

BVGer B-4904/2013 vom 29. Oktober 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-10-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4904_2013

FR: TAF B-4904/2013 du 29 octobre 2013

IT: TAF B-4904/2013 del 29 ottobre 2013

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (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), die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1). Die am 12. Mai 1998 gegründete AlpTransit Gotthard AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der SBB. In Artikel 13 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen

Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Gesetz [AtraG, SR 742.104], ursprünglich Alpentransit-Beschluss) wird ausdrücklich festgehalten, dass der Bund im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicherstellt (Abs. 1), sowie, dass für in- und ausländische Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu verlangen sind (Abs. 2). Art. 13 Abs. 1 AtraG wird durch die Verordnung vom 28. Februar 2001 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Verordnung [AtraV, SR 742.104.1]) konkretisiert. Gemäss Art. 4 AtraV unterstehen die Vergaben der Ersteller von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses wie die entsprechenden Beschaffungen der SBB dem BöB. Damit ist die AlpTransit Gotthard AG eine Auftraggeberin im Sinne des BöB (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 1.4). Die vorliegend zu beurteilende Vergabe umfasst die Planung, Entwicklung, Fabrikation, Lieferung und Montage der bahntechnischen Ausrüstung (Stromversorgung 50 Hz und Kabel, Fahrstrom 16.7 Hz, Telecom Festnetz und Funk) des Ceneri-Basistunnels inklusive der offenen Neubaustrecke Nord und der Bahntechnikgebäude Vigana und Vezia, die Integration, die Inbetriebsetzung und die Erhaltung (bis zur Abnahme des Werkes) sowie die Pflichten bezüglich Gesamtkoordination zwischen allen beteiligten Unternehmen sowie der Vergabestelle, und andererseits die Planung, Lieferung, den Aufbau, Betrieb und Rückbau der stationären Infrastruktur des Unternehmers Bahntechnik und Gesamtkoordination auf dem Installationsplatz Camorino, sowie die Planung, den Aufbau, Betrieb und Rückbau des Installationsplatzes Vezia (Ziff. 2.5 der Ausschreibung). Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen demnach einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft der SBB auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB). Gemäss Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 (AS 2011 5581) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke CHF 8,7 Mio. Bei einem Preis von CHF 138'040'732.20 ist dieser Schwellenwert offensichtlich überschritten. Demnach fällt die vorliegend angefochtene Zuschlagsverfügung auch vom Beschaffungsgegenstand her in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Ein Ausnahmetatbestand im Sinn von Art. 3 BöB ist offensichtlich nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; vgl. dazu neuerdings Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340, mit Hinweisen).

E. 2

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

anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das BöB 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, mit Hinweisen). Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). 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 (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, 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 15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1, mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die

Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVG 2007/13 E. 2.2, mit Hinweisen; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341).

E. 4

Abgesehen von der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sind auch die übrigen Prozessvoraussetzungen offensichtlich gegeben. Die Beschwerdeführerinnen bilden gemeinsam die Bietergemeinschaft X._____ und sind als Gesellschafter der nicht berücksichtigten Anbieterin ohne Weiteres im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen unter anderem geltend, die Beschwerdegegnerinnen erfüllten die in der Ausschreibung verlangten Eignungskriterien nicht. Die von ihnen eingereichten Referenzen seien ungenügend, insbesondere bezüglich der Leistungspakete 40 und 45. Die Beschwerdegegnerinnen hätten jeweils die Zürcher Durchmesserlinie als erste Referenz angegeben. Erhebliche Teile der Bahntechnik-Ausführungsarbeiten für den Weinbergtunnel und den Bahnhof Löwenstrasse sowie für den Flucht- und Rettungsstollen seien indessen erst 2013 begonnen worden, weshalb diese Referenz die Anforderungen an den Eignungsnachweis nicht erfülle. Bei der DML handle es sich um einen Generalunternehmerauftrag, keine Projektierung. Die Arbeitsgemeinschaft Bahntechnik setze sich aus der Beschwerdeführerin 1 (50 % und Federführung), V._____ AG (30 %) sowie der Beschwerdegegnerin 1 (20 %) zusammen. Die Planung sei an Dritte vergeben worden. Ungenügend sei auch die Referenz Torino-Milano im LP 40 (Stromversorgung 50 Hz, Verteilung). Die betreffenden Installationen seien nämlich vom Consorzio W._____, einer ARGE um die Firma Z._____, ausgeführt worden, zu welchen die Beschwerdegegnerinnen nicht gehörten. Auch werde die Linie zu grössten Teilen auf offener Strecke geführt, was bedeute, dass dort nur in geringstem Umfang Elektroinstallationen hätten montiert werden müssen. Die dritte Referenz zu LP 40, die 50 kV-Leitung im San Bernardino-Tunnel, lasse unklar, ob die Firmen der Beschwerdegegnerinnen überhaupt dabei gewesen sei. Beim Leistungspaket 45 (Schränke) fehle aufgrund des Ausscheidens der DML wegen zu späten Baubeginns die erforderliche zweite Referenz. Die Vergabestelle macht in Bezug auf diese Frage geltend, der Nachweis der fachlichen Leistungsfähigkeit (EK 1) beinhalte sowohl den Nachweis der Erfahrung des Anbieters mit ähnlich komplexen Aufgaben als auch den Nachweis der Erfahrung des Schlüsselpersonals mit ähnlich komplexen Aufgaben. Die an die Referenzobjekte gestellte Anforderung "für Planung und Ausführung" sei nicht so zu verstehen, dass jeweils jede Referenz sich zwingend sowohl auf die Planung als auch auf die Ausführung hätte beziehen müssen. Entscheidend sei gewesen, dass mindestens eine Referenz die Planung und eine die Ausführung abdecke. Aufgrund aller Angaben und Referenzen zum EK 1 habe sie sich dann ein Gesamtbild über die fachliche Leistungsfähigkeit des Anbieters machen können. Die Beschwerdegegnerinnen hätten unter anderem die Referenz Durchmesserlinie Zürich angegeben. Im Übrigen verwendeten die Beschwerdeführerinnen selbst die DML Zürich als Referenz für den Eignungsnachweis bei verschiedenen Leistungspaketen, weshalb davon auszugehen sei, dass es sich auch nach ihrer Meinung um eine gültige Referenz handle. Bei der DML Zürich sei die

Ausführungsplanung abgeschlossen und die Ausführungsarbeiten, insbesondere die bahntechnischen Anlagen im Weinbergtunnel, würden seit Juni 2012 eingebaut und seien damit im Zeitpunkt der Offertstellung bereits weit fortgeschritten gewesen. Damit habe die spezifische Erfahrung der Beschwerdegegnerinnen überprüft werden können. Ein Grossteil der Kabelarbeiten sei im Zeitpunkt der Offerteinreichung bereits abgeschlossen gewesen, wie sich aus den Beschwerdebeilagen ergebe. Die Erstellung des Ausführungsprojekts habe zum Zeitpunkt des Einbaus zwingend abgeschlossen sein müssen, ansonsten nicht klar gewesen wäre, was, wo, wann einzubauen gewesen sei. Der Termin für die "Abgabe der Ausführungspläne A2-A4" sei in den Beschwerdebeilagen auf den 1. Mai 2012 festgesetzt. Der Einbau der Schränke in die DML ab Januar 2013 habe zudem zwingend vorausgesetzt, dass die Auswahl, Bestellung und Prüfung der Schränke und die funktionale Abnahme der Teile, die in die Schränke zu installieren gewesen seien, im Zeitpunkt der Offerteinreichung am 14. Dezember 2012 habe weit fortgeschritten oder bereits abgeschlossen sein müssen. Bei den Schränken sei die technisch anspruchsvolle Tätigkeit nicht die Installation derselben gewesen, sondern vielmehr die diesbezüglichen Vorarbeiten. Die Vergabestelle habe daher mittels dieser Referenz sehr wohl die diesbezügliche Eignung der Beschwerdegegnerinnen annehmen können. Die Beschwerdeführerinnen hätten im Übrigen dieselbe Referenz bezüglich der Schränke verwendet. Bei bahntechnischen Anlagen der vorliegenden Art (bei der DML wie auch beim CBT) werde die Ausführungsprojektierung zwingend vom Generalunternehmer übernommen. Insofern müsse beim Projekt DML eine Projektierung, nämlich die Ausführungsprojektierung, bezüglich der bahntechnischen Anlagen durch die Beschwerdegegnerinnen durchgeführt worden sein. Diese sei zum Zeitpunkt der Offertstellung bereits abgeschlossen gewesen. Den Beschwerdegegnerinnen fehle daher keine Referenz für das LP 45. Was die Referenz Torino-Milano im LP 40 (Stromversorgung 50 Hz) betreffe, so sei die Beschwerdegegnerin 3.1 Partnerin des Konsortiums Y._____ gewesen, welches für den Bau der Strecke (Rohbau und Bahntechnik) verantwortlich gewesen sei. Hauptlieferant für die bahntechnische Ausrüstung sei das Consorzio W._____ als Subunternehmerin gewesen. Die Verantwortung für den Bau der Strecke (Rohbau und Bahntechnik) habe indessen beim Y._____, welches als Totalunternehmer operiert habe, gelegen. Als Mitglied des Totalunternehmer-Konsortiums habe die Beschwerdegegnerin 3.1 die Bauwerke des Rohbaus und der Bahntechnik und somit auch die Stromversorgung 50 Hz auf der Hochgeschwindigkeitsstrecke Torino-Milano, Teilabschnitt Torino-Novara, mit projektiert und mit ausgeführt. Die Referenz sei daher gültig. Die Beschwerdegegnerinnen hätten zudem eine erfahrene, kompetente Schlüsselperson gewonnen. Selbst wenn einzelne Referenzen bezüglich der Erfahrung mit ähnlich komplexen Aufgaben nicht erfüllt wären - was aber nicht der Fall sei - würde eine Gesamtbetrachtung der Nachweise der Erfahrung des Anbieters mit ähnlich komplexen Aufgaben und der Nachweise der Erfahrung des Schlüsselpersonals mit ähnlich komplexen Aufgaben zum selben Ergebnis führen. Zum Vorwurf der Beschwerdeführerinnen, bei der dritten Referenz zu LP 40 (50 kV-Leitung San Bernardino-Tunnel) sei nicht nachgewiesen, wer der Referenzgeber sei, führt die Vergabestelle aus, es gehe bereits aus der Beschwerdebeilage 12 hervor, dass die D._____ AG, eine Subunternehmerin der Beschwerdegegnerinnen, im San Bernardino Tunnel die Detailprojektierung, Lieferung und Montage der Hochspannungs-Kabelanlage ausgeführt habe. Die Referenz sei demnach gültig. Die Beschwerdegegnerinnen machen geltend, es treffe zwar zu, dass gewisse Leistungen des Referenzprojektes DML zur Zeit der Offerteingabe noch nicht abgeschlossen gewesen seien. Sie hätten dies aber in dem der

Vergabestelle einzureichenden Formular mittels der Angabe "Zeitraum des Projektes: 2011 bis 2014" offen deklariert. Das Referenzprojekt DML sei deshalb anrechenbar, weil verschiedene relevante Arbeitsschritte in Bezug auf die temporären und die bleibenden Anlagen zum Zeitpunkt der Offerteingabe bereits abgeschlossen gewesen seien, welche im Zusammenhang mit dem CBT von grosser Bedeutung seien. So seien insbesondere die Ausführungsplanung Verkabelung, Einzug und Verlegung der 50 Hz Längsverkabelung und die Planung und Bestellung der Schränke und Trafos abgeschlossen gewesen. Die im Zeitpunkt der Offerteingabe bereits geleisteten Arbeiten ermöglichten der Vergabestelle daher entscheidende Rückschlüsse auf die Eignung der Beschwerdegegnerinnen. Die Beschwerdeführerinnen hätten hinsichtlich des Referenzprojekts DML lediglich Beanstandungen hinsichtlich der "Schränke" vorgetragen. Der Einbau der Schränke sei aber gar nicht Gegenstand des LP 45, sondern nur die Lieferung dieser Schränke, ohne Ausrüstung, sowie die zugehörige Personalschulung. Die Schränke würden an den Installationsplatz geliefert, im Rahmen verschiedener anderer Leistungspakete ausgerüstet und in den Tunnel/die Querschläge transportiert und dort montiert. Der Einbau der Schränke sei in der technischen Spezifikation nicht vorgesehen. Die Leistungen, welche jenen von LP 45 entsprechen würden, seien beim Referenzprojekt DML schon Mitte Dezember 2012 beendet worden, und ein Teil der Ausführung, nämlich die Bestellung der Schränke und deren Prüfung nach der Lieferung, sei im Projekt DML ebenfalls geleistet worden. Die Schränke seien von den Beschwerdegegnerinnen im Oktober 2012 bestellt worden. Nicht einzusehen sei daher, weshalb den Beschwerdegegnerinnen das Referenzprojekt DML nicht angerechnet werden sollte. Auch die Kritik an den weiteren Referenzprojekten werde von den Beschwerdeführerinnen nicht glaubwürdig begründet. Für das Referenzprojekt Torino-Milano (korrekt: Linea Ferroviaria ad alta capacità, tratta Torino-Milano, subtratta Novara-Milano) habe die Beschwerdegegnerin 3.1 im übergeordneten Konsortium Y._____ als General Contractor verantwortlich gezeichnet. Gegenstand des Geschäfts sei u.a. auch die Stromversorgung 50 Hz gewesen, vergleichbar zu LP 40 im vorliegenden Beschaffungsgeschäft. Das Y._____ sei im Sinne eines Totalunternehmens tätig gewesen, und die übergeordnete Verantwortlichkeit habe beim Y._____ und mithin bei der Referenzgeberin gelegen. Im Hinblick auf die Kritik der Beschwerdeführerinnen, es sei nicht nachgewiesen, wer bei der dritten Referenz zu LP 40, der 50 kV-Leitung San Bernardino-Tunnel, Referenzgeber sei, da keine der Firmen der Beschwerdegegnerinnen im Bericht des Tiefbauamtes Graubünden genannt sei, bringen die Beschwerdegegnerinnen vor, sie hätten zulässigerweise auch das Referenzprojekt "Lieferung und Montage HS-Kabelanlage im Strassentunnel San Bernardino" eingereicht und ihre Subunternehmerin, die Firma D._____ AG, in der Rubrik "Referenz der Firma/des Subunternehmers" eingetragen. Die Zurverfügungstellung des Referenzprojekts eines Subunternehmers erfolge im Einklang mit den Vorgaben der Vergabestelle.

E. 5.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann (vgl. Art. 9 Abs. 1 BÖB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren. Art. 9 Abs. 1 BÖB lautet: "Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf." Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen

die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (VöB, Anhang 3).

E. 5.2

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind auseinanderzuhalten. Mittels Eignungskriterien wird ein Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter erbracht. Die Eignungskriterien beziehen sich somit auf das anbietende Unternehmen und dessen Eigenschaften. Die Zuschlagskriterien dagegen konkretisieren den Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Er wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält in der Folge den Zuschlag (vgl. Art. 21 Abs. 1 BöB). Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen, welche in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen und zu gewichten sind (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 VöB; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen (vgl. Elisabeth Lang, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich 2005, S. 124). Der Zuschlag erfolgt damit an denjenigen Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen und dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste bzw. billigste beurteilt wird (vgl. Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 12/2001, S. 1406). Eignungs- und Zuschlagskriterien haben somit unterschiedliche Funktionen: Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann somit nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden. Demgegenüber dienen die Zuschlagskriterien der Bewertung der zulässigen Angebote, wobei eine schlechtere Bewertung bei einem Kriterium durch eine bessere bei einem anderen aufgewogen werden kann. Daraus folgt, dass in einem ersten Schritt die Eignung zu prüfen ist und anschliessend in einem zweiten Schritt die zulässigen Offerten zu bewerten sind. Es wäre unzulässig, den ersten Schritt gar nicht durchzuführen und ein Angebot, das die Eignungskriterien nicht erfüllt, trotzdem zuzulassen (vgl. zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 580).

E. 5.3

Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 22. März 2004,

BRK 2004-003 und CRM 2004-004, veröffentlicht in VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 463). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 564 ff.).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall waren die von der Vergabestelle aufgestellten Anforderungen an das Eignungskriterium 1 ("Nachweis Erfahrung des Anbieters mit ähnlich komplexen Aufgaben") in den Bestimmungen zur Ausschreibung A-B-2 (S. 12 f.) wie folgt formuliert (Auszug): Leistungspaket Anforderung an die Referenzprojekte LP 40: Stromversorgung 50 Hz Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Stromversorgungen 50 Hz in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben. LP 41: Datenverkabelung Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Datenverkabelungen in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben. LP 42: Installation Licht und Kraft Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Installationen Licht und Kraft in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben. LP 43: Beschilderungen Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Beschilderungen in Tunnel mit ähnlichen Anforderungen anzugeben. LP 44: Leittechnik Stromversorgung 50 Hz Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Leittechnik Stromversorgung in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben. LP 45: Schränke Es sind 2 (bis max. 3) Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Schränken in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben.

E. 5.5

Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3, mit weiteren Hinweisen). Dies hat die BRK zunächst mit Bezug auf Zuschlagskriterien festgehalten (Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, publiziert in VPB 65.94, E. 3d, mit Hinweis auf das Urteil BE.98.00173 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 1998, publiziert in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998 S. 394, E. 3b/bb). Dasselbe muss auch in Bezug auf Eignungskriterien und technische Spezifikationen gelten (vgl. bezüglich der Eignungskriterien etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3, mit weiteren Hinweisen und Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566). Diese Regel garantiert nicht nur das Verhalten der Vergabestelle nach Treu und Glauben; vielmehr ist die Vergabestelle grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem

Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1, mit Hinweisen). 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit Hinweisen; B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 5.2, mit Hinweis auf den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 4.1; Entscheid der BRK 2005-024 vom 18. Mai 2006 E. 3a/aa, unter Hinweis auf den Entscheid der BRK 1999-006 vom 3. September 1999, veröffentlicht in VPB 64.30 E. 3c, Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in VPB 65.94 E. 6a).

E. 5.6

Im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden prima-facie-Prüfung erscheint das Argument der Beschwerdeführerinnen, dass die dargelegte Formulierung bezüglich der geforderten Nachweise für die ausreichende Erfahrung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nur so verstanden werden könne, dass die Eignung des Anbieters - bzw. der von ihm für die in Frage stehende Aufgabe vorgesehenen Konsortialpartner oder Subunternehmer - sowohl bezüglich Planung wie auch bezüglich Ausführung durch je mindestens zwei Referenzen nachgewiesen werden musste, keineswegs als unhaltbar. Mehrfachnennungen von Referenzprojekten waren zwar ausdrücklich zugelassen; d.h. ein Projekt durfte durchaus als Referenz in Bezug auf mehrere Leistungspakete angerufen werden. Hingegen erscheint die Auslegung durch die Vergabestelle, es sei ausreichend gewesen, wenn mindestens eine Referenz die Planung und eine die Ausführung abdecke, angesichts des klaren Wortlauts nicht als derart überzeugend, als dass die Auffassung der Beschwerdeführerinnen als offensichtlich unhaltbar einzustufen wäre. Dies gilt auch für die sinngemässe Argumentation der Vergabestelle, allenfalls fehlende oder ungenügende Referenzen könnten im Kontext einer "Gesamtbetrachtung" durch entsprechende Erfahrung des Schlüsselpersonals faktisch kompensiert werden.

E. 5.7

Als Nachweis für ihre Erfahrung in Bezug auf das Leistungspaket 40 "Stromversorgung 50 Hz" führten die Beschwerdegegnerinnen das Referenzprojekt Durchmesserlinie Zürich, Weinbergtunnel, mit einem Zeitraum 2011 bis 2014 an. Der Kurzbeschreibung lautet auf "Neubau Eisenbahntunnel mit einer Fahrbahnrohre mit zwei Gleisen nicht richtungsgetreunt, mit Sicherheitsstollen und Querschlägen ". Ihre Funktion innerhalb der diesbezüglichen Arbeitsgemeinschaft definiert die Beschwerdegegnerin 1 mit "Lieferung, Montage und Prüfung der ganzen Niederspannungsinstallation an der DML, Abschnitt 2 und 3. Gewährleistung der Installationen gemäss den Vorschriften und SBB Richtlinien". Die Referenz bezieht sich somit bereits von ihrem Wortlaut her nicht auf die Planung oder Projektierung der Stromversorgung, sondern lediglich auf die Lieferung und Montage. Unbestritten ist ferner, dass die Leistungen der Beschwerdegegnerin 1 im Kontext dieses Referenzprojekts im Zeitpunkt der Offerteingabe zwar teilweise, aber noch nicht vollständig erbracht waren. Inwiefern allenfalls ein noch nicht vollständig fertig gestelltes Projekt als Referenz herangezogen werden kann für den Nachweis darüber, dass ein Anbieter eine vergleichbare Leistung erfolgreich erbracht hat, kann wohl nicht generell

beantwortet werden, sondern dürfte von der Art des Projekts, vom konkreten Beitrag des betreffenden Leistungserbringers sowie vom Ausmass des Fortschritts abhängen. Solange das Projekt aber noch nicht bestimmungsgemäss gebraucht wird, stellt sich aber jedenfalls durchaus die Frage, wie die Vergabestelle beurteilen können sollte, ob der betreffende Anbieter die in Frage stehende Leistung erfolgreich, d.h. ordnungsgemäss und den anerkannten Regeln der Technik entsprechend, erbracht hat oder nicht, sofern der Anbieter keine diesbezügliche Bestätigung des Bauherrn beigebracht hat oder die Vergabestelle nicht selbst entsprechende Informationen eingeholt hat. Im vorliegenden Fall ist unbestritten und ergibt sich aus den Angebots- und Evaluationsunterlagen (C5 bzw. C44), dass die Beschwerdegegnerinnen keine entsprechende Bestätigung beigelegt haben und die Vergabestelle selbst zu diesem Projekt keine Referenz eingeholt hat. Auch ergeben sich aus den Ausführungen der Vergabestelle keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, dass sie bereits aus anderen Quellen über konkrete Informationen zu dieser Frage verfügt hätte. Die sinngemässe Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie allein aufgrund der Behauptung der Beschwerdegegnerinnen den Nachweis als erbracht erachtete, dass die Beschwerdegegnerin 1 mit ihrer Leistung anlässlich des Referenzprojekts Durchmesserlinie Zürich, Weinbergtunnel, erfolgreich eine vergleichbare Aufgabe im Bereich des Leistungspakets 40 erfüllt habe, erscheint daher prima facie nicht als offensichtlich unbegründet. Hinzu kommt, dass dieses Referenzprojekt ohnehin lediglich einen Teil des geforderten Nachweises zum Gegenstand hatte, da die Aufgabe der Beschwerdegegnerin 1 - gemäss dem klaren Wortlaut der Referenz selbst - lediglich Lieferung und Montage, nicht aber Planung umfasste. Ob der Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen zulässt, dass ein Referenzprojekt, das nur die Planung oder nur die Ausführung zum Gegenstand hat, zumindest als Teilreferenz berücksichtigt werden durfte, kann im Rahmen dieses Zwischenentscheides offen gelassen werden. Jedenfalls erscheint die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, dieses Objekt habe nicht als vollgültige Referenz im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen berücksichtigt werden dürfen, nicht als offensichtlich unhaltbar.

E. 5.8

Als zweites Referenzprojekt für das Leistungspaket 40 nannten die Beschwerdegegnerinnen die 50 kV-Kabelanlage San Bernardino Tunnel. Die Referenz lautete auf "Detailprojektierung, Lieferung und Montage HS-Kabelanlage im Strassentunnel, Kabelverlegung, Montagen, Spleissungen, Anlagelänge ca. 7'000 m". Die Referenz deckt somit sowohl Projektierung als auch Ausführung ab. Referenzstellerin ist die Subunternehmerin 15. Da es sich bei diesem Leistungspaket um einen der wichtigsten Teile dieses Vergabeobjekts handelt, könnte sich die Frage stellen, ob ein Eignungsnachweis nur für einen Subunternehmer die ausgeschriebene Anforderung, wonach die Eignung des "Anbieters" durch entsprechende Erfahrung des "Anbieters" nachzuweisen sei, erfüllt. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, dass keine der Konsortialpartnerinnen Referenzstellerin ist, erscheint daher prima facie nicht als offensichtlich irrelevant.

E. 5.9

Als drittes Referenzprojekt für das Leistungspaket 40 führten die Beschwerdegegnerinnen die Stromversorgung der Linea ad alta capacità Torino-Milano, subtratta Novara-Milano, an. Gemäss Beschrieb umfasste die Aufgabe der Beschwerdegegnerin 3.1 dabei den "Bau der Hochgeschwindigkeitslinie Milano-Turin als Totalunternehmung (Konzession, Projektierung, Ausführung) des Rohbaus und Bahntechnik". Die Beschwerdeführerinnen

machen diesbezüglich geltend, die elektrischen Installationen dieser Strecke sei in Wirklichkeit nicht von einer der Beschwerdegegnerinnen, sondern vom Consorzio W. _____ errichtet worden. Sie belegt dies mit zwei Ausdrucken aus dem Internet. Daraufhin gestanden die Beschwerdegegnerinnen zu, dass die Projektierung und Ausführung der elektrischen Anlagen an das Consorzio W. _____ untervergeben wurden. Sie machen diesbezüglich lediglich noch geltend, die "übergeordnete Verantwortlichkeit" sei jedoch bei der Totalunternehmerin gelegen, der auch die Beschwerdegegnerin 3.1 als Konsortialpartnerin angehört habe. Bei dieser Sachlage kann die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Beschwerdegegnerin 3.1 könne dieses Referenzprojekt bzw. die diesbezüglich relevante Leistung der "Planung und Ausführung von Stromversorgungen 50 Hz in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte" nicht für sich beanspruchen, nicht als offensichtlich unhaltbar eingestuft werden.

E. 5.10

Als Nachweis für ihre Erfahrung in Bezug auf das Leistungspaket 45 "Schränke" führten die Beschwerdegegnerinnen lediglich zwei Referenzprojekte an. Eines davon ist wiederum das Referenzprojekt Durchmesserlinie Zürich, Weinbergtunnel. Diesbezüglich beschreibt die Beschwerdegegnerin 1 ihre Aufgabe als "Lieferung, Montage, Prüfung und technische Klärung der eingesetzten Produkte (Schaltschränke, Kabel...). Verantwortlich, dass die Vorschriften und SBB Richtlinien eingehalten werden." Auch diese Referenz bezieht sich somit lediglich auf die Lieferung und Montage, nicht aber auf die Planung oder Projektierung. Vor allem aber ist unbestritten, dass die Schränke zwar bestellt, aber die Lieferung und Montage effektiv noch nicht erfolgt waren. Selbst wenn - wie die Beschwerdegegnerinnen geltend machen - unter "Ausführung" im Sinne der Eignungskriterien lediglich die Lieferung, nicht aber der Einbau verstanden werden darf, entsprechend der technischen Spezifikation dieses Leistungspakets, erscheint die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, diese Referenz stelle keine vollgültige Referenz im Sinne der Ausschreibungsbestimmungen dar, nicht als unhaltbar.

E. 5.11

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass aufgrund einer prima-facie-Würdigung der bisher eingereichten Rechtsschriften und der vorliegenden Akten Zweifel bestehen, ob die Vergabestelle zu Recht davon ausgegangen ist, dass die Beschwerdegegnerinnen die Eignungskriterien in Bezug auf die Leistungspakete 40 ("Es sind 2 [bis max. 3] Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Stromversorgungen 50 Hz in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben") und 45 ("Es sind 2 [bis max. 3] Referenzen der letzten 10 Jahre für Planung und Ausführung von Schränken in Tunnel oder vergleichbar komplexe Projekte mit ähnlichen Anforderungen anzugeben") erfüllt hätten. Die Beschwerde erscheint daher nicht als offensichtlich unbegründet.

E. 5.12

Bei diesem Zwischenergebnis erübrigt es sich, in diesem Verfahrensstadium bereits auf die übrigen Rügen der Beschwerdeführerinnen einzugehen.

E. 6

In der Folge ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerinnen an einer sofortigen Vollstreckung des Zuschlags gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerinnen, dass ihre Chance auf einen

Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde. Die Vergabestelle führt diesbezüglich aus, das öffentliche Interesse an der Nichtgewährung sei eminent und überwiege die privaten Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Falls die aufschiebende Wirkung gemäss dem Antrag der Beschwerdeführerinnen bewilligt würde, sei nicht gewiss, ob mit einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vor Ende Juni 2014 gerechnet werden könne. In diesem Fall könnte die Vertragsunterzeichnung erst mit erheblicher Verspätung stattfinden, womit der Beginn der Ausführungsplanung hinausgezögert würde. Ein solcher Rückstand lasse sich durch keine Art von Beschleunigungsmassnahmen wettmachen. Die Vergabestelle unternehme alles technisch und kostenseitig Vertretbare, um die Terminvorgabe für die Inbetriebnahme des Ceneri-Basistunnels im Jahr 2019 einzuhalten. Mit der Einhaltung des Termins seien verkehrspolitische und betriebliche Erwartungen der SBB verbunden. Eine frühzeitige Berücksichtigung der Verzögerung durch eine Beschwerde mit aufschiebender Wirkung sei nicht vereinbar mit dem Ziel, möglichst den aktuellen Stand der Technik zu implementieren und widerspräche dem Gebot des wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Mitteln, da es dadurch schon bei Baubeginn durch zwingend notwendige Anpassungen an den Stand der Technik und an weitere Randbedingungen zu grossen Beststellungsänderungen und damit hohen Mehrkosten kommen würde. In der Ausschreibung von Los Bahntechnik und Gesamtkoordination sei der Übergabetermin der Fahrbahn an den Unternehmer Bahntechnik und Gesamtkoordination definiert, wobei im Entwurf des Werkvertrags eine Termingabel von -6/+12 Monaten zu den vertraglich vereinbarten Übergabeterminen festgelegt sei. Im Zeitpunkt der Rechtskraft des Zuschlags könne nicht bereits mit den Bauarbeiten begonnen werden, da vor dem Einbau während ca. dreieinhalb Jahren erhebliche Vorarbeiten geleistet werden müssten. Die für die Vorarbeiten nötigen Fristen seien in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, nämlich die geplante Vergabe im August 2013, die Vertragsunterzeichnung und der Planungsbeginn der Unternehmer im Juni 2014, der Beginn der Ausführungsprojektierung im Juni 2014, der Beginn der Gesamtkoordination im Juni 2014, der Beginn der Fertigung Werk am 1. Oktober 2016, der Beginn Einbau Bahntechnik am 24. Juni 2017. Die Frist von der rechtskräftigen Vergabe bis Beginn Gesamtkoordination betrage demnach 9 Monate, und von der rechtskräftigen Vergabe bis Beginn Fertigung Bahntechnik 36 Monate. Das späteste Datum für einen rechtskräftigen Entscheid, das noch keine weitreichenden Termin- und Kostenfolge nach sich ziehe, sei somit der 15. Dezember 2013. Die Leistungen des Loses Bahntechnik und Gesamtkoordination seien zentral und von grösster Wichtigkeit für die zeitgerechte Fertigstellung und Inbetriebnahme, da damit das Jahrhundertbauwerk der Gotthardachse NEAT seiner vollen Nutzung zugeführt werde. Ein verspäteter Baubeginn beim Los Bahntechnik und Gesamtkoordination würde sich direkt auf den Bauendtermin und die Nutzung der ganzen Gotthardachse und die Gesamtkosten auswirken. Die rechtzeitige kommerzielle Inbetriebnahme des CBT sei von grösstem öffentlichem Interesse. Verzögerungen beim Baubeginn führten zu einem längeren Vorhalten der bereits vorhandenen Projektorganisation, insbesondere die Erhaltung der Rohbauwerke, den Betrieb und Unterhalt temporärer Einrichtungen wie Lüftung, Beleuchtung, Abwasserreinigung etc., sowie laufende Projektingenieur- und Beratungsmandate. Auch würden durch Verzögerungen Anpassungen beim Einbau notwendig, die zu Mehrkosten führen könnten, sofern die werkvertraglich definierte Terminbandbreite von -6/+12 Monaten überschritten werde. Die Strukturkosten der Vergabestelle beliefen sich auf ca. CHF 3 Mio. monatlich und erhöhten sich durch Verzögerungen entsprechend. Bei einer

Verzögerung des CBT um ein Jahr lägen Investitionskosten von rund CHF 2,6 Mia. brach. Die Verzinsung der Schulden des FinöV-Fonds, über welchen der CBT finanziert werde, führe bei Verzögerungen zu Mehrkosten in Millionenhöhe. In ihrer letzten Berechnung vom 18. Oktober 2013 gelangt die Vergabestelle auf ein Total der direkten Kosten von CHF 3,9 Mio. pro Monat. Allfällige Beschleunigungsmassnahmen zur Vermeidung von grösseren Verspätungen auf die Inbetriebnahme würden ihrerseits Mehrkosten in Millionenhöhe auslösen. Schliesslich würden dem zukünftigen Betreiber des Tunnels, der SBB AG, notwendige Einnahmen aus Güter- und Personenverkehr sowie dem Trassenverkauf entgehen. In einem derartigen Fall sei es auch gar nicht möglich, ein Beschwerdeverfahren einzuberechnen, wie dies bei Projekten, die innerhalb eines überschaubaren Zeitraums geplant und realisiert würden, möglich sei. Beim Projekt NEAT würden sich dafür schier unlösbare technische Probleme ergeben, denn eine Ausschreibung des vorliegenden umfangreichen Auftrags müsste unter Berücksichtigung eines allfälligen Beschwerdeverfahrens mehrere Jahre vor Baubeginn erfolgen. Vor diesem Hintergrund sei das private Interesse der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung als weniger gewichtig zu qualifizieren als die ausserordentlich gewichtigen öffentlichen Interessen.

E. 6.1

Grundsätzlich gilt, dass eine Vergabestelle den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, welchem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen hat (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 und Rz. 1346 f.). Dementsprechend hat etwa auch das Bundesgericht mit Urteil 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 (E. 3.2) erkannt, dass der Dringlichkeit im zu beurteilenden Fall nur ein beschränktes Gewicht zukomme, da die Kantonsregierung den Zuschlag erst spät erteilt habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat einer Vergabestelle mit Zwischenentscheid B-891/2009 vom 23. März 2009 (E. 4.1) vorgehalten, sie habe einen allfälligen zeitlichen Engpass selbst zu vertreten.

E. 6.2

Im vorliegenden Fall sind die Argumente der Vergabestelle, warum bei einem Projekt wie dem vorliegenden wegen der technischen Aktualität nicht beliebig viel Zeit für ein allfälliges Beschwerdeverfahren eingeplant werden könne, durchaus nachvollziehbar. Auch ihre Ausführungen, warum längere, im Terminplan nicht einkalkulierte Verzögerungen zu erheblichen Mehrkosten führen können, leuchten ein. Unbestreitbar ist auch, dass es sich um ein Projekt von grosser öffentlicher Bedeutung handelt. Nichtsdestotrotz können diese Aspekte nicht dazu führen, dass dem Interesse der Vergabestelle, dass die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird, bei Beschaffungen technischer Natur und von grosser öffentlicher Bedeutung grundsätzlich immer der Vorrang eingeräumt wird. Ein solche Praxis würde bedeuten, dass das gesetzlich vorgesehene Rechtsmittel bei derartigen Beschaffungen faktisch illusorisch würde.

E. 6.3

Hinzu kommt, dass die Frage der Einhaltung der ausgeschriebenen Eignungskriterien nicht nur eine Frage der Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen im Interesse der nicht berücksichtigten Mitbewerber ist. Wird ein komplexer, technischer Bau- bzw. Installationsauftrag an einen Anbieter vergeben, der nicht über die erforderliche Eignung

und Erfahrung verfügt, bestehen erhöhte Risiken, dass das abgegebene Werk entweder nicht rechtzeitig oder mit wesentlichen Mängeln behaftet geliefert wird, was seinerseits Sicherheitsrisiken, Verspätungen oder Mehrkosten aufgrund der erforderlichen Nachbesserungen verursachen kann. Insofern wäre es in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem prima facie Zweifel bestehen, ob die Zuschlagsempfängerinnen die ausgeschriebenen Eignungskriterien erfüllen, verfehlt, von der Annahme auszugehen, dass das öffentliche Interesse ausschliesslich gegen eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung angerufen werden könne. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch relevante öffentliche Interessen für eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung sprechen.

E. 6.4

Unter diesen Umständen überwiegen das finanzielle Interesse der Beschwerdeführerinnen, das öffentliche Interesse an einem effektiven Rechtsschutz sowie das öffentliche Interesse daran, dass die Vergabe nur an einen Anbieter erfolgt, der die ausgeschriebenen Eignungskriterien erfüllt, auf der einen Seite das auf der anderen Seite von der Vergabestelle geltend gemachte Interesse an einer pünktlichen Einhaltung ihres Terminplans bzw. das öffentliche Interesse daran, dass es nicht wegen dem Rechtsmittelverfahren zu wesentlichen Verzögerungen dieses wichtigen Infrastrukturprojekts kommt, sowie das finanzielle Interesse der Beschwerdegegnerinnen.

E. 7

Der Antrag der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher gutzuheissen.

E. 8

Die Parteien haben, auf Aufforderung der Instruktionsrichterin hin, diverse Anträge gestellt, in welche Akten sie bereits vor dem Zwischenentscheid über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung Einsicht verlangen. Da mit diesem Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen entsprochen wird, stellt sich die Frage der Ergreifung eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Die Beschwerdegegnerinnen dagegen verfügen bereits über sämtliche Akten, welche für die Frage ihrer Eignung relevant sind. Über die Anträge auf Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

E. 9

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid ist mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden.

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