

# **BVGer B-4941/2020 vom 6. April 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-04-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4941\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4941_2020)

FR: TAF B-4941/2020 du 6 avril 2021

IT: TAF B-4941/2020 del 6 aprile 2021

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4 E. 1.1 m.H. "Publicom").

#### **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 11. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze 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) mit den bis am 31. Dezember 2020 in Kraft getretenen Änderungen.

#### **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**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB).

### **E. 1.3.2**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b aBöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA 1994. Gemäss Art. 3 Abs. 1 aVöB gelten als Dienstleistungen die in Anhang 1a zur VöB aufgeführten Leistungen. Die darin enthaltene Liste mit der Überschrift "Dem Gesetz unterstehende Dienstleistungen" entspricht derjenigen des Anhangs 1 Annex 4 GPA 1994, indem sämtliche dort aufgeführten Dienstleistungen durch die aVöB unverändert übernommen werden. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48 E. 3). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71500000 - Dienstleistungen im Bauwesen aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung) und unter die Dienstleistungskategorie CPC 27 (Sonstige Dienstleistungen) subsumiert (vgl. Ziff. 2.1 der Ausschreibung). Demnach fällt vorliegende Dienstleistung in den Anwendungsbereich des aBöB (vgl. Urteil des BVGer B-2576/2017 vom 15. Dezember 2017 E. 1.2.2).

### **E. 1.3.3**

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 1'890'370.00 exkl. MWST vergeben (Ziff. 3.2 der Zuschlagspublikation). Damit ist der Schwellenwert für Dienstleistungen von Fr. 230'000.- gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101; AS 2020 4165) zweifelsfrei überschritten.

### **E. 1.3.4**

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 somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **E. 1.5**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG).

### **E. 1.5.1**

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG;

BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "GeoAgrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

### **E. 1.5.2**

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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.). Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer 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"; BGE 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 "Monte Ceneri" mit Hinweisen; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

### **E. 1.5.3**

Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt. Sie sind damit formell beschwert. Die Beschwerdeführerinnen beantragen in der Hauptsache, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, die Zuschlagsempfängerinnen vom Vergabeverfahren auszuschliessen und ihnen (den Beschwerdeführerinnen) den Zuschlag zu erteilen. Die Beschwerdeführerinnen rangieren an zweiter Stelle. Würde das Bundesverwaltungsgericht ihrer Argumentation folgen, wonach das Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerinnen "... für die Unternehmung und die Schlüsselperson des Projektleiters die Eignungskriterien EK1 und EK2.1 nicht erfülle, weil weder die Unternehmung noch die angeführte Schlüsselperson selber Arbeiten im Tunnel ausgeführt hätten, würde für die Beschwerdeführerinnen eine reelle Chance bestehen, selbst den Zuschlag zu erhalten. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und sind zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.6**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **E. 2**

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Zuschlagsempfängerinnen würden die Eignungskriterien für die Firmenerfahrung/-Referenz

(EK1) und für die Schlüsselperson des Projektleiters (EK 2.1) nicht erfüllen und hätten daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

### **E. 3.1**

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. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 aBöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 aBöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a aBöB). Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 580).

### **E. 3.2**

Art. 9 Abs. 1 aBöB wird durch Art. 9 Abs. 1 aVöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 aVöB genannten Unterlagen erheben und einsehen kann. 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 (vgl. aVöB, Anhang 3, Ziff. 8).

### **E. 3.3**

Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB trägt die Auftraggeberin bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1 m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555 f. m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

### **E. 3.4**

Bei der Wahl, Formulierung und Bewertung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Urteil des BVGer B-6253/2009 vom 16. März 2010 E. 3.2 m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 aBöB nicht eingreifen darf. Dasselbe gilt mit Bezug auf die Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzobjekten aufgrund der vorgegebenen Anforderungen zu Art und Umfang solcher Referenzprojekte (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 611; BGE

141 II 14 E. 8.3 m.w.H.).

### **E. 3.5**

Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-024 vom 6. Juni 2006 E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

### **E. 3.6**

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566 f.). Diese Rechtsprechung ist auf Fälle zugeschnitten, in welchen sich Anbieter gegen ihren Ausschluss wehren. Wenn hingegen ein unterliegender Anbieter geltend macht, die Vergabebehörde habe beim obsiegenden Konkurrenten die Eignungskriterien in ausschreibungswidriger Weise gehandhabt, kann er sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 3.5). Die Beschwerdeinstanzen dürfen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - den der Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien zuerkannten grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557, Rz. 566 ff. m. H. auf die Praxis des BVGer). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

### **E. 3.7**

Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide des BVGer 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 BRK 2004-003 und CRM 2004-004 vom 22. März 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 442). 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 (vgl. Zwischenentscheid des BVGer 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. 3.8**

Referenzen dienen dazu, die Eignung eines Anbieters zu prüfen und als Beleg dafür, dass der Bieter mit dem zu vergebenden Auftrag vergleichbare Leistungen bereits erbracht hat. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts müssen vergleichbare Leistungen bzw. Arbeiten zwar nicht mit der ausgeschriebenen Leistung identisch sein, aber dieser doch ähnlich sein und nahekommen (vgl. Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.10.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.7.1). Unter anderem genügt es, wenn die bereits ausgeführten Leistungen einen in etwa gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen. Die Vergabestelle soll aus der Vergleichbarkeitsprüfung der Referenzen anhand der Anforderungen in der Ausschreibung Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung ziehen und aufgrund der Verwirklichung eines oder mehrerer abgeschlossener Projekte eine positive Prognose treffen können, dass die Leistungsfähigkeit des Bieters auch im Hinblick auf die Realisierung des zu vergebenden Auftrags gegeben ist.

#### **E. 4.1.1**

Im vorliegenden Fall legte die Vergabestelle in Ziffer 3.7 der Ausschreibung die folgenden Eignungskriterien fest: EK1: FIRMENERFAHRUNG/-REFERENZ EK2: SCHLÜSSELPERSONEN, REFERENZ EK3: NACHWEIS DER VERFÜGBARKEIT DER SCHLÜSSELPERSONEN EK4: WIRTSCHAFTLICHE/FINANZIELLE LEISTUNGSFÄHIGKEIT.

#### **E. 4.1.2**

Gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung waren zu den Eignungskriterien EK1 und EK 2.1, deren Erfüllung durch die Zuschlagsempfängerinnen vorliegend umstritten ist, folgende Eignungsnachweise bzw. Bestätigungen gefordert: Zu EK1: FIRMENERFAHRUNG/-REFERENZ 1 vergleichbare Referenz Referenzprojekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich mit Angaben über Zeitraum, Ausgeführte Arbeiten / Leistungen des Anbieters. Das Referenzprojekt muss folgende Anforderungen erfüllen: a) Vermessungsmandat b) Neubau eines bergmännischen Tunnels, Länge mind. 2 km c) Projekt betreffend Nationalstrasse, Hochleistungsstrasse oder Eisenbahn d) Minimale Honorarsumme 0.5 Mio. CHF (exkl. MwSt.) e) Auftrag für die Phasen 41-53 nach SIA, Phase 52 muss abgeschlossen sein. Zu EK2: SCHLÜSSELPERSONEN, REFERENZEN (...) EK 2.1: PROJEKTLEITER Minimale Anforderungen an die Schlüsselperson für die Erfüllung der Eignungskriterien: Diplomierter Ingenieur ETH/FH oder gleichwertig mit einer Referenz als Projektleiter, Stv. Projektleiter oder gleichwertige Funktion in einem Projekt, welches mindestens folgende Anforderungen erfüllt: a) Vermessungsmandat b) Neubau eines bergmännischen Tunnels, Länge mind. 2 km c) Projekt betreffend Nationalstrasse, Hochleistungsstrasse oder Eisenbahn d) Minimale Honorarsumme 0.5 Mio. CHF (exkl. MwSt.) e) Auftrag für die Phasen 41-53 nach SIA, Phase 52 muss abgeschlossen sein. Dazu: f) Der Projektleiter hat Deutsch oder Italienisch als Muttersprache respektive C2 als Sprachkompetenz gemäss gemeinsamem europäischen Referenzrahmen für Sprachen (CEFR). Er hat für die andere Sprache (Deutsch oder Italienisch) mindestens ein B1 im mündlichen als Sprachkompetenz gemäss CEFR. Der Auftraggeber behält sich vor, im Rahmen von Verhandlungen die Sprachkenntnisse zu verifizieren.

#### **E. 4.1.3**

Die Aufgaben des Bauherrenvermessers gemäss dem vorliegenden Auftragsgegenstand bestehen in der Betreuung und Überwachung der Vermessungsarbeiten am Tunnel, einschliesslich der Zentralen, sowie an den Installationen, den Aussenanlagen und den Materialdeponien (vgl. Ziff. 2.6 der Ausschreibung). Gemäss detailliertem Leistungsbeschrieb im Pflichtenheft (Beilage 12 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 25. Januar 2021; Dossier 3 der Vergabeakten) bezieht sich der zu beschaffende Bauherrenvermesser auf den Bau der zweiten Strassenröhre, das Projekt 2TG sowie sämtliche dafür notwendige Vorarbeiten. Das Projekt 2TG umfasst drei Teilprojekte: TP01 Tunnel, TP02 Anschluss Airolo und TP03 Flankierende Massnahmen. Beim Teilprojekt TP02 geht es um die Umgestaltung des Anschlusses Airolo. Dieses sieht vor, die vorhandenen Ein- und Ausfahrtbrücken und das Viadukt Albinengo zurückzubauen und das ganze Anschlusskonzept in das Aufwertungsprojekt des Talbodens Airolo zu integrieren (vgl. Ziff. 2.1.5 des Pflichtenhefts). Hauptteile des Projektes sind die Überdeckung einer Strecke der Autobahn mit einer Galerie von etwa 1.0 km Länge und eine neue Brücke, welche das vorhandene Ausgleichsbecken der AET (Azienda Elettrica Ticinese) überquert (dito). Zwei Brückenpfeiler werden in demselben Ausgleichsbecken fundiert (dito). Die Galerie wird schlussendlich mit Ausbruchmaterial bedeckt und hinterfüllt (dito). Weitere Geländemodellierungen und Landgestaltungen mit Ausbruchmaterial sind im Gebiet Al di là dall'Acqua und in Madrano vorgesehen (dito).

## **E. 4.2**

EK1: Firmenerfahrung/-Referenz

### **E. 4.2.1**

Als Nachweis für die Firmenerfahrung/-Referenz (EK1) wie auch für die Schlüsselperson des Projektleiters (EK 2.1) haben die Zuschlagsempfängerinnen das Referenzprojekt "... " eingereicht. Beim genannten Projekt handelt es sich um ein Vermessungsmandat betreffend ein Nationalstrassenprojekt der Vergabestelle, welches zwischen 2008 und 2020 bearbeitet wurde und unter anderem den Neubau eines bergmännischen Tunnels von 2.38 km und eines bergmännischen Sicherheitsstollens von 2.24 km zum Gegenstand hat. Ebenfalls vom Projekt erfasst sind zudem die Realisierung neuer, oberirdischer Trassees zwischen (...) und (...) auf einer Strecke von 5.7 Km, weiter ein Halbanchluss in (...) und schliesslich der Rückbau des alten Trassees und dessen anschliessende Umnutzung. Schliesslich waren diverse neue Kunstbauten auf den oberirdischen Trasseabschnitten vorgesehen, so (vier) Brücken, die Unterführung (...) und die Überführungen (...) und (...), der Halbanchluss in (...), ein neuer Anschluss in (...) sowie eine Wasserzufuhr für die (Nationalstrasse) und die Region (vgl. zum Projektgegenstand die Beilagen 3 und 4 zur Vernehmlassung vom 23. Oktober 2020). Wie bereits erwähnt, stellt das angeführte Referenzprojekt ein Vermessungsmandat betreffend ein Nationalstrassenprojekt im Zusammenhang mit dem Neubau eines bergmännischen Tunnels von mindestens 2 km Länge dar. Ausserdem überschreitet das angeführte Referenzprojekt die minimale Honorarsumme von 0.5 Mio. CHF (exkl. MWST), und die verlangten Teilphasen 41-53 gemäss SIA-Norm wurden abgeschlossen (vgl. Beilagen 2 bis 5 der Vernehmlassung und Offertauszug zur Firmenreferenz der Zuschlagsempfängerinnen). Das Referenzprojekt vermag damit grundsätzlich den Ausschreibungsanforderungen gemäss EK1 Bst. a bis e (vgl. vorne E. 4.1.2) zu genügen.

#### **E. 4.2.2.1**

Selbst die Beschwerdeführerinnen räumen ausdrücklich ein, dass die von den Zuschlagsempfängerinnen angeführte Referenz "... " für die Firmenerfahrung/-Referenz (EK1) und für die Referenz der Schlüsselperson des Projektleiters (EK 2.1) die Ausschreibungskriterien a bis e grundsätzlich einhalte. Jedoch sei das angeführte Referenzobjekt trotzdem nicht mit dem vorliegenden Projekt vergleichbar. Denn gemäss den entsprechenden Angaben im Gesellschaftsvertrag und im Organigramm sei eine strikte Aufteilung der Arbeiten zwischen den ARGE-Mitgliedern vorgenommen worden. Die Zuschlagsempfängerin 2 sei nur für die Vermessung der Aussenanlagen zuständig gewesen und habe keine Arbeiten im Tunnel ausgeführt. Diese seien nur von der Beschwerdeführerin 2 betreut worden, wie den Vermessungsprotokollen zu entnehmen sei und mit den offerierten Zeugeneinvernahmen ebenfalls untermauert werden könne. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag der ARGE Z. die Möglichkeit einer gemeinsamen Ausführung der Arbeiten durch die Mitglieder zulasse, soweit dies sinnvoll und zweckmässig erscheine, könne das nicht zur Folge haben, dass sich alle Beteiligten sämtliche Arbeiten am Projekt als Referenz anrechnen lassen könnten.

#### **E. 4.2.2.2**

Dem hält die Vergabestelle entgegen, die Ausschreibung habe von den Anbietern verlangt, nur den Nachweis zu erbringen, dass die Unternehmung in einem zum Zeitpunkt der Offerteingabe abgeschlossenen Projekt mit vergleichbarer Komplexität gemäss den Kriterien a bis e und aus dem gleichen Fachbereich tätig gewesen sei und lediglich Erläuterungen zu den von ihnen im Referenzprojekt ausgeführten Arbeiten zu machen seien. Eine Pflicht für die Anbieter, sämtliche Tätigkeiten bzw. Leistungen im angeführten Referenzprojekt selbst erbracht zu haben, sei von der Ausschreibung nicht vorgesehen. Nach Ansicht der Vergabestelle gehe das Verständnis der Beschwerdeführerinnen bezüglich der Ausschreibungsvorgaben zu weit und würde dazu führen, dass - abgesehen von Einzelunternehmen - nur Bietergemeinschaften in der gleichen Zusammensetzung wie im Referenzprojekt, nicht aber andere Bietergemeinschaften oder Einzelfirmen einer früheren Arbeitsgemeinschaft ein Angebot einreichen könnten. Vorliegend habe der Gesellschaftsvertrag trotz grundsätzlicher Arbeitsteilung zwischen den ARGE-Mitgliedern auch die Möglichkeit einer gemeinsamen Arbeitsausführung vorgesehen, sofern dies sinnvoll und zweckmässig erscheine. Dies entspreche dem Sinne der Aufgabenteilung zwischen ARGE-Mitgliedern einerseits und zwischen Projektleiter und Projektleiter Stv. andererseits. Für die Firmenreferenz bedeute dies, dass die Mitglieder einer ARGE gemeinsam ein Mandat ausführen und folglich je einzeln die Referenz für das gesamte Projekt erwerben würden.

#### **E. 4.2.3**

Aufgrund der Argumentation der Beschwerdeführerinnen bleibt nachfolgend zu untersuchen, ob die Vergabestelle auf den Referenznachweis der Zuschlagsempfängerinnen abstellen durfte, um deren Eignung als erfüllt zu betrachten bzw. ob sich die Zuschlagsempfängerinnen für die Firmenreferenz auf die von der Beschwerdeführerin 2 erbrachten Leistungen berufen dürfen und ihnen solche Leistungen, an deren Ausführung sie offenbar nicht beteiligt waren, überhaupt zugerechnet werden können.

#### **E. 4.2.3.1**

Gemäss Ziff. 3.5 der Ausschreibung werden Bietergemeinschaften im vorliegenden Vergabeverfahren ausdrücklich zugelassen. In einem solchen Fall wie dem vorliegenden

werden Angebote von Bietergemeinschaften im Vergabeverfahren gleich wie Einzelbewerbungen behandelt. Unter Vorbehalt anderslautender expliziter Bestimmungen in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen müssen die Mitglieder einer Bietergemeinschaft zusammen und nicht für sich allein die Eignungskriterien erfüllen (vgl. Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1481 f.). Nur diejenigen vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen, wie namentlich die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen, der Nachweis über die Bezahlung von Steuern und Abgaben, usw. müssen von allen Mitgliedern erfüllt werden (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 1480). Ähnlich verhält es sich mit den Referenznachweisen von Bietergemeinschaften. Wird - wie vorliegend - in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen nichts ausdrücklich festgehalten, so muss nicht jedes Mitglied die verlangten Referenzen nachweisen, sondern es genügt, wenn das für die konkret nachgefragte Leistung verantwortliche Mitglied über die damit zusammenhängende Referenz verfügt (vgl. Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey/Martin Beyeler/Stefan Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 57-59; vgl. Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 4.2 f.).

#### **E. 4.2.3.2**

Die Frage bezüglich der Prüfung und Zuordnung von Referenzprojekten, bei welchen ein Anbieter zur Erfüllung eines Eignungskriteriums auf einen Auftrag verweist, der durch eine andere Arbeitsgemeinschaft, an der er beteiligt war, ausgeführt wurde, wurde in Praxis und Lehre kaum behandelt. Stützt sich ein Konsortium bei der Firmenreferenz auf die Referenz einer früheren Bietergemeinschaft, an welchem ein Konsortialpartner mit einer oder mehreren anderen Unternehmungen beteiligt war, so ist bei einer klar definierten Arbeitsteilung grundsätzlich davon auszugehen, dass die vorgelegte Referenz lediglich den Nachweis für die von jedem Mitglied tatsächlich und konkret selbst erbrachten Teilleistungen erbringt und nicht insgesamt jedem einzelnen Mitglied zugerechnet werden kann (vgl. Urteil des EuGH vom 4. Mai 2017 C-387/14 Esaprojekt). In einem anderen Fall, in welchem die Anbieter gemäss Ausschreibung eine Referenz für die Lieferung einer Pelton-turbine und eines Generators mit einer Maschinenleistung von mehr als 10 MW samt der Leittechnik als Generalunternehmer nachweisen mussten, wurde das Referenzprojekt einer Einzelanbieterin, welches durch ihre Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft entstanden war, als untauglich erachtet, weil die Bieterin innerhalb der Gemeinschaft nur für die Turbine und den Generator, nicht aber für die Leichttechnik verantwortlich war (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2018/124 vom 20. November 2018 E. 3.1 ff.). Eine Lehrmeinung stimmt diesem Entscheid grundsätzlich zu, gibt aber zu bedenken, dass die mit einer bestimmten Teilleistung intern nicht betraute Konsortialpartnerin kraft des gemeinsam mit den anderen Partnerinnen als einfache Gesellschaft mit der Auftraggeberin abgeschlossenen Vertrags in aller Regel auch für die Teilleistungen einzustehen habe (vgl. Art. 544 Abs. 3 OR) und in diesem Sinne die volle Verantwortung (mit-)trage (vgl. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Rz. 185). Die Anrechnung von Referenzleistungen von Konsortialpartnern wird gemäss dieser Lehrmeinung als unzulässig erachtet, wenn das vorgegebene Eignungskriterium auf Leistungen abstellt, welche die Anbieterin im Referenzprojekt selber erbracht hat (vgl. Beyeler, idem). In einem Zwischenentscheid hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Anrechenbarkeit von Referenzen anderer juristischer Personen als der Anbieterin im Zusammenhang mit Konzerngesellschaften befasst und festgehalten, dass eine Anbieterin, die sich auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen will, die

fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden muss (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 ff. mit Verweis auf die Lehrmeinung von Beyeler). Für den vorliegend zu beurteilenden Fall lassen sich hieraus jedoch keine konkreten Schlüsse ziehen.

#### **E. 4.2.3.3**

Wie die spärliche Rechtsprechung und Lehre bereits zum Ausdruck zu bringen scheinen, kann die Frage der Anrechnung von Referenzleistungen von Konsortialpartnern nicht losgelöst von den konkreten Anforderungen in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen sowie von den Umständen des Einzelfalls betrachtet werden. Der entscheidende Ausgangspunkt ist, wie die Vorinstanz das zur Diskussion stehende Eignungskriterium formuliert hat, zumal die in der Ausschreibung enthaltenen Anforderungen von den Beschwerdeführerinnen nicht beanstandet werden.

#### **E. 4.2.3.4**

Vorliegend waren die Anforderungen an die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts klar umschrieben (vgl. vorne E. 4.1.2). Gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung war die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts für das Unternehmen lediglich anhand der Kriterien gemäss Bst. a bis e zu beurteilen, unter Berücksichtigung der zu machenden Angaben über den Zeitraum und die ausgeführten Leistungen bzw. Arbeiten. Die aufgestellten Kriterien zur Ermittlung der vergleichbaren Komplexität bzw. Vergleichbarkeit des Referenzprojekts knüpfen konkret an die Art des Auftrags (Vermessungsmandat; Bst. a), den Fachbereich (Neubau eines bergmännischen Tunnels von mindestens 2 km Länge, Bst. b einerseits und Projekt betreffend Nationalstrasse, Hochleistungsstrasse oder Eisenbahn, Bst. c andererseits), an das Auftragsvolumen (mindestens 0.5 Mio. CHF exkl. MWST, Bst. d) und an den Nachweis für den (teilweise) obligatorischen Abschluss der SIA Phasen 41-53 (Bst. d) an. Wie bereits erwähnt, waren Angebote von Bietergemeinschaften gemäss Ausschreibung zulässig. Referenzprojekte, welche durch Beteiligung eines Unternehmens an einer anderen, früheren Arbeitsgemeinschaft ausgeführt wurden, wurden nicht für unzulässig deklariert. Soweit weitergehend verlangte die Ausschreibung von den Bietern lediglich die Übermittlung von Angaben zum Zeitraum und zu den im Referenzprojekt ausgeführten Leistungen bzw. Arbeiten. Aufgrund der verwendeten offenen Formulierung bestanden für die Bieter jedoch keine speziellen Vorgaben hinsichtlich dessen, welche Leistungen im Referenzprojekt konkret auszuweisen waren, beispielsweise ob nur Vermessungsarbeiten am Tunnel für den Eignungsnachweis berücksichtigt wurden. Eine ausdrückliche Pflicht, dass die am Referenzprojekt beteiligten Unternehmungen sämtliche Leistungen selber zu erbringen hatten, war gemäss Ausschreibung nicht vorgesehen. Insbesondere schrieben die Ausschreibungsbestimmungen keinen bestimmten (minimalen) Prozentsatz an Eigenleistungen bezüglich der getätigten Vermessungsarbeiten vor. Ebenso wenig wurde verlangt, dass der für die Federführung vorgesehene Partner bei Angaben von Referenzprojekten, welche in einer Arbeitsgemeinschaft ausgeführt wurden, die technische Federführung innehaben musste. Soweit die Vergabestelle die Ausschreibungsbestimmungen in dem Sinne versteht, dass für die Firmenreferenz die Sammlung von Erfahrung in einem Referenzprojekt verlangt war, welches die Anforderungen gemäss den Kriterien a bis e insgesamt erfüllt und neben den Erläuterungen zum Zeitraum und zu den im Referenzprojekt ausgeführten Arbeiten bzw. Leistungen keine zusätzlichen Nachweise erforderlich waren, kann ihre Auslegung weder als rechtsfehlerhaft

noch als willkürlich bezeichnet werden.

#### **E. 4.2.4.1**

Gemäss dem offengelegten italienischsprachigen Offertauszug haben die Zuschlagsempfängerinnen im Rahmen des Referenzprojekts für das Unternehmen die Ausführung folgender Leistungen bzw. Arbeiten angeführt: - digitale Terrainmodellenaufnahmen für die Projektierung (...); - Festlegung des Fixpunktnetzes im Bereich Portal und Baustelle (zusammen mit der Konsortialpartnerin); - Aufnahmen, Absteckungskontrollen, Profilaufnahmen im Tunnel (zusammen mit der Konsortialpartnerin), - Aufnahme und Absteckungen von Strassenbauwerken, Kunstbauten und Umweltwerken ("..."); - Aufnahmen mit Drohne für die Berechnung der digitalen Terrainmodelle, Berücksichtigung von Oberflächen und Volumen; - Aufnahme der ausgeführten Bauwerke; - Monitoring von Portalbauwerken und Bauwerken.

#### **E. 4.2.4.2**

Es ist unbestritten und aktenkundig, dass die ARGE Z., bestehend aus der Zuschlagsempfängerin 2 und der Beschwerdeführerin 2, für die Ausführung der Arbeiten im Rahmen des genannten Referenzprojekts zuständig war. Die Zuschlagsempfängerin 2 bzw. die Beschwerdeführerin 2 war für die Arbeiten unter Tage bzw. die Arbeiten über Tage verantwortlich, wobei - sofern sinnvoll und zweckmässig - die Möglichkeit einer gemeinsamen Arbeitsausführung vorgesehen war (vgl. Gesellschaftsvertrag inkl. Organigramm gemäss Beilage 7 der Beschwerdeführerin und Beilage 8 der Vergabestelle). Die Tätigkeiten im Rahmen des Vermessungsmandats umfassten die Bereiche Tunnelvermessung, Fixpunktnetz und Aussenanlagen (vgl. Organigramm des Gesellschaftsvertrags).

#### **E. 4.2.4.3**

Aufgrund der Angaben zu den ausgeführten Tätigkeiten und erledigten Aufgaben gemäss Offertauszug und unter Berücksichtigung des Gegenstands des Referenzprojekts bzw. des vorliegenden Auftrags (vgl. vorne E. 4.2.1 bzw. E. 4.1.3) ist der Vergabestelle zuzustimmen, wenn sie unter Berufung auf das Pflichtenheft für den vorliegenden Auftrag und auf den Gegenstand des Referenzobjekts festhält, dass das eingereichte Referenzprojekt und die darin erbrachten Tätigkeiten aus fachlicher Sicht mit dem vorliegenden Mandat vergleichbar seien. In beiden Fällen umfasst der Auftragsgegenstand effektiv nicht nur Vermessungsarbeiten im Zusammenhang mit dem Bau eines bergmännischen Tunnels, sondern auch im Bereich Aussenanlagen und Anschlussbauwerken.

#### **E. 4.2.4.4**

In Anbetracht des hier vertretenen Auslegungsergebnisses war für die Bejahung der Eignung der Firmenreferenz vorliegend entscheidend, dass der Bieter berufliche Erfahrung in einem Referenzprojekt ausweisen konnte, welches die entsprechenden Voraussetzungen in der Ausschreibung erfüllt. Besondere Anforderungen an die zu erläuternden ausgeführten Arbeiten und Tätigkeiten wurden aber keine gestellt. Insbesondere wurde für den Eignungsnachweis nicht vorgeschrieben, dass die betreffenden Vermessungsarbeiten nur in einem Tunnel hätten erfolgt sein müssen. Die von den Zuschlagsempfängerinnen angegebenen Tätigkeiten für die Firmenreferenz beziehen sich auf Vermessungsarbeiten im Zusammenhang mit einem Referenzobjekt, welches unbestrittenermassen die Mindestanforderungen an das Referenzprojekt erfüllt und weisen einen vergleichbaren Bezug mit dem vorliegenden Auftragsgegenstand auf. Die Vergabestelle durfte deshalb das

angeführte Referenzobjekt für gültig erklären, jedenfalls allein schon durch die unstreitig gebliebenen, selbständig ausgeführten Vermessungsarbeiten an den Aussenanlagen.

#### **E. 4.2.4.5**

Soweit die Beschwerdeführerinnen die Deklaration der Zuschlagsempfängerinnen bestreiten, wonach sie die Vermessungsarbeiten im Tunnelbereich gemeinsam mit der Konsortialpartnerin ausgeführt hätten, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass der Gesellschaftsvertrag betreffend das angeführte Referenzprojekt im Rahmen des Notwendigen und Zweckmässigen die Möglichkeit für eine gemeinsame Ausführung der Arbeiten explizit beinhaltet. Aus dem Organigramm zum selben Gesellschaftsvertrag resultiert ausserdem, dass je ein Mitglied der Beschwerdeführerin 2 und der Zuschlagsempfängerin 2 Einsitz in die Projektleitung des Referenzprojekts genommen hatte. Ob sich aus den erwähnten Angaben des Gesellschaftsvertrags hinreichende Anhaltspunkte ergeben würden, wonach die im Referenzprojekt erbrachten Leistungen in ihrer Gesamtheit beiden beteiligten Konsortialpartnerinnen zugerechnet werden könnten, braucht hier nicht näher untersucht zu werden, nachdem feststeht, dass die Vergabestelle die Gültigkeit des Referenzprojekts der Zuschlagsempfängerinnen bereits anhand der in Eigenleistung erfolgten Vermessungsarbeiten an den Aussenanlagen bejahen kann. Bei diesem Resultat sind die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, wonach nur die Beschwerdeführerin 2 Vermessungsarbeiten im Tunnel selber ausgeführt habe, weder als entscheiderelevant noch als beweisbedürftig anzusehen. Es kann deshalb auf die angebotenen Zeugenbefragungen und die Abnahme der weiteren Beweismittel verzichtet werden.

#### **E. 4.2.4.6**

Sodann sei nochmals darauf hingewiesen, dass das hier interessierende Referenzprojekt ein Vermessungsmandat im Bereich eines Nationalstrassenprojekts der Vergabestelle betrifft (vgl. vorne E. 4.2.1). Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts kann die Vergabestelle im Rahmen der Eignungsprüfung bei der Beurteilung der angeführten Referenzprojekte, bei welchen es sich - wie vorliegend - um frühere Projekte der Vergabestelle selbst handelt, auch auf ihr eigenes Wissen abstellen (vgl. Urteile des BVGer B-487/2020 vom 29. Oktober 2020 E. 5.3.4.2 und B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.1.2). Die Vergabestelle erklärt diesbezüglich, dass die Angaben der Zuschlagsempfängerinnen in ihrem Angebot zu den Referenzen und der von der F.\_\_\_\_\_ AG erbrachten Tätigkeiten durch Befragung der angegebenen Auskunftspersonen des ASTRA bestätigt worden seien. Es bestehen keine Anhaltspunkte, an dieser Aussage zu zweifeln.

#### **E. 4.2.5**

In Gesamtwürdigung sämtlicher genannter Umstände (vgl. vorne ganze E. 4.2.4) und unter Berücksichtigung des der Vergabestelle zuerkannten Ermessensspielraums bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien (vgl. vorne E. 3.4) ist zusammenfassend nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle zur Erkenntnis gelangte, dass das von den Zuschlagsempfängerinnen vorgelegte Referenzprojekt die Anforderungen an die Vergleichbarkeit vollumfänglich erfüllte. Gestützt auf das durchgeführte Vermessungsmandat betreffend (...) durfte die Vergabestelle daher die Prognose stellen, dass den Zuschlagsempfängerinnen die fachliche und technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag attestiert werden kann. Indem die Vergabestelle das von den Zuschlagsempfängerinnen als Nachweis der Eignung des

Unternehmens aufgeführte Referenzobjekt akzeptiert hat, hat sie das ihr zugestandene Ermessen pflichtgemäss ausgeübt und die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

### **E. 4.3**

Schlüsselperson des Projektleiters (EK 2.1)

#### **E. 4.3.1**

Für die Schlüsselperson des Projektleiters mussten die Anbieter den Nachweis erbringen, dass die von ihnen angeführte Person über ein Diplom als Ingenieur (ETH/FH) oder eine gleichwertige Ausbildung verfügte und als Projektleiter, Stv. Projektleiter oder in gleichwertiger Funktion in einem Projekt tätig war, welches die Mindestanforderungen gemäss Bst. a bis f im Sinne von Ziff. 3.8 der Ausschreibung erfüllte (vgl. vorne E. 4.1.2). Die Zuschlagsempfängerinnen haben als Nachweis der Eignung der Schlüsselperson "Projektleiter" (EK 2.1) das gleiche Referenzobjekt wie für die Firmenreferenz (EK 2.1) angegeben, d.h. "...". Gemäss Offertauszug zum Eignungskriterium EK 2.1 und dem entsprechenden CV fungierte die von den Zuschlagsempfängerinnen angegebene Schlüsselperson im Referenzprojekt als Stv. Projektleiter, sie hat einen Abschluss als Kulturingenieur ETH und ist italienischer Muttersprache mit guten Deutschkenntnissen. Die Anforderungen an Funktion, Ausbildung und Sprachkenntnisse sind demnach als gegeben zu erachten. Die Mindestanforderungen an das Projekt gemäss Bst. a bis e stimmen mit denjenigen überein, die für die Firmenreferenz (EK1) aufgestellt wurden. Deren Erfüllung wurde bereits bejaht (vgl. vorne E. 4.2.1). Gemäss deutscher Übersetzung des offengelegten italienischsprachigen Offertauszugs hat die Schlüsselperson der Zuschlagsempfängerin die im Referenzprojekt von ihr erbrachten Leistungen wie folgt umschrieben: Konzept, Installation, Vermessung und Berechnung des Fixpunktnetzes, Konzept und Organisation der Kontrollen beim Vortrieb, Verantwortung für die Koordinierung und Ausführung sämtlicher Aussenarbeiten, Verwaltung der Arbeitsgemeinschaft.

#### **E. 4.3.2.1**

Mit Bezug auf das Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerinnen halten die Beschwerdeführerinnen die Anforderungen gemäss Bst. a bis e grundsätzlich für gegeben. Ebenso wenig bestreiten sie die Erfüllung des Erfordernisses der genügenden Sprachkenntnisse. Sie verneinen die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts mit dem vorliegenden Auftragsgegenstand allein mit der Begründung, dass die angeführte Schlüsselperson nicht von Beginn an als stv. Projektleiter am Projekt beteiligt gewesen sei und selber keine Vermessungsarbeiten im Tunnel ausgeführt habe, weshalb die Angaben zu den getätigten Leistungen im Offertauszug als falsch zu bezeichnen seien.

#### **E. 4.3.2.2**

Die Vergabestelle entgegnet im Wesentlichen, der Standpunkt der Beschwerdeführerinnen lasse sich mit den Ausschreibungsbedingungen nicht vereinbaren. Gemäss diesen hätten die Anbieter lediglich den Nachweis zu erbringen gehabt, dass der angegebene Projektleiter als Projektleiter, Stv. Projektleiter oder in ähnlicher Funktion in einem Projekt tätig sei, welches die minimalen Projektanforderungen erfülle. Es sei nicht zusätzlich verlangt worden, dass die Schlüsselpersonen auch alle Tätigkeiten und Arbeiten im ganzen Projekt auszuführen hätten und von Anfang an am Projekt beteiligt sein müssten. Vielmehr komme es bei diesem Eignungskriterium auf die Führungserfahrung an.

### **E. 4.3.3**

Der Sichtweise der Vergabestelle ist zuzustimmen. In der Ausschreibung wurde effektiv keine Vorgabe aufgestellt, dass die angegebene Schlüsselperson selber sämtliche Leistungen im referenzierten Projekt zu erbringen hatte. Im Vergleich zum Nachweis für die Firmenreferenz wurden für den Projektleiter im Ausschreibungstext keine Angaben der von ihm ausgeführten Tätigkeiten verlangt. Für den Eignungsnachweis der Schlüsselperson des Projektleiters genügte es also, wenn die Anbieter ein Projekt anführten, welches die Mindestanforderungen erfüllte und bei welchem der vorgesehene Projektleiter die Funktion als Projektleiter, Stv. Projektleiter oder eine gleichwertige Funktion innehatte und die Anforderungen an Ausbildung und Sprache aufweisen konnte. Die in diesem Sinne vorgenommene Auslegung durch die Vergabestelle erweist sich demnach als korrekt. Auch ihre Beurteilung, dass bei diesem Eignungskriterium der Fokus in erster Linie auf die Führungserfahrung gelegt war, ist vertretbar.

### **E. 4.3.4**

Vorliegend ergibt sich aus dem Organigramm zum Gesellschaftsvertrag vom 7. Mai 2008 betreffend das angeführte Vermessungsmandat, dass die Zuschlagsempfängerin 2 ursprünglich einen anderen Mitarbeiter eingesetzt hatte, welcher für Aussenanlagen zuständig war und als Stv. Projektleiter fungierte. Aufgrund dessen Eintritts in den Ruhestand schlug die damalige Teilprojekt- und Oberbauleitung mit Schreiben vom 16. August 2010 der Vergabestelle vor, diesen durch einen neuen Mitarbeiter zu ersetzen, welcher bereits seit über eineinhalb Jahren auf der Baustelle (...) als Ingenieur ETH tätig gewesen war (Beilage 8 der Vergabestelle). Aus dem am 8. Februar 2010 aktualisierten Organigramm des Gesellschaftsvertrags geht hervor, dass die neue eingesetzte Person die Stellvertretung des Projektleiters für die ganze Bietergemeinschaft übernommen hatte, wobei ein Mitarbeiterpool aus ca. 30 Personen zur Verfügung stand. Ausserdem war er für die Aussenanlagen und für das Controlling verantwortlich (Beilage 9 der Vergabestelle).

### **E. 4.3.5**

Aufgrund der genannten Sachverhaltselemente resultiert, dass die von den Zuschlagsempfängerinnen angegebene Schlüsselperson über die geforderten Qualifikationen bezüglich Funktion im Projekt, Referenznachweis, Bildung und Sprache verfügte. Durch ihre Rolle als Stv. Projektleiter im Referenzprojekt ist durchaus plausibel, dass sie sich Führungsfunktionen und Kenntnisse in Bezug auf sämtliche Tätigkeitsbereiche aneignen konnte. Der Umstand, dass die angeführte Person nicht von Beginn an als Stv. Projektleiter beteiligt war, sondern erst nach ca. eineinhalb Jahren in dieser Funktion zum Projekt stiess, dürfte wohl kaum negativ ins Gewicht fallen, wenn man bedenkt, dass sich das Projekt auf ca. 12 Jahre erstreckte und die Schlüsselperson anfänglich immerhin als Ingenieur fungierte. Nach dem Gesagten und vor dem Hintergrund, dass die Vergabestelle bei eigenen Projekten wie vorliegend auch auf vorhandene eigene Kenntnisse zurückgreifen kann, ist nicht zu beanstanden, wenn sie das Referenzprojekt für die Schlüsselperson des Projektleiters als ausreichend taxierte und damit den Zuschlagsempfängerinnen die Eignung unter diesem Aspekt zubilligte.

### **E. 4.4**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die positive Beurteilung des gleichen Referenzobjekts als Eignungsnachweis des Unternehmens (vgl. vorne ganze E. 4.2) und der Schlüsselperson des Projektleiters (vgl. vorne ganze E. 4.3) als vergaberechtskonform

einzustufen ist und insbesondere im Rahmen des der Vergabestelle zustehenden Ermessens (vgl. vorne E. 3.4) liegt. Das Vorliegen eines Ausschlussgrundes wegen fehlender Eignung im Sinne des beschwerdeführerischen Rechtsbehrens ist demnach zu verneinen.

### **E. 5.1**

Für das Verfügungsverfahren nach dem Vergabeverfahren sind die Artikel 22a, 24-28, 30, 30a und 31 VwVG nicht anwendbar (Art. 26 Abs. 2 aBöB). Dieser spezialgesetzliche Ausschluss des Akteneinsichtsrechts gilt bis zum Ablauf der Beschwerdefrist nach dem Zuschlagsentscheid (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1363). Soweit die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs rügen, da sich die Vergabestelle trotz ihres wiederholten Ersuchens im Anschluss an den Zuschlag geweigert habe, ihnen Einsicht in die Vergabeakten und in die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen zu geben, vermögen sie mit ihrer Beschwerde nicht durchzudringen.

### **E. 5.2**

Den Beschwerdeführerinnen wurde die Akteneinsicht in der von der Vergabestelle gewünschten Form gewährt. Bis zur Replik vom 18. Februar 2021 halten sie an ihrem Antrag auf erweiterte Akteneinsicht fest. Damit bezwecken sie eine vollständige Offenlegung der noch geschwärzten Passagen in den Offertauszügen der Zuschlagsempfängerinnen betreffend die Firmenreferenz und das Referenzprojekt für den Projektleiter. Konkret meinen sie die Antworten der Zuschlagsempfängerinnen auf die Fragen hinsichtlich Vergleichbarkeit des angegebenen Projektes mit dem vorliegenden bzw. der ausgeführten Arbeiten mit den vorliegenden Anforderungen.

### **E. 5.3**

Erst im Beschwerdeverfahren kann sich der Beschwerdeführer auf das Akteneinsichtsrecht berufen. Damit wird in Kauf genommen, dass sich der Beschwerdeführer erst anhand der im Rahmen der Akteneinsicht neu gewonnener Kenntnisse der Begründetheit bzw. Unbegründetheit seiner Beschwerde bewusst wird. Aber auch im Beschwerdeverfahren ist die Akteneinsicht beschränkt. Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche 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. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB; 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). Zu den nicht offenzulegenden Offertbestandteilen zählen praxisgemäss auch die detaillierten Kalkulationsgrundlagen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1192). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.4.5 und Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 11.2 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

### **E. 5.4**

Die Frage, ob das von den Zuschlagsempfängerinnen angeführte Referenzprojekt (...) das Eignungskriterium für das Unternehmen und für die Schlüsselperson des Projektleiters

erfüllt, konnte vorliegend in erster Linie anhand der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, der durch die Vergabestelle offengelegten Auszüge aus der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen, der Rechtsschriften und deren Beilagen beantwortet werden. Soweit den Beschwerdeführerinnen keine bzw. nur eine beschränkte Akteneinsicht gewährt wurde, konnte sich das Gericht von Amtes wegen vergewissern, dass die Vergabestelle die Referenznachweise anhand der Ausschreibungskriterien geprüft hat und die abgedeckten Passagen in der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle enthalten. Ferner konnte das Gericht die Ausführungen der Vergabestelle insbesondere zur Einhaltung des Erfordernisses der minimalen Honorarsumme des Referenzprojektes verifizieren. Auch ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen mit der teilweisen Gewährung der Akteneinsicht in die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen in die Lage versetzt wurden, die Informationen zu den weiteren Anforderungen an das Referenzprojekt (vgl. vorne E. 4.1.2) zu bekommen.

#### **E. 5.5**

Nach den zahlreichen Eingaben und dem ausgedehnten Schriftenwechsel konnte die Sache als spruchreif betrachtet werden. Deshalb erweist sich ein separater Zwischenentscheid für die Beurteilung des Antrags auf aufschiebende Wirkung als nicht mehr erforderlich. Wie bereits in Aussicht gestellt, kann das Verfahren im aktuellen Zeitpunkt mit einem Endurteil abgeschlossen werden. Damit ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

#### **E. 6**

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 7**

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. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 8'000.- festgesetzt und dem fristgerecht bezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen. Bei diesem Verfahrensausgang ist den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das BöB fallende Vergabestelle hat praxisgemäss keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1443; vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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