der Ausschreibung wird unter Ziffer 2.10 das Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" aufgeführt. Gemäss Ausschreibungsbedingungen wird für die Note 1 folgende Anforderung an den Kodex gestellt (S. 15):

"[...] Unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.)."

Auch für die Punktevergabe unter der Note 1 werden "[u]nterschiedene Umsetzungsbedingungen als Akzeptanz des Sozial- und Verhaltenskodexes" gefordert. Namentlich der Vergleich zur Note 3 und zur Note 5, die einen implementierten Standard verlangen, könnte darauf hindeuten, dass für die Note 1, bei der keine Anmerkung zur Implementierung angebracht wird, noch keine Umsetzung erforderlich ist.

**11.4.2** Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Angebot das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" eingereicht (Vorakte 6 "Angebote", "Einsichtsrecht Beilagen", "Nachweise Zertifikate"). Im Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" legt sie dar, der Standard SA8000:2014 (Internationaler Standard zur sozialen Verantwortung) decke die soziale Verantwortung bei der Herstellung von Produkten sowie auch die Ausführung von Dienstleistungen ab. Ferner wird festgehalten, die XBCD bestätige zum Abgabetermin der Ausschreibung, dass diese beschriebenen Grundsätze eingehalten werden. Dem Dokument ist schliesslich zu entnehmen, die X. \_\_\_\_\_ werde nach Erhalt des Zuschlags die Umsetzung starten. Zudem ist der "SA8000 – Internationaler Standard zur sozialen Verantwortung von Social Accountability International vom Juni 2014" beigelegt (Vorakte 6 "Angebote", "Einsichtsrecht Beilagen", "Nachweis Zertifikate"). Dabei ist im Folgenden von der Prämisse auszugehen, dass die Auftraggeberin den Standard SA8000:2014 als mit einer Mitgliedschaft bei amfori BSCI gleichwertig beurteilt hat.

**11.4.3** Da seitens der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nur eine Zusicherung vorliegt, für den Erhalt des Zuschlags die Bedingungen einzuhalten bzw. die Zertifizierung anzustrengen, ist prima facie offensichtlich, dass ihr Angebot weder mit der Note 5 noch mit der Note 3 bewertet werden kann. Unabhängig von der Frage, ob diesbezüglich bereits Audit-Resultate vorliegen müssen (vgl. dazu Vernehmlassung, Rz. 89), ergibt sich jedenfalls klar, dass die Vergabestelle für die Vergabe von 3 oder 5 Punkten e maiore ad minus jedenfalls für die Anbietenden erkennbar erwartet, dass der entsprechende Nachweis bei Einreichung der Offerte bereits vorliegt. Damit bleibt im vorliegenden Zusammenhang lediglich zu beurteilen, ob **unterschiedene Umsetzungsbedingungen** vorliegen, so wie dies die Ausschreibungsbedingungen (S. 15) fordern. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" Teil des Angebots bildet. Im Dokument A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nach Erhalt des Zuschlags mit der Umsetzung des Standards SA8000:2014 beginne. Damit könnte die Rüge, wonach damit eine "unterschiedene Umsetzungsbedingung als Akzeptanz

des Sozial- und Verhaltenskodexes" gemäss der Note 1 der Taxonomie von ZK03 (Ausschreibungsbedingungen, S. 19) vorliege, als prima facie nicht offensichtlich unbegründet erscheinen. Dadurch könnten der Beschwerdeführerin indessen höchstens 2 Punkte mehr zuerkannt werden. Eine Bewertungsrüge kann indessen nur erfolgreich sein, wenn sie dazu führt, dass sich die Rangfolge zugunsten der betroffenen Anbieterin ändert, wovon im vorliegenden Fall keine Rede sein kann (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 7.3.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II).

## 12.

**12.1** Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls nicht bereits mit der Begründung abzuweisen ist, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Namentlich ist nicht so klar, wie das die Vergabestelle behauptet, dass die XBCD gegenüber der Auftraggeberin als ARGE aufgetreten ist und damit nur gemeinsam Beschwerde führen kann (vgl. E. 5.4 hiervor). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind prima facie erfüllt. Die Rüge der Beschwerdeführerin, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, weil der Beschwerdeführerin der (aufgeschlüsselte) Zuschlagspreis der Zuschlagsempfängerin und derjenige der weiteren Anbieterinnen nicht offengelegt wurde, ist zwar prima facie nicht offensichtlich unbegründet, kann aber allein nicht zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen (vgl. E. 6 hiervor). Des Weiteren erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01 nicht, weil das angegebene Referenzprojekt der Beschwerdegegnerin nicht zurechenbar sei, als prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 7, insb. E. 7.9.5 f. hiervor). Das Gericht ist insbesondere mit Blick auf den engen Anbietermarkt und die besondere Situation im Projekt zum Schluss gekommen, dass es offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle gestanden hat, das Projekt Ceneri-Basistunnel der D.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen (E. 7.7 ff.). Ausserdem erweist sich auch die Rüge, das ZK01 "Evaluationspreis" sei falsch bewertet worden, weil der Beschaffungspreis und die SBB-Kosten nicht hätten separat bewertet werden dürfen, ist mit Blick auf die systematische Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen als prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 9.6 und 9.6.5 hiervor). Weiter ist die Rüge, die Beschwerdegegnerin hätte unter dem ZK03 weniger Punkte erhalten müssen, prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 7.9.4.7 hiervor). Die Rüge der Beschwerdeführerin, sie habe unter der Bewertung nach ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" eine

höhere Punktzahl erhalten müssen, könnte dagegen prima facie teilweise begründet sein. Indessen ist ihr Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls prima facie offensichtlich unbegründet, weil die Gesamtrechnung ergibt, dass die Beschwerdeführerin selbst bei erneuter Punktevergabe gesamthaft weniger Punkte erreicht als die Beschwerdegegnerin (vgl. E. 11.4 hiervor). Die Beschwerde erweist sich demnach als prima facie offensichtlich unbegründet.

**12.2** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss (vgl. E. 3.3. hiervor). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht den entsprechenden Argumenten der Vergabestelle im Rahmen der Vorabbezugsbewilligung bzw. der diese beinhaltenden Zwischenverfügung vom 6. April 2022 Rechnung getragen hat. Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen der Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2021 betreffend das Unterbleiben aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin, dahin.

### **13.**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden (Beschwerde, Antrag Nr. 8). 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. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise mit Schwärzungen, zugestellt wurden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des BVGer 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.

**14.**

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

**15.**

Dieser Zwischenentscheid ergeht am gleichen Tag wie der Zwischenentscheid im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5488/2021. Mit Blick auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin wird der Beschwerdeführerin der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen nur im Dispositiv zugestellt und nach erfolgter Bereinigung begründet eröffnet, was wiederum die Beschwerdefrist auslöst.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

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

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichts Antrag der Beschwerdeführerin wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

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

**3.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**4.**

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

**5.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

**6.**

Der Beschwerdeführerin wird der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen lediglich im Dispositiv eröffnet.

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 Dispositiv: 3. August 2022

Versand begründeter Entscheid: 8. August 2022