

BVGer B-1486/2022 vom 13. Juli 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1486_2022

FR: TAF B-1486/2022 du 13 juillet 2022

IT: TAF B-1486/2022 del 13 luglio 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 31. Januar 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtsätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB).

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

E. 1.3

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 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.

E. 1.3.1

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 (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Die Vergabestelle befindet sich zu 50.05% im Eigentum des Bundes. Damit handelt es sich bei ihr um 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).

E. 1.3.2

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 und 2.1 der Ausschreibung von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Die Einstufung als Bauauftrag in diesem Sinn scheint daher zutreffend. Das aBöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8 Millionen Franken erreicht (Art. 2a Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 2a Abs. 3 Bst. d aVöB). Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 66'068'585.55 (ohne MWST) ist der Schwellenwert für Bauwerke von 8 Mio. Fr. zweifelsfrei überschritten.

E. 1.3.3

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.4

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

E. 1.5

Die Vergabestelle macht geltend, die Beschwerdeführerinnen vermöchten nicht darzulegen, dass sie bei einem Durchdringen mit ihren Rügen den Zuschlag erhalten würden. Dies insbesondere deshalb, weil sie in der Bewertung der Angebote nur den vierten Platz erreicht hätten und keine Gründe aufzeigen könnten, warum sie die Y._____ AG und die zweit- und drittplatzierten Mitbewerberinnen überholen könnten oder diese auszuschliessen wären. Die Legitimation der Beschwerdeführerinnen sei daher zu verneinen und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

E. 1.5.1

Das aBöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1296).

E. 1.5.2

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

E. 1.5.3

Die Beschwerdeführerinnen sind formell beschwert, denn sie haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie sind durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihnen erteilt wurde.

E. 1.5.4

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 unterlegene, beschwerdeführende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"). Beantragt der beschwerdeführende Anbieter nicht nur die Aufhebung des Zuschlags, sondern des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags, und würde ihm dies die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, so gilt sein Interesse als schutzwürdig (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; Zwischenverfügung des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 5.4.4.2 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder").

E. 1.5.5

Vorliegend rügen die Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung enthalte zahlreiche und so wesentliche Mängel, dass das Projekt nicht wie ausgeschrieben realisiert werden könne. Mit den in ihrer Unternehmervariante vorgesehenen Anpassungen am Projekt und in der Ausführung seien die konzeptionellen Fehler der Amtslösung ausgebügelt worden. Der Ausschluss ihrer Unternehmervariante sei zu Unrecht erfolgt. Da ihre Unternehmervariante das wirtschaftlich günstigste Angebot darstelle, sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei das Verfahren wegen der wesentlichen Mängel der Ausschreibung abzubrechen und das Projekt sei neu auszuschreiben. Der unter Berücksichtigung der nachofferierten Optionen überarbeitete Preis der Unternehmerofferte der Beschwerdeführerinnen ist günstiger als die Angebote der übrigen Anbieter. Würde die Unternehmervariante nicht ausgeschlossen, sondern mit diesem Preis in die Bewertung

einbezogen, so wäre sie im ersten Rang zu platzieren und die Beschwerdeführerinnen hätten eine reelle Chance darauf, den Zuschlag zu erhalten. Auch wenn das Gericht lediglich der Eventualargumentation der Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung habe so viele und so gravierende Mängel aufgewiesen, dass das Verfahren abubrechen und das Projekt neu auszuschreiben sei, folgen würde, würde dies den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, was praxisgemäss für die Legitimation ausreicht.

E. 1.6

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen haben sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.7

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Die Y. _____ AG hatte mit Eingabe vom 12. Januar 2021 ausdrücklich darauf verzichtet, im Beschwerdeverfahren der ARGE R. _____ als Beschwerdegegnerin teilzunehmen. Mit Eingabe vom 16. Juni 2022 stellt sie erstmals materielle Rechtsbegehren, was die Frage aufwirft, ob sie, obwohl sie dies nicht ausdrücklich verlangt, sich damit implizit als Beschwerdegegnerin konstituiert oder als solche zu behandeln ist. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es gebe keine Grundlage dafür, auf den Verzicht der Y. _____ AG, am Verfahren teilzunehmen, zurückzukommen. Die Rechtsprechung hatte bisher, soweit ersichtlich, noch nie zu entscheiden, ob ein Zuschlagsempfänger, der ausdrücklich darauf verzichtet hat, am Beschwerdeverfahren eines anderen Anbieters als Beschwerdegegner teilzunehmen, auf diesen Entscheid beliebig zurückkommen und sich in einem späteren Verfahrensstadium doch noch als Beschwerdegegner konstituieren und materielle Anträge stellen kann beziehungsweise welche Auswirkungen dies hätte, falls ein Zuschlagsempfänger in einem derart späten Verfahrensstadium noch als Beschwerdegegner in das Verfahren eintreten könnte. Im vorliegenden Fall können diese Fragen indessen offengelassen werden. Wie dargelegt, hatte die Y. _____ AG mit Eingabe vom 12. Januar 2021 ausdrücklich darauf verzichtet, im Beschwerdeverfahren der ARGE R. _____ als Beschwerdegegnerin teilzunehmen, weshalb sie in der Folge weder in die weiteren Rechtsschriften der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle noch in die Beilagen zu diesen Rechtsschriften oder die Vergabeakten Einsicht erhielt. Nachdem das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_399/2021, 2C_427/2021 und 2C_565/2021 verlangt hat, es sei auch den anderen beschwerdeführenden Anbieterinnen die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den Rechtsstandpunkten der betreffenden Konkurrentin zu äussern, erhielt auch die Y. _____ AG Gelegenheit, zu sämtlichen Rechtsschriften der ARGE R. _____ Stellung zu nehmen. Einen Anspruch auf Einsicht in Beilagen und die Vergabeakten, soweit ihr diese nicht ohnehin bereits bekannt sind, insbesondere in die Offerte der ARGE R. _____, hätte sie allerdings auch dann nicht gehabt, denn das Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten, weshalb praxisgemäss kein Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten besteht (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Zwischenentscheid des

BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2 m.H. "Privatisierung Alcosuisse"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1364). Nicht zugestellt wurden der Y._____ AG indessen die in den Verfahren B-5064/2020 und B-6366/2020 eingereichten Rechtsschriften der Vergabestelle, welche sie, wenn sie sich damals als Beschwerdegegnerin konstituiert hätte, ebenfalls erhalten hätte. Da das vorliegende Verfahren, wie noch darzulegen sein wird, ohnehin entsprechend den materiellen Anträgen der Y._____ AG zu entscheiden ist, kann die Frage offengelassen werden, ob sie in diesem späten Verfahrensstadium noch einen Anspruch auf Akteneinsicht nachholen könnte. Eine andere Konsequenz der Parteistellung ist, dass die betreffende Partei ein Kostenrisiko im Fall eines Unterliegens trägt beziehungsweise im Obsiegsfall Anspruch auf Parteientschädigung haben kann. Wie es sich damit verhält, kann im vorliegenden Fall ebenfalls offengelassen werden, da die Y._____ AG, wie noch darzulegen sein wird, aus anderen Gründen keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (vgl. E. 10 hienach). Ob einem Zuschlagsempfänger das Urteil eröffnet wird, hängt nicht davon ab, ob oder wann er sich als Beschwerdegegner konstituiert hat, denn auch wenn er trotz entsprechender Einladung des Gerichts nicht am Beschwerdeverfahren eines anderen Anbieters teilgenommen hat, bleibt ein Zuschlagsempfänger bei entsprechendem Ausgang des Beschwerdeverfahrens legitimiert, das Urteil beim Bundesgericht anzufechten (vgl. Urteil des BGer 2C_1021/2016, 2D_39/2016 vom 18. Juli 2017 E. 3.2). Aus diesem Grund werden Urteile des Bundesverwaltungsgerichts dem betreffenden Zuschlagsempfänger auch dann eröffnet, wenn er darauf verzichtet hat, am Verfahren teilzunehmen. Im Ergebnis kann die Frage, ob die Y._____ AG durch ihre nunmehr gestellten materiellen Rechtsbegehren implizit auf ihren früheren Verzicht zurückkommen und als Beschwerdegegnerin einzustufen ist, offengelassen werden, da sie keine relevanten Auswirkungen auf die Parteirechte der Y._____ AG oder das Ergebnis dieses Verfahrens hätte. Die Bietergemeinschaft X._____ hat sich zwar zu den Rechtsschriften der ARGE R._____ geäußert, aber weder eine Teilnahme am Verfahren verlangt noch Rechtsbegehren gestellt.

E. 3

In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen vorab eine Verletzung des Transparenzgebots, des Grundsatzes von Treu und Glauben und des rechtlichen Gehörs. Die im Vergaberecht vorgesehenen Einschränkungen des rechtlichen Gehörs, des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Transparenzgebots seien in den knappen zeitlichen Verhältnissen im Vergabeverfahren begründet. Diese Ausnahmen könnten aber nur so lange gelten, als Gründe dafür bestünden. Diese hätten beim zweiten Zuschlagsentscheid nicht mehr vorgelegen, denn der Widerruf des Zuschlagsentscheids sei erfolgt, um letzteren technisch und rechtlich zu überprüfen. Die Vergabestelle wäre daher aufgrund des technischen Berichts (Expertenbericht vom 18. November 2020, im Folgenden: Expertenbericht I) dazu in der Lage gewesen, ihren zweiten Zuschlagsentscheid in einer Weise zu begründen, die den Anforderungen an die Begründungspflicht genügt hätte. Dass sie diesen Bericht vor dem zweiten Zuschlagsentscheid nicht zur Stellungnahme herausgegeben habe, verletze daher das rechtliche Gehör und das Transparenzgebot. Auch lasse sich mit Treu und Glauben nicht vereinbaren, dass die Vergabestelle mit Verweis auf den nicht offengelegten Bericht von den Beschwerdeführerinnen verlangt habe, gegen Erstattung der Anwaltskosten die Beschwerde zurückzuziehen und auf eine weitere Beschwerde zu verzichten. Das Bundesverwaltungsgericht habe die "Schutzschrift" den Beschwerdeführerinnen zwar noch zugestellt, aber erst eine Woche vor Ablauf der Beschwerdefrist. Diese sei damit in unzulässiger Weise verkürzt worden. Die Schutzschrift

sei daher aus dem Recht zu weisen.

E. 3.1

Im öffentlichen Beschaffungswesen bestimmt das aBöB, dass der Zuschlag durch summarisch begründete Verfügungen eröffnet werden kann (Art. 23 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 29 aBöB). Demgegenüber muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen auf Gesuch hin - unter anderem - die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 2 Bst. d aBöB) und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (Art. 23 Abs. 2 Bst. e aBöB) umgehend bekanntgeben. Die Anforderungen an die summarische Begründungspflicht gemäss Art. 23 Abs. 1 aBöB sind nach der Praxis nicht sehr hoch (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243). Die Vergabestelle hat sodann die Wahl, ob sie von Anfang an die Informationen nach Art. 23 Abs. 2 aBöB als Begründung mitliefern oder erst ein entsprechendes Gesuch abwarten will (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1244; GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 951, 1194).

E. 3.2

Warum diese Grundsätze im vorliegenden Fall nicht gelten sollten, nur weil die Vergabestelle vor dem zweiten Zuschlag einen technischen Bericht eingeholt hatte, ist nicht nachvollziehbar. Es dürfte in den meisten Beschaffungen der Normalfall sein, dass eine Vergabestelle über interne Evaluationsdokumente verfügt, die ausführlicher sind als die in Art. 23 Abs. 2 Bst. d und Art. 23 Abs. 2 Bst. e aBöB aufgeführten Mindestinformationen und damit eine ausführlichere Begründung ermöglichen würden. Insofern ist nicht ersichtlich, warum der vorliegende Fall eine Ausnahme sein sollte.

E. 3.3

Die Begründung der angefochtenen Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 selbst genügt zwar diesen Minimalanforderungen offensichtlich nicht, wird darin doch lediglich ausgeführt, das Angebot der Y._____ AG sei das wirtschaftlich günstigste. Unbestritten ist jedoch, dass die Beschwerdeführerinnen in der Folge weder eine weitere Begründung noch ein Debriefing verlangt haben. Ferner stellte ihnen das Bundesverwaltungsgericht den Expertenbericht I und die vorsorgliche Beschwerdeantwort der Vergabestelle vom 3. Dezember 2020 bereits mit Verfügungen vom 2. Dezember 2020 beziehungsweise 10. Dezember 2020 im ersten Beschwerdeverfahren B-5064/2020 zu. Die Beschwerdeführerinnen verhalten sich nicht nur offensichtlich widersprüchlich, sondern geradezu treuwidrig, wenn sie einerseits kein Debriefing verlangt haben und beantragen, die vorsorgliche Beschwerdeantwort, die eine ausführliche Begründung enthält, sei aus dem Recht zu weisen, während sie gleichzeitig eine mangelhafte Begründung rügen.

E. 3.4

Die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Rüge, die Vergabestelle habe ihre Begründungspflicht verletzt, erweist sich daher als unbegründet.

E. 4

Auch in ihrer Beschwerde an das Bundesgericht hatten die Beschwerdeführerinnen gerügt, das Bundesverwaltungsgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Dies, weil es ihnen keine Gelegenheit gegeben habe, sich zur Beschwerde der Bietergemeinschaft X._____ in deren Parallelverfahren und deren Angebot zu äussern. Das Bundesgericht folgte in seinem Urteil 2C_399/2021, 2C_427/2021 und 2C_565/2021 vom 28. Februar

2022 dieser Argumentation, so dass das Bundesverwaltungsgericht in der Folge den Beschwerdeführerinnen das rechtliche Gehör zu den Rechtsschriften der Bietergemeinschaft X. _____ im Parallelverfahren B-4991/2020 gewährte. Es fällt auf, dass die Beschwerdeführerinnen daraufhin lediglich ausführten, ob die Y. _____ AG den zulässigen Subunternehmeranteil überschritten habe oder nicht - die Hauptstreitfrage in den Parallelverfahren B-4991/2020 und B-1483/2022 - sei gar nicht entscheidrelevant, und sich ansonsten nicht weiter zu den in den Parallelverfahren aufgeworfenen Fragen äusserten.

E. 5

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zum Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen oder zum Abbruch des Verfahrens führen müssten. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial. Die Vergabestelle begründet den Ausschluss der Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen damit, dass der Vorschlag der Beschwerdeführerinnen erhebliche Unklarheiten und Risiken enthalte. Die ausgeschriebene Amtsvariante berücksichtige den zeitlichen Abstand zwischen Erstellungszeitpunkt des Berichts zum Tunnelzustand und der Submission und berücksichtige entsprechend Risikopuffer. Demgegenüber stütze sich die Variante auf die Angaben im Bericht ohne Risikopuffer und auf eigene Einschätzung der Beschwerdeführerinnen. Sodann würden die Beschwerdeführerinnen in einem Abschnitt von 449m, der gemäss Amtsvariante nach dem Typ G2 zu sanieren sei, diese Massnahme als nicht ausreichend einschätzen und dort den Typ G4 empfehlen, ohne die entsprechenden Kosten aber im Angebotspreis einzurechnen. Diese Kosten von rund 10 Mio. Fr. würden lediglich als "Option" offeriert. Andererseits seien in der Unternehmervariante Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15,8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis eliminiert und im Gesamtangebot finanziell nicht berücksichtigt worden. Mit dem Nachreichen der verlangten Optionen sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen nochmals überarbeitet worden, woraus ein deutlich tieferer Angebotspreis resultiert habe. Dies sei nach Auffassung der Vergabestelle aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig. Hätte sie sich für diese Unternehmervariante entscheiden wollen, wäre aufgrund der erheblichen Differenzen zwischen Auflageprojekt und Unternehmervariante eine erneute Plangenehmigung des BAV erforderlich gewesen. Die Beschwerdeführerinnen machen dagegen geltend, die Ausschreibungsunterlagen liessen Varianten ausdrücklich zu, sofern sie zusätzlich zur Amtslösung angeboten und als separates vollständiges Dossier eingereicht würden, es sich nicht ausschliesslich um unterschiedliche Preisarten handle und weder zu einer Untererfüllung noch zu einer Übererfüllung der Projektanforderungen führen würden. Die eingereichte Unternehmervariante erfülle diese Voraussetzungen. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial. Die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Voraussetzungen auf. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. Zudem weise die Amtslösung die geplanten Massnahmen falschen Bereichen im Tunnel zu. Die in der Unternehmervariante vorgesehenen Anpassungen am Projekt und in der Ausführung hätten ausschliesslich den Zweck, das Ziel der vollständigen Sanierung nach dem Stand der Technik mit einer technisch ausgereiften und günstigeren Lösung zu erreichen. In der Variante seien die konzeptionellen Fehler der Amtslösung

ausgebügelt. Der Vorwurf der Vergabestelle, die in der Unternehmervariante als notwendig erachteten Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 seien nicht in den ursprünglichen Angebotspreis eingerechnet worden, sei nicht nachvollziehbar, denn wenn die Variante doppelt so viele Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des teuren Typs G4 wie die Amtslösung vorgesehen hätte, wäre die Vergleichbarkeit gerade nicht gegeben gewesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher die im Vergleich zur Amtslösung zusätzlichen Massnahmen transparent in der Risikomatrix ausgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen erachten auch den Vorwurf der Vergabestelle, die Unternehmervariante enthalte keine Risikopuffer, als unbegründet, und werfen der Vergabestelle ihrerseits Projektfehler vor.

E. 5.1

Es ist unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen darin verlangte Leistungen reduziert haben. So führten beispielsweise die von der Vergabestelle zugezogenen Experten in ihrem Expertenbericht vom 13. Januar 2021 (im Folgenden: Expertenbericht II) aus: "Während mit G2 bei der Amtslösung über weite Strecken ein neues zusätzliches Tragelement (Betontragrippen mit Gitterträger im Abstand von 3 m) eingeführt wird, ist dieses bei der Unternehmervariante nicht vorhanden. Das Weglassen bzw. die Reduktion dieser Gewölbeverstärkungen (Amtslösung: G2) auf mehr als einem Kilometer Tunnellänge stellen einen geringeren Erfüllungsgrad in Bezug auf den geforderten Ausbauwiderstand dar. Die stattdessen von der ARGE R. _____ in der UN-Var. eingeführten G1a- und G1b-Massnahmen vermögen hinsichtlich Tragfähigkeit die G2-Massnahme nicht zu kompensieren (geringere Spritzbetonstärke, keine Verstärkungsrippen, keine Gitterträger) und stellen somit eine Untererfüllung dar. Die Gleichwertigkeit zur Amtslösung ist nicht gegeben." (Expertenbericht II, S. 42) Diese Beurteilung ist nachvollziehbar und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht konkret bestritten. Sie verteidigen ihre Lösung diesbezüglich lediglich damit, dass und warum ihrer Meinung nach in diesem Bereich Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 gar nicht erforderlich, sondern sogar kontraindiziert seien. Dieses Argument ändert indessen nichts daran, dass die Massnahmen von Typ G2 für diesen Tunnelabschnitt in den Ausschreibungsunterlagen konkret verlangt waren und aufwendiger sind als die von den Beschwerdeführerinnen stattdessen vorgesehenen Massnahmen von verschiedenen Unterkategorien des Typs G1. Die Vergabestelle macht geltend, in der Unternehmervariante seien Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15,8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis und in der Folge in der Preisberechnung eliminiert worden. Aber auch die Beschwerdeführerinnen führen selbst ausdrücklich aus, aufgrund ihrer Korrektur der "Ausmassfehler" der Vergabestelle hätten sie eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offerieren können. Es ist insofern unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen in den Ausschreibungsunterlagen verlangte beziehungsweise im Vorausmass angenommene und damit für die Berechnung eines vergleichbaren Angebotspreises vorgegebene Leistungen reduziert haben. Die von den Beschwerdeführerinnen empfohlene Erhöhung der Menge der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 ist dagegen in den Preis ihrer Unternehmervariante nicht eingerechnet.

E. 5.2

Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt. Mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38 E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich auch für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid B-822/2010 E. 4.2 f. "Rohre für Kühlwasser" m.H.) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 aBöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, Baurecht 2001, S. 65).

E. 5.3

Welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen an welchen Stellen des Tunnels zweckmässig sind, ob das geplante Projekt dem Stand der Technik entspricht und ob die finanziellen Risiken sich in einem annehmbaren Rahmen halten, sind derartige Fragen, deren Beantwortung im Ermessen der Vergabestelle liegt, denn es ist grundsätzlich an ihr zu beurteilen, ob der Beschaffungsgegenstand ihren Bedürfnissen entspricht oder nicht, und ihn entsprechend zu definieren. Ob die Beschwerdeführerinnen für die Leistungsreduktion in ihrer Unternehmervariante überzeugende technische Gründe vorbringen können oder nicht, ist daher nicht entscheidend. Die Beschwerdeführerinnen haben daher keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Vergabestelle eine Variante mit wesentlich reduzierten Leistungen in die Evaluation einbezieht, selbst wenn die reduzierte Variante technisch zweckmässiger wäre als die ausgeschriebene Amtslösung.

E. 5.4

Hinzu kommt, dass eine derart grosse Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen einen direkten Vergleich des Angebotspreises der Unternehmervariante mit demjenigen der Amtslösungen der anderen Anbieter erheblich erschweren, wenn nicht gar verunmöglichen würde. Um dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieter zu genügen, müsste der Angebotspreis der Unternehmervariante im Kontext eines Vergleiches mit den anderen Angeboten entsprechend korrigiert werden. Nach Auffassung der Vergabestelle wäre dies im konkreten Fall sehr aufwendig, da sie die einzelnen Abweichungen bei den Mengenänderungen im Leistungsverzeichnis der Unternehmervariante mit dem Leistungsverzeichnis der Amtsvariante vergleichen und analysieren müsste. Angesichts des dargelegten grossen Umfangs der Leistungsreduktion ist aber offensichtlich, dass eine entsprechende Korrektur zur Folge hätte, dass die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen bei der Bewertung des Angebotspreises so viele Punkte verlieren würde, dass sie letztlich nicht wirtschaftlich günstiger wäre als die in den ersten beiden Rängen eingestufteten Konkurrenzangebote.

E. 5.5

Die Rüge, die Vergabestelle habe die Unternehmervariante zu Unrecht ausgeschlossen, erweist sich daher als unbegründet.

E. 6

Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vergabestelle die Anbieter eingeladen habe, vier zusätzliche Optionen anzubieten, darunter auch eine Option mit einer Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und eine Option, welche eine Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400m vom Typ G2 zum Typ G4 vorgesehen habe, sei unzulässig gewesen. Es sei unzutreffend, dass mit diesen Optionen lediglich das Mengengerüst geändert worden sei und dass die Preisanpassungen auf der Grundlage der für den Amtsvorschlag offerierten Einheitspreise ermittelt werden könnten. Eine der Optionen beinhalte eine Verlängerung der Bauzeit, was sowohl Mehrkosten als auch eine Optimierung der Bauabläufe erfordere. Die Optionen stellten daher eine unzulässige wesentliche Projektänderung dar.

E. 6.1

Mängel im Ablauf eines Vergabeverfahrens sind nur dann beachtlich, wenn sie die Zuschlagserteilung kausal beeinflusst haben oder beeinflussen könnten (Urteile des BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E.5.5.3.5 "Einstöckige Standardtriebzüge" und B-4009/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.7.4 "Zelttuch"; Zwischenentscheide des BVGer B-3553/2019 vom 24. September 2019 E. 5.2 "Winterdienste für die Logistikkbasis der Armee"; B-6997/2018 vom 30. April 2019 E. 5.3 "BIT Integration Services"; BVGE 2016/19 E. 6.3.2 "infrastructures thermiques Lausanne").

E. 6.2

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass die beiden Angebote der Beschwerdeführerinnen anlässlich der ersten Offertöffnung, vor dem Einholen der umstrittenen Optionen, in Bezug auf den Preis auf dem dritten und vierten Platz rangierten, während die Offerte der Y._____ AG auf dem ersten und diejenige der Bietergemeinschaft X._____ auf dem zweiten Platz lagen. Bereits vor der Einholung der Optionen war die Preisdifferenz der Amtsvariante der Beschwerdeführerinnen zu diesen beiden Offerten derart hoch, dass sie sogar bei einem Ausschluss des Angebots der Y._____ AG unter dem Kriterium der Wirtschaftlichkeit eine Punktedifferenz von 115 Punkten zur erstrangierten Offerte bewirkt hätte. Ob die Vergabestelle die umstrittenen Optionen eingeholt und mitbewertet hat oder nicht, hatte daher keine Auswirkung darauf, dass die Beschwerdeführerinnen den Zuschlag für ihre Amtsvariante nicht erhielten. Soweit die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich einen Verfahrensfehler der Vergabestelle geltend machen, fehlt es daher an der erforderlichen Kausalität zur Nichtberücksichtigung ihrer Offerte, so dass auf diese Rüge eigentlich gar nicht einzugehen wäre.

E. 7

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und, wenn nicht zum Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen, eventualiter zum Abbruch des Verfahrens führen müssten.

E. 7.1

Das Gesetz äussert sich nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Vergabestelle eine Ausschreibung abbrechen muss. Die Verordnung sieht diesbezüglich lediglich vor, dass die Vergabestelle das Verfahren abbricht, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht (Art. 30 Abs. 1 aVöB). Andere Gründe, welche einen Abbruch rechtfertigen, werden dagegen lediglich als Kann-Vorschrift formuliert, welche die Vergabestelle zu einem Abbruch ermächtigen, aber nicht verpflichten (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 aVöB). Selbst wenn derartige Gründe gegeben sind, steht es daher im Ermessen der Vergabestelle, ob sie das Verfahren abbrechen will oder nicht (BGE 141 II 353 E. 6.3 "Krankenhaus Riviera Chablais"). Nach der Rechtsprechung ist eine Vergabestelle zum Abbruch des Verfahrens nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sofern das ausgeschriebene Projekt wesentlich geändert werden soll. Von einer wesentlichen Projektänderung in diesem Sinn ist in der Regel dann auszugehen, wenn die Modifikation wettbewerbswirksam ist, das heisst, wenn sie als geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu beeinflussen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Modifikation eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten lässt, wenn sie sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkt beziehungsweise deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zieht. Demgegenüber sind nicht wesentliche Leistungsänderungen im laufenden Verfahren erlaubt, sofern die Vergabestelle dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einhält und allen Anbietern Gelegenheit bietet, ihre Offerten entsprechend anzupassen (BGE 143 I 177 E. 2.3.1 "Transportlizenz"; BGE 141 II 353 E. 7.3 "Krankenhaus Riviera Chablais"; Urteile des BVGer B-4704/2021 E. 5.2.2 "Einstöckige Standardtriebzüge" und B-6274/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 4.6 "Airborne Laserscanning swisstopo"; Zwischenentscheid des BVGer B-5108/2019 vom 3. September 2020 E. 4.4.1 "Sonderabfälle"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 809, 829; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, Rz. 251; Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht 1/2002, S. 15). In gleicher Weise wie bei der erstmaligen Festlegung des Beschaffungsgegenstandes (vgl. E. 5.2 hievore) liegt es auch im Ermessen der Vergabestelle darüber zu befinden, ob Anlass für eine Änderung des Projekts besteht oder ob andere sachliche Gründe vorliegen, das Vergabeverfahren im öffentlichen Interesse abzubrechen (BGE 134 II 192 E. 2.3 "INSIEME").

E. 7.2

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. So weise die Amtslösung die geplanten Massnahmen falschen Bereichen im Tunnel zu. Im Gewölbesanierungsbereich G2 sei der Zweck der standardmässigen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen nicht ersichtlich, da das Gewölbe im Bereich G2 nur untergeordnete Mauerwerkschäden aufweise. Diese Injektionen seien sogar technisch kontraproduktiv. Insbesondere aber seien zu wenig Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders aufwendigen Typs G4 ausgeschrieben worden. Die Risikobewertungen und technischen Berichte der Beschwerdeführerinnen zeigten, dass die Vergabestelle nur mit halb so vielen Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders anspruchsvollen und kostenintensiven Typs G4 (Gewölbeerneuerung inkl. Auflager und Erneuerung des Sohlgewölbes) gerechnet habe wie effektiv notwendig seien. Statt der auf einer Länge von 1'550m vorgesehenen Gewölbemassnahmen G2 seien auf circa 400m Massnahmen nach

dem Typ G4 und auf circa 1'150m Massnahmen nach dem Typ G1 erforderlich. Dies werde zu Mehrkosten von mehreren Millionen Franken führen und erfordere zusätzliche Bauzeit, die der Amtsvorschlag nicht zulasse. Der vorgegebene strikte Zeitplan mit zeitlich begrenzter Sperrung des Bahnverkehrs lasse sich nicht einhalten. Die Mängel der Ausschreibung hätten die Vergabestelle veranlasst, nachträglich (nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Eingang der Angebote) vier zusätzliche "Optionen" zu formulieren, darunter eine Bauzeitverlängerung um 12 Wochen, und die Anbieter einzuladen, hierfür eine zusätzliche Offerte einzureichen. Diese nachträglich angefragten Optionen seien rechtlich unzulässig gewesen und sie würden auch nur einen Teil der Mängel beheben.

E. 7.2.1

Welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen an welchen Stellen des Tunnels zweckmässig sind, ob das geplante Projekt dem Stand der Technik entspricht und ob die finanziellen Risiken sich in einem annehmbaren Rahmen halten, sind Fragen, deren Beantwortung im Ermessen der Vergabestelle liegt, denn es ist grundsätzlich an ihr zu beurteilen, ob der Beschaffungsgegenstand ihren Bedürfnissen entspricht oder nicht, und ihn entsprechend zu definieren (vgl. E. 5.3. hievor). Ein Rechtsanspruch eines Anbieters darauf, dass die Vergabestelle ihr Verfahren - entgegen ihrem eigenen Willen - abbrechen müsste, liesse sich nur begründen, wenn aufgezeigt werden könnte, dass das ausgeschriebene Projekt derart mangelhaft wäre, dass die Vergabestelle es notwendigerweise später ändern müsste und diese Änderungen als wesentlich im dargelegten Sinn (vgl. E. 6.1) einzustufen wären. Ob die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Mängel hinreichend belegt und relevant sind, wird daher im Folgenden in diesem Kontext zu prüfen sein.

E. 7.2.2

In dem von der Vergabestelle eingereichten Expertenbericht I werden die Gründe, warum in den Ausschreibungsunterlagen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen im Gewölbesanierungsbereich G2 verlangt worden waren, dargelegt: "Die Hinterfüllung des Mauerwerks stellte vor 100 Jahren die einzig mögliche Ausführung dar, um ein gemauertes Tunnelgewölbe kraftschlüssig im Gebirge zu betten. Die Injektionen sichern und verbessern diese weiterhin erforderliche Randbedingung, z.B. in Zonen, welche Gewölbeschäden verzeichnen. Es geht bei den vorgesehenen Injektionen keinesfalls um eine abdichtende Massnahme. Die Injektionen dienen nur der Sicherstellung und Verbesserung der Gewölbebettung, indem sie in Bauzuständen bei Eingriffen in die bestehende Tragstruktur die Stabilität und Tragsicherheit des Gewölbes durch Erhalt der Bettung sicherstellen (Verhinderung Herausfallen von Mauerwerkssteinen, Stabilisierung des Gelenktragringes), aber auch längerfristig die Bettung erhalten oder verbessern. Wir erachten zu diesem Zweck diese Injektionen, wir würden präziser von Verfestigungs- oder Stabilisierungsinjektionen sprechen (Verfestigung des Lockermaterials der Hinterfüllung), für erforderlich, um örtliche Niederbrüche, oder gar ein Gewölbeversagen zu verhindern und damit nicht zuletzt auch die Arbeitssicherheit zu gewährleisten." (Expertenbericht I, S. 26) Zur Frage der Vorausmasse wird im Bericht ausgeführt: "Die Vorausmasse wurden nach Angabe des Projektverfassers risikobasiert und konservativ ermittelt, womit der Eindruck von Ausmass- oder Bauherren-reserven entstehen könnte. Faktisch dienen sie aber der Abdeckung der üblichen Unsicherheiten bei Instandsetzungsprojekten (Bauen im Bestand) resp. der noch verbleibenden Unbekannten bezüglich des Zustandes resp. der erst beim Bauen feststellbaren Erkenntnisse und Aufschlüsse des Gewölbes (Mauerwerksgefüge, Steine), der

Hinterfüllung und der Geologie." (Expertenbericht I, S. 27)

E. 7.2.3

Die Vergabestelle hat damit nachvollziehbar dargelegt, dass sie in diesen Punkten aus sachlichen Gründen entsprechende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt hat. Ob diese Massnahmen technisch die zweckdienlichsten sind, kann offengelassen werden, da jedenfalls kein Anlass ersichtlich ist, um der Vergabestelle vorzuwerfen, sie habe das ihr zustehende Ermessen ohne sachliche Gründe und damit rechtsfehlerhaft ausgeübt.

E. 7.2.4

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Einreichung ihres Angebots für die Amtslösung ausdrücklich bestätigten, "im Falle eines positiven Zuschlagentscheides den Auftrag mit den angegebenen Ressourcen fristgerecht und nach aktuellem Stand der Technik erfüllen zu können". Bei der Darstellung der aus ihrer Sicht bestehenden Risiken führten sie aus, es bestehe das Risiko, dass das Wasser aus Quellen mit der vorgesehenen Entwässerung nicht vollständig erfasst und die angenommenen Leistungen für einzelne Arbeitsgänge nicht erreicht werden könnten. Auch könnte das Sohlgewölbe sich in Teilabschnitten anders darstellen als dies in den vorliegenden Bestandsplänen ausgewiesen sei. Beide Risiken hätten eine Eintretenswahrscheinlichkeit von je 50%. Eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 50% ist klarerweise nicht so hoch, als dass sie die Folgerung erlauben würde, es stehe bereits fest, dass die Vergabestelle ihr Projekt aus diesem Grund notwendigerweise in wesentlichem Ausmass später ändern müsse. Ob die erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Kritik allenfalls verwirkt ist, weil die Beschwerdeführerinnen nach Treu und Glauben gehalten gewesen wären, derartige Einwände bereits vor, oder jedenfalls anlässlich ihrer Offerteingabe gegenüber der Vergabestelle vorzubringen, so dass diese darauf hätte reagieren und die Ausschreibungsunterlagen entsprechend hätte anpassen können, kann vorliegend offengelassen werden. Wenn die Beschwerdeführerinnen nun aber erstmals in ihrer Beschwerde geltend machen, das ausgeschriebene Projekt sei derart mangelhaft, dass es objektiv gar nicht möglich sei, den Tunnel so zu sanieren, nachdem sie in ihrer Offerte zum Amtsvorschlag noch ausdrücklich versichert hatten, im Falle eines positiven Zuschlagentscheides könnten sie den Auftrag fristgerecht und nach aktuellem Stand der Technik erfüllen, dann beeinträchtigt dieses venire contra factum proprium die Glaubwürdigkeit ihrer nunmehrigen Behauptungen in relevanter Weise.

E. 7.3

Mit E-Mail vom 6. August 2020 lud die Vergabestelle die Anbieter ein, vier zusätzliche Optionen anzubieten, darunter auch eine Option mit einer Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und eine Option, welche eine Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400m vom Typ G2 zum Typ G4 vorsah. Die Beschwerdeführerinnen erachten das Einholen dieser Optionen als unzulässig, bestreiten aber nicht, dass damit zwei ihrer Kritikpunkte berücksichtigt würden. Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass mit der Einladung zu Nachofferten für diese Optionen die Ausschreibung wettbewerbswirksam geändert worden sei, indem eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter zu erwarten gewesen wäre, oder dass diese Optionen sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter ausgewirkt beziehungsweise deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung

der Zuschlagskriterien nach sich gezogen hätten. Es ist auch unbestritten, dass die Vergabestelle bei der Einladung zu den Nachofferten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz eingehalten und allen Anbietern Gelegenheit geboten hat, ihre Offerten entsprechend anzupassen. Mit dieser Einladung zu Nachofferten für diese Optionen antizipierte die Vergabestelle damit eine allfällige spätere Änderung ihres Projekts in einer Weise, welche nach den dargelegten, in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. E. 7.1 hievore) eine zulässige Alternative zu einem Verfahrensabbruch darstellt. Ob die Kritik der Beschwerdeführerinnen bezüglich einer ungenügenden Länge der vorgesehenen Gewölbemassnahmen nach dem Typ G4 und bezüglich der erforderlichen Bauzeit begründet ist, kann daher offengelassen werden, da die Vergabestelle nach der Einholung dieser Nachofferten berechtigt ist, den Beschaffungsgegenstand um diese Optionen zu verändern, sofern sie dies zu einem späteren Zeitpunkt als notwendig erachten sollte. Auf die Einholung der zu diesen Fragen beantragten Gutachten kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

E. 7.4

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Ausschreibungsunterlagen seien auch insofern grob mangelhaft, als die Vergabestelle die vorgeschriebenen Fluchtnischen im Bereich des Gewölbes G4 vergessen habe. Zwar treffe es zu, dass das BAV anlässlich der Plangenehmigung eine Ausnahme von den einschlägigen Vorschriften bewilligt habe, wie die Vergabestelle geltend mache. Die Ausnahmewilligung sei aber nur für die neu zu erstellenden Portalnischen beantragt worden. Im Weissensteintunnel bestünden bereits alle 55m Fluchtnischen. Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 würden zwingend dazu führen, dass bestehende Fluchtnischen beseitigt würden, weshalb in diesem Bereich neue Fluchtnischen erstellt werden müssten. Das Leistungsverzeichnis hätte dies vorsehen müssen, was aber nicht der Fall sei und einen Planungsfehler darstelle. Würden diese Fluchtnischen nicht gebaut, wäre der Weissenstein-tunnel nicht bewilligungskonform.

E. 7.4.1

In ihrer Offerte hatten die Beschwerdeführerinnen zu diesem Thema dargelegt: "Für den Sanierungstyp G4 ist die Ausbildung der Nischen (unverkleidet, Verkleidung mit Spritzbeton) im Leistungsverzeichnis nicht erfasst. Durch den Bauherrn sind hier Vorgaben über die Ausbildung der Nischen zu machen." Bei der Darstellung der aus ihrer Sicht bestehenden Risiken führten sie aus: "Der Ausbau der bestehenden Personenschutznischen im Typ G4 ist nicht definiert - die neuen Personenschutznischen werden in Ortbeton ausgebildet. Durch den Bauherrn ist zu definieren, wie die Nischen ausgebildet werden". Dieses Risiko habe eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 50% und könne zu möglichen Mehrkosten von Fr. 1'140'000.- führen.

E. 7.4.2

Die erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung, die Sanierung des Gewölbes nach dem Typ G4 führe zwingend dazu, dass die bereits bestehenden Fluchtnischen beseitigt würden, stehen somit in offensichtlichem Widerspruch zu den Ausführungen in ihrer eigenen Offerte. Gemäss diesen Ausführungen geht es lediglich darum, dass eine mögliche Verkleidung der Nischen nicht geregelt ist und eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Bauherrin nachträglich noch eine Verkleidung in Ortbeton wünschen würde, was zu Mehrkosten führen würde. Diese Wahrscheinlichkeit wird aber in der Offerte der Beschwerdeführerinnen lediglich mit 50% eingestuft. Dies ist

zwar keine unbedeutende Wahrscheinlichkeit, aber sie ist keineswegs so hoch, dass von Sicherheit gesprochen werden könnte. Davon, dass dieser noch offene Punkt mit Sicherheit zu einer wesentlichen nachträglichen Änderung des Leistungsgegenstands führen würde, kann daher keine Rede sein.

E. 7.5

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Vorausmass auf. Das akzeptable Mass an Ungenauigkeit zwischen effektiven Ausmassen und Vorausmassen werde in der vorliegenden Ausschreibung überschritten. Ausmassfehler verunmöglichten die Vergleichbarkeit der Angebote und die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und würden zu unzulässigen Umlagerungen und Verschiebungen einladen. Es sei davon auszugehen, dass die Vergabestelle Fehler im Ausmass als für den Zuschlag unerheblich betrachte. Dies sei aber falsch, sofern die Ausmassfehler nicht nur von untergeordneter Bedeutung seien. Vorliegend werde die akzeptable Unschärfe bei Weitem überschritten. Aufgrund der Ausmassfehler hätten die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offerieren können. Es sei davon auszugehen, dass die Offerten der anderen Anbieterinnen, welche erheblich unter dem Angebot der Beschwerdeführerinnen für den Amtsvorschlag lägen, insbesondere das Angebot der Y. _____ AG, unzulässige Umlagerungen und Verschiebungen enthielten.

E. 7.5.1

Wie viele Reserven eine Vergabestelle beim Vorausmass einplant, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen (vgl. E. 5.2 hievor). Dass Fehler im Vorausmass dazu führen können, dass der Zuschlag nicht demjenigen Angebot erteilt wird, das bei zutreffenden Annahmen das wirtschaftlich Günstigste wäre, ist nachvollziehbar. Es liegt allerdings in der Natur der Sache, dass es nicht, oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist, im Voraus zu bestimmen, wo und wie gross die Unschärfe ist. Die Vereinbarung des Werkpreises nach Ausmass, wie im vorliegenden Fall, ist denn auch die in der Praxis bewährte Methode, um mit dieser Unsicherheit umzugehen und das Risiko für die Folgen von Fehlannahmen beim Vorausmass beim dafür Verantwortlichen, der Vergabestelle, zu allokalieren. Jede Vergabestelle hat insofern ein offensichtliches eigenes Interesse daran, Fehlannahmen im Ausmass, insbesondere solche, welche Gelegenheit zu Umlagerungen oder Verschiebungen bieten könnten, zu vermeiden. Nach der Praxis können zwar Umlagerungen oder Verschiebungen ein Ausschlussgrund sein, sofern dies vorgängig ausdrücklich angedroht wurde. Indessen ist nicht ersichtlich, warum allfällige Fehlannahmen beim Vorausmass ein Grund sein könnten, um einem einzelnen Anbieter einen Rechtsanspruch darauf zu geben, eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen in seinem Sinn oder einen Abbruch der Ausschreibung und stattdessen eine neue Ausschreibung zu erstreiten. Dies gilt erst recht, wenn die behaupteten "Fehler" im Vorausmass damit begründet werden, dass andere technische Entscheide zu erheblichen Einsparungen führen würden. Wie bereits dargelegt, liegt es im Ermessen der Vergabestelle zu entscheiden, welche technischen Massnahmen, insbesondere welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen sie an welchen Stellen des Tunnels beschaffen will (vgl. E. 5.2 f. hievor). Die Frage, welche Auswirkungen eine Änderung derartiger technischer Entscheide hätten, ist daher nicht entscheidungsrelevant. Auf die Einholung von gerichtlichen Gutachten zum Einsparungspotential solcher Änderungen kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

E. 7.5.2

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, stellt - entgegen ihrer eigenen Auffassung - keinen Beweis dafür dar, dass das Vorausmass der Vergabestelle in diesem Umfang fehlerhaft war. Wie dargelegt, beinhaltet die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen diverse massive Reduktionen der im Vorausmass vorgesehenen Leistungen, darunter auch eine starke Reduktion der von der Vergabestelle verlangten Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 zugunsten des weniger aufwendigen und kostspieligen Typs G1, während die in der Unternehmervariante empfohlene Erhöhung der Menge der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 zwar als Option dargestellt und bepreist, aber in den Preis der Unternehmervariante nicht eingerechnet ist. Die Vereinbarung eines Werkpreises nach Ausmass führt, wie dargelegt, dazu, dass die finanziellen Folgen eines zu geringen Vorausmasses durch die Vergabestelle zu tragen sind. Jeder Anbieter hat in dieser Situation offensichtlich ein Interesse daran, eine "Unternehmervariante" einzureichen, die auf niedrigeren Vorausmassmengen basiert, da er selber für die finanziellen Folgen eines zu knappen Vorausmasses nicht einzustehen hat und so zu einem scheinbar günstigeren Preis anbieten kann. Dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag um rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, ist daher kein Indiz dafür, dass das Vorausmass der Vergabestelle in relevantem Umfang fehlerhaft gewesen wäre.

E. 7.5.3

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Ungenauigkeit zwischen effektiven Ausmassen und Vorausmassen werde in der vorliegenden Ausschreibung so weit überschritten, dass das Verfahren abgebrochen werden müsse, erweist sich daher als unbegründet.

E. 7.6

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Ausschreibungsunterlagen seien auch insofern mangelhaft, als es gar nicht möglich sei, auf der Grundlage der Ausschreibung einen definitiven Totalunternehmer-Werkvertrag abzuschliessen. Die Ausschreibung und der Zeitplan beruhten auf einem blossen Vorprojekt, das Bauprojekt sei erst noch auszuführen. Es sei denn auch vorgesehen, dass nach der Ausführungsplanung die Lastenhefte nochmals überarbeitet und der unterzeichnete TU-Werkvertrag nochmals angepasst würden. Vertragsverhandlungen nach erfolgtem Zuschlag seien jedoch ausschreibungsrechtlich auf die Bereinigung von Nebenpunkten beschränkt; sie dürften nicht dazu dienen, wesentliche Punkte des Vertrags erst auszuhandeln oder sie abzuändern. In den Ausschreibungsunterlagen seien denn auch Verhandlungen und Abgebotsrunden ausdrücklich ausgeschlossen. Der Umstand, dass gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen der Abschluss eines definitiven TU-Werkvertrags ohne substantielle Nachverhandlungen nach Vorliegen der Ausführungsplanung nicht möglich sei, stelle einen elementaren Mangel der Ausschreibung dar, der durch die Optionen nicht behoben werde. Dies verletze Bundesrecht, da das Ziel jeder Ausschreibung - der Abschluss eines verbindlichen Vertrags - sich nicht erreichen lasse. Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe. Der Submission habe ein Auflage- und Bauprojekt mit entsprechender Bearbeitungstiefe vorgelegen, und nicht nur ein Vorprojekt. Dies ergebe sich aus dem Expertenbericht I. Auch gemäss dem Expertenbericht II entspreche der Umfang und die Tiefe des Auflageprojekts (Amtsvorschlag), das Basis für die Submission gewesen sei, einem Bauprojekt. Bei Instandsetzungsprojekten im Tunnelbau müsse das Ausführungsprojekt einerseits auf den

Bestand angepasst sein, der auf Grund alter Bauwerksgrundlagen nicht immer genügend bekannt sei, andererseits müsse es im Baufortschritt jederzeit stark auf vorgefundene Aufschlüsse und Erkenntnisse reagieren können. Es bestünden also Unwägbarkeiten, die nach Mitwirkungsrechten und Mitgestaltungs- und Entscheidungspflichten der Bauherrschaft verlangten. Da Beststellungsänderungen zu Verhandlungen führen würden, werde diesem Risiko durch die Verrechnung über Einheitspreise teilweise Rechnung getragen. Der grundsätzliche Umgang mit den Risiken von Bauzeitkonsequenzen und Ausmassänderungen werde über die anerkannten Regelungen der SIA 118 vereinbart. Die Risiken von Bauzeitverlängerungen und Mehrkosten wegen verändertem Massnahmenumfang verblieben grundsätzlich bei der Bauherrschaft. Dank der Nachofferierung der Optionen unter Konkurrenz könnten die Auswirkungen oder Streitigkeiten dieser Risiken eingegrenzt werden.

E. 7.6.1

In den Ausschreibungsunterlagen befindet sich ein Vertragsentwurf, dessen Unterzeichnung gemäss Terminplan offenbar für kurz nach Rechtskraft des Zuschlags vorgesehen ist. Darin verpflichtet sich der Totalunternehmer zur vollständigen Leistung und zu sämtlichen Lieferungen gemäss der in den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten, den Plänen und weiteren Vertragsbestandteilen festgelegten Ausführung und Spezifikation. Von den drei Teilphasen Ausführungsprojekt, Ausführung und Inbetriebnahme, Abschluss, die Gegenstand des Vertrages sind, wird mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde vorerst erst die erste Teilphase (Ausführungsprojekt) freigegeben. Weitere Teilphasen werden gemäss Vertrag erst später durch den Bauherrn freigegeben, wobei dieser sich vorbehält, einzelne Teilphasen nicht ausführen zu lassen. Der totale Werkpreis versteht sich als Werkpreis mit Ausmass nach Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis und Pauschalen gemäss Lastenheften. Lieferungen und Leistungen sind auch dann im Werkpreis inbegriffen und fallen unter die Ausführungspflicht des Totalunternehmers, wenn sie nicht ausdrücklich aufgeführt sind, jedoch für die fachgerechte Herstellung und vertragsgemässe Funktion des Bauwerkes sowie die Betriebssicherheit erforderlich sind. Eine allfällige Anpassung des Werkpreises für nicht ausgeschriebene Lieferungen und Leistungen ist unter anderem vorgesehen für Mehr- oder Minderkosten infolge von notwendigen Änderungen und Beststellungsänderungen des Bauherrn, für nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist und für Mehr- oder Minderkosten durch Auslösung der Optionen. Bauleistungsbeschreibende Dokumente im Sinne dieses Vertragsentwurfs sind insbesondere das Auflageprojekt 2017 vom 5. Mai 2017 sowie die verschiedenen Lastenhefte und Leistungsverzeichnisse, die auch die Basis für die Offerten bilden.

E. 7.6.2

Es ist plausibel, dass dieser Vertragsentwurf noch nicht unterschriftsreif ist und dass noch verschiedene Punkte zwischen den potentiellen Vertragspartnern verhandelt und konkretisiert werden müssen, wie dies bei Projekten dieser Art und Grössenordnung offenbar üblich ist. Warum darin indessen ein Grund zu sehen sein soll, der zwingend zu einem Abbruch des Verfahrens führen müsste, ist nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerinnen haben jedenfalls nicht dargetan, dass und warum diese noch zu konkretisierenden Punkte notwendigerweise zu einer wesentlichen Projektänderung im dargelegten Sinn (vgl. E. 7.1 hievore) führen müssten.

E. 7.7

Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung sei derart mangelhaft, dass das Verfahren abgebrochen werden müsse, erweist sich daher als unbegründet.

E. 8

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie sowohl im Hauptbegehren wie auch in allen Eventualbegehren abzuweisen ist.

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest.

E. 10

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Als unterliegende Partei haben die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Die Vergabestelle beantragt eine Parteientschädigung. Sie macht geltend, aufgrund der Komplexität des Projekts und der damit einhergehenden rechtlichen Fragen sei der Beizug von spezialisierten Rechtsanwältinnen zur Unterstützung und Ausarbeitung der Rechtsschriften erforderlich gewesen. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA 1994 und aBöB tätigen, also auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (Urteile des BVGer B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018 E. 11 "Loslimitierung swissgrid"; B-7307/2014 vom 29. Januar 2015 "Monte Ceneri - Verfahrenskosten"; B-7305/2014 vom 27. März 2015 "Monte Ceneri Fahrbahn und Logistik - Verfahrenskosten" und GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443). Die Vergabestelle hat demnach ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Die Ausführungen der Y. _____ AG umfassen nur wenige Seiten und sind daher zu gering, um als verhältnismässig hohe Kosten im Sinn von Art. 64 Abs. 1 VwVG eingestuft zu werden und einen Anspruch auf Parteientschädigung begründen zu können.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.