

BVGer B-6366/2020 vom 9. Juni 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-06-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6366_2020_d20210609

FR: TAF B-6366/2020 du 9 juin 2021

IT: TAF B-6366/2020 del 9 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 2

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

E. 3

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

E. 3.1

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. 3.2

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. 3.2.1

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte

Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [SR 0.172.052.68]) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Die Vergabestelle befindet sich zu 50.05% im Eigentum des Bundes. Damit handelt es sich bei ihr um eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB).

E. 3.2.2

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

E. 3.3

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

E. 3.4

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

E. 4

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, m.H. "Microsoft"; dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 m.H.).

E. 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. 6

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"). 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 (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen 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 BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von

Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVG 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

E. 7

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

E. 7.1

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

E. 7.2

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

E. 7.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Frage, ob der unterlegene, Beschwerde führende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"). Beantragt der beschwerdeführende Anbieter nicht nur die Aufhebung des Zuschlags, sondern des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags, und würde ihm dies die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, so gilt sein Interesse als schutzwürdig (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und

vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; Zwischenverfügung des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 5.4.4.2 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Vorliegend rügen die Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung enthalte zahlreiche und so wesentliche Mängel, dass das Projekt nicht wie ausgeschrieben realisiert werden könne. Mit den in ihrer Unternehmervariante vorgesehenen Anpassungen am Projekt und in der Ausführung seien die konzeptionellen Fehler der Amtslösung ausgebügelt worden. Der Ausschluss ihrer Unternehmervariante sei zu Unrecht erfolgt. Da ihre Unternehmervariante das wirtschaftlich günstigste Angebot darstelle, sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei das Verfahren wegen der wesentlichen Mängel der Ausschreibung abzubrechen und das Projekt sei neu auszuschreiben. Der unter Berücksichtigung der nachofferierten Optionen überarbeitete Preis der Unternehmerofferte der Beschwerdeführerinnen ist günstiger als das entsprechende Angebot der Zuschlagsempfängerin. Würde diese Variante nicht ausgeschlossen, sondern mit diesem Preis in die Bewertung einbezogen, so wäre sie im ersten Rang zu platzieren und die Beschwerdeführerinnen hätten eine reelle Chance darauf, den Zuschlag zu erhalten. Auch wenn das Gericht lediglich der Eventualargumentation der Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung habe so viele und so gravierende Mängel aufgewiesen, dass das Verfahren abzubrechen und das Projekt neu auszuschreiben sei, folgen würde, würde dies den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, was praxisgemäss für die Legitimation ausreicht.

E. 7.4

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

E. 7.5

Soweit die Vergabestelle geltend macht, die Eintretensvoraussetzungen seien im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt, kann ihr daher prima facie nicht gefolgt werden.

E. 8

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

Erstattung der Anwaltskosten die Beschwerde zurückzuziehen und auf eine weitere Beschwerde zu verzichten. Das Bundesverwaltungsgericht habe die "Schutzschrift" den Beschwerdeführerinnen zwar noch zugestellt, aber erst eine Woche vor Ablauf der Beschwerdefrist. Diese sei damit in unzulässiger Weise verkürzt worden. Die Schutzschrift sei daher aus dem Recht zu weisen.

E. 8.1

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

E. 8.2

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

E. 8.3

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

E. 8.4

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Rüge, die Vergabestelle habe ihre Begründungspflicht verletzt, offensichtlich nicht geeignet ist, zu einer Aufhebung der Zuschlagsverfügung zu führen.

E. 9

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zum Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen oder zum Abbruch des Verfahrens führen müssten. Das Vorprojekt und die Leistungsverzeichnisse wiesen schwerwiegende Mängel auf. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. Insbesondere seien zu wenig Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders aufwendigen Typs G4 ausgeschrieben worden. Die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Vorausmassen auf. Der vorgegebene strikte Zeitplan mit zeitlich begrenzter Sperrung des Bahnverkehrs lasse sich nicht einhalten. Die Mängel der Ausschreibung hätten die Vergabestelle veranlasst, nachträglich (nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Eingang der Angebote) vier zusätzliche "Optionen" zu formulieren, darunter eine Bauzeitverlängerung um 12 Wochen, und die Anbieter einzuladen, hierfür eine zusätzliche Offerte einzureichen. Diese nachträglich angefragten Optionen seien rechtlich unzulässig gewesen und sie würden auch nur einen Teil der Mängel beheben. Einzig die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen erlaube, die Arbeiten technisch einwandfrei, innert dem Zeitplan und zudem wesentlich günstiger auszuführen.

E. 9.1

Die Beschwerdeführerinnen haben zum Nachweis ihrer Behauptungen verschiedene Gutachten beantragt. Zwar geht einem Gericht in der Regel das nötige einschlägige Fachwissen ab, um selbst technische Fragen zu beantworten. Andererseits ist die Einholung von Gutachten mit dem in Beschaffungsverfahren, insbesondere vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung, geltenden qualifizierten Beschleunigungsgebot in der Regel nicht vereinbar. Dieser Konflikt kann zwar nicht dazu führen, dass anlässlich der prima-facie-Beurteilung die Möglichkeit, dass das Gutachten die Sachverhaltsbehauptung des Beschwerdeführers belegen würde, aus Zeitgründen völlig ausser Acht gelassen wird. Indessen bewirkt ein Antrag auf Einholung eines derartigen Gutachtens zu einer technischen Frage nicht automatisch, dass eine negative Hauptsachenprognose im Rahmen der prima-facie-Beurteilung ausgeschlossen wäre.

E. 9.2

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Vorprojekt und die Leistungsverzeichnisse wiesen schwerwiegende Mängel auf. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. Insbesondere seien zu wenig Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders aufwendigen Typs G4 ausgeschrieben worden. Der Zweck der standardmässigen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen im Gewölbesanierungsbereich G2 sei nicht ersichtlich, da das Gewölbe im Bereich G2 nur untergeordnete Mauerwerkschäden aufweise. Diese Injektionen seien sogar technisch kontraproduktiv. Statt der auf einer Länge von 1'550m vorgesehenen Gewölbeinstandsetzungen G2 seien auf circa 400m Massnahmen nach dem Typ G4 und auf circa 1'150m Massnahmen nach dem Typ G1 erforderlich. Zudem weise die Amtslösung die geplanten Massnahmen falschen Bereichen im Tunnel zu. Dies führe zu umfangreichen Verlagerungen in den Vorausmassen und habe auch Auswirkungen auf die

Logistik und die Bauzeit. Die Risikobewertungen und technischen Berichte der Beschwerdeführerinnen zeigten, dass die Vergabestelle nur mit halb so vielen Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders anspruchsvollen und kostenintensiven Typs G4 (Gewölbeerneuerung inkl. Auflager und Erneuerung des Sohlgewölbes) gerechnet habe wie effektiv notwendig seien. Dies werde zu Mehrkosten von mehreren Millionen Franken führen und erfordere zusätzliche Bauzeit, die der Amtsvorschlag nicht zulasse. Bestätigt werde diese Beurteilung dadurch, dass zwei der vier von der Vergabestelle nachträglich formulierten Optionen zusätzliche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 und eine zusätzliche Bauzeit von 12 Wochen vorsähen.

E. 9.2.1

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

E. 9.2.2

Welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen an welchen Stellen des Tunnels zweckmässig sind, ob das geplante Projekt dem Stand der Technik entspricht und ob die finanziellen Risiken sich in einem annehmbaren Rahmen halten, sind Fragen, deren Beantwortung im Ermessen der Vergabestelle liegt, denn es ist grundsätzlich an ihr zu beurteilen, ob der Beschaffungsgegenstand ihren Bedürfnissen entspricht oder nicht und ihn entsprechend zu definieren. Da die Angemessenheitskontrolle spezialgesetzlich ausgeschlossen ist (vgl. Art. 31 aBöB), sind diese Fragen im Beschwerdeverfahren lediglich auf Rechtsfehler zu überprüfen.

E. 9.2.3

In dem von der Vergabestelle eingereichten Expertenbericht I werden die Gründe, warum in den Ausschreibungsunterlagen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen im Gewölbesanierungsbereich G2 verlangt worden waren, dargelegt: "Die Hinterfüllung des Mauerwerks stellte vor 100 Jahren die einzig mögliche Ausführung dar, um ein gemauertes Tunnelgewölbe kraftschlüssig im Gebirge zu betten. Die Injektionen sichern und verbessern diese weiterhin erforderliche Randbedingung, z.B. in Zonen, welche Gewölbeschäden verzeichnen. Es geht bei den vorgesehenen Injektionen keinesfalls um eine abdichtende Massnahme. Die Injektionen dienen nur der Sicherstellung und Verbesserung der Gewölbebettung, indem sie in

Bauzuständen bei Eingriffen in die bestehende Tragstruktur die Stabilität und Tragsicherheit des Gewölbes durch Erhalt der Bettung sicherstellen (Verhinderung Herausfallen von Mauerwerkssteinen, Stabilisierung des Gelenktragrings), aber auch längerfristig die Bettung erhalten oder verbessern. Wir erachten zu diesem Zweck diese Injektionen, wir würden präziser von Verfestigungs- oder Stabilisierungsinjektionen sprechen (Verfestigung des Lockermaterials der Hinterfüllung), für erforderlich, um örtliche Niederbrüche, oder gar ein Gewölbeversagen zu verhindern und damit nicht zuletzt auch die Arbeitssicherheit zu gewährleisten." (Expertenbericht I, S. 26) Zur Frage der Vorausmasse wird im Bericht ausgeführt: "Die Vorausmasse wurden nach Angabe des Projektverfassers risikobasiert und konservativ ermittelt, womit der Eindruck von Ausmass- oder Bauherrenreserven entstehen könnte. Faktisch dienen sie aber der Abdeckung der üblichen Unsicherheiten bei Instandsetzungsprojekten (Bauen im Bestand) resp. der noch verbleibenden Unbekannten bezüglich des Zustandes resp. der erst beim Bauen feststellbaren Erkenntnisse und Aufschlüsse des Gewölbes (Mauerwerksgefüge, Steine), der Hinterfüllung und der Geologie." (Expertenbericht I, S. 27) Die Vergabestelle hat damit nachvollziehbar dargelegt, dass sie in diesen Punkten aus sachlichen Gründen entsprechende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt hat. Ob diese Massnahmen technisch die zweckdienlichsten sind, kann offengelassen werden, da prima facie jedenfalls kein Anlass ersichtlich ist, um der Vergabestelle vorzuwerfen, sie habe das ihr zustehende Ermessen ohne sachliche Gründe und damit rechtsfehlerhaft ausgeübt.

E. 9.2.4

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

E. 9.2.5

Die entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen sind daher prima facie als offensichtlich aussichtslos einzustufen.

E. 9.3

Die Beschwerdeführerinnen erachten die Ausschreibungsunterlagen auch insofern als mangelhaft, als es gar nicht möglich sei, auf der Grundlage der Ausschreibung einen definitiven Totalunternehmer-Werkvertrag abzuschliessen. Die Ausschreibung und der Zeitplan beruhten auf einem blossen Vorprojekt, das Bauprojekt sei erst noch auszuführen. Es sei denn auch vorgesehen, dass nach der Ausführungsplanung die Lastenhefte nochmals überarbeitet und der unterzeichnete TU-Werkvertrag nochmals angepasst würden. Vertragsverhandlungen nach erfolgtem Zuschlag seien jedoch ausschreibungsrechtlich auf die Bereinigung von Nebenpunkten beschränkt; sie dürften nicht dazu dienen, wesentliche Punkte des Vertrags erst auszuhandeln oder sie abzuändern. In den Ausschreibungsunterlagen seien denn auch Verhandlungen und Abgebotsrunden ausdrücklich ausgeschlossen. Der Umstand, dass gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen der Abschluss eines definitiven TU-Werkvertrags ohne substantielle Nachverhandlungen nach Vorliegen der Ausführungsplanung nicht möglich sei, stelle einen elementaren Mangel der Ausschreibung dar, der durch die Optionen nicht behoben werde. Dies verletze Bundesrecht, da das Ziel jeder Ausschreibung - der Abschluss eines verbindlichen Vertrags - sich nicht erreichen lasse. Die Vergabestelle bestreitet dies. Der Submission habe ein Auflage- und Bauprojekt mit entsprechender Bearbeitungstiefe vorgelegen, und nicht nur ein Vorprojekt. Dies ergebe sich aus dem Expertenbericht I. Auch gemäss Bericht der gleichen Experten vom 13. Januar 2021 (im Folgenden: Expertenbericht II) entspreche der Umfang und die Tiefe des Auflageprojekts (Amtsvorschlag), das Basis für die Submission gewesen sei, einem Bauprojekt. Bei Instandsetzungsprojekten im Tunnelbau müsse das Ausführungsprojekt einerseits auf den Bestand angepasst sein, der auf Grund alter Bauwerksgrundlagen nicht immer genügend bekannt sei, andererseits müsse es im Baufortschritt jederzeit stark auf vorgefundene Aufschlüsse und Erkenntnisse reagieren können. Es bestünden also Unwägbarkeiten, die nach Mitwirkungsrechten und Mitgestaltungs- und Entscheidungspflichten der Bauherrschaft verlangten. Da Beststellungsänderungen zu Verhandlungen führen würden, werde diesem Risiko durch die Verrechnung über Einheitspreise teilweise Rechnung getragen. Der grundsätzliche Umgang mit den Risiken von Bauzeitkonsequenzen und Ausmassänderungen werde über die anerkannten Regelungen der SIA 118 vereinbart. Die Risiken von Bauzeitverlängerungen und Mehrkosten wegen verändertem Massnahmenumfang verblieben grundsätzlich bei der Bauherrschaft. Dank der Nachofferierung der Optionen unter Konkurrenz könnten die Auswirkungen oder Streitigkeiten dieser Risiken eingegrenzt werden.

E. 9.3.1

In den Ausschreibungsunterlagen befindet sich ein Vertragsentwurf, dessen Unterzeichnung gemäss Terminplan offenbar für kurz nach Rechtskraft des Zuschlags vorgesehen ist. Darin verpflichtet sich der Totalunternehmer zur vollständigen Leistung und zu sämtlichen Lieferungen gemäss der in den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten, den Plänen und weiteren Vertragsbestandteilen festgelegten Ausführung und Spezifikation. Von den drei Teilphasen Ausführungsprojekt, Ausführung und Inbetriebnahme, Abschluss, die Gegenstand des Vertrages sind, wird mit der Unterzeichnung der Vertragsurkunde vorerst erst die erste Teilphase (Ausführungsprojekt) freigegeben. Weitere Teilphasen werden gemäss Vertrag erst später durch den Bauherrn freigegeben, wobei dieser sich vorbehält,

einzelne Teilphasen nicht ausführen zu lassen. Der totale Werkpreis versteht sich als Werkpreis mit Ausmass nach Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis und Pauschalen gemäss Lastenheften. Lieferungen und Leistungen sind auch dann im Werkpreis inbegriffen und fallen unter die Ausführungspflicht des Totalunternehmers, wenn sie nicht ausdrücklich aufgeführt sind, jedoch für die fachgerechte Herstellung und vertragsgemässe Funktion des Bauwerkes sowie die Betriebssicherheit erforderlich sind. Eine allfällige Anpassung des Werkpreises für nicht ausgeschriebene Lieferungen und Leistungen ist unter anderem vorgesehen für Mehr- oder Minderkosten infolge von notwendigen Änderungen und Bestellungsänderungen des Bauherrn, für nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist und für Mehr- oder Minderkosten durch Auslösung der Optionen.

E. 9.3.2

Unter den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten fallen insbesondere das Auflageprojekt 2017 vom 5. Mai 2017 sowie die verschiedenen Lastenhefte und Leistungsverzeichnisse auf, die konkret darlegen, welche Leistungen die Vergabestelle beschaffen will. Warum es auf der Basis dieser Ausschreibungsunterlagen und der offerierten Preise nicht möglich sein sollte, den Vertragsentwurf fertig auszufüllen und einen rechtsgültigen Werkvertrag abzuschliessen, ist prima facie nicht nachvollziehbar.

E. 9.4

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

E. 9.4.1

In ihrer Offerte hatten die Beschwerdeführerinnen zu diesem Thema dargelegt: "Für den Sanierungstyp G4 ist die Ausbildung der Nischen (unverkleidet, Verkleidung mit Spritzbeton) im Leistungsverzeichnis nicht erfasst. Durch den Bauherrn sind hier Vorgaben über die Ausbildung der Nischen zu machen." Bei der Darstellung der aus ihrer Sicht bestehenden Risiken führten sie aus: "Der Ausbau der bestehenden Personenschutznischen im Typ G4 ist nicht definiert - die neuen Personenschutznischen werden in Ortbeton ausgebildet. Durch den Bauherrn ist zu definieren, wie die Nischen ausgebildet werden". Dieses Risiko habe eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 50% und könne zu möglichen Mehrkosten von Fr. 1'140'000 führen. Diese Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in ihrer Offerte stehen in offensichtlichem Widerspruch zu ihrer erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Behauptung, die Sanierung des Gewölbes nach dem Typ G4 führe zwingend dazu, dass die bereits bestehenden Fluchtnischen beseitigt würden. Vielmehr geht es gemäss ihren Ausführungen in ihrer eigenen Offerte lediglich darum, dass eine mögliche Verkleidung der Nischen nicht geregelt ist und eine gewisse

Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Bauherrin nachträglich noch eine Verkleidung in Ort beton wünschen würde, was zu Mehrkosten führen würde. Diese Wahrscheinlichkeit wird aber in der Offerte der Beschwerdeführerinnen lediglich mit 50% eingestuft.

E. 9.4.2

Die Rüge, die Sanierung des Gewölbes nach dem Typ G4 führe zwingend dazu, dass die bereits bestehenden Fluchtnischen beseitigt würden, was gegen die Plangenehmigung verstosse und von der Vergabestelle übersehen worden sei, erscheint daher prima facie als offensichtlich unbegründet.

E. 9.5

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

E. 9.5.1

Wie viele Reserven eine Vergabestelle beim Vorausmass einplant, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen (vgl. E. 9.2.3 hievore). Dass Fehler im Vorausmass dazu führen können, dass der Zuschlag nicht demjenigen Angebot erteilt wird, das bei zutreffenden Annahmen das wirtschaftlich Günstigste wäre, ist nachvollziehbar. Es liegt allerdings in der Natur der Sache, dass es nicht, oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist, im Voraus zu bestimmen, wo und wie gross die Unschärfe ist. Die Vereinbarung des Werkpreises nach Ausmass, wie im vorliegenden Fall, ist denn auch die in der Praxis bewährte Methode, um mit dieser Unsicherheit umzugehen und das Risiko für die Folgen von Fehlannahmen beim Vorausmass beim dafür Verantwortlichen, der Vergabestelle, zu allokalieren. Jede Vergabestelle hat insofern ein offensichtliches eigenes Interesse daran, Fehlannahmen im Ausmass, insbesondere solche, welche Gelegenheit zu Umlagerungen oder Verschiebungen bieten könnten, zu vermeiden. Nach der Praxis können zwar Umlagerungen oder Verschiebungen ein Ausschlussgrund sein, sofern dies vorgängig ausdrücklich angedroht wurde. Indessen ist nicht ersichtlich, warum allfällige Fehler im Vorausmass ein Grund sein könnten, um einem einzelnen Anbieter einen Rechtsanspruch darauf zu geben, eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen in seinem Sinn oder einen Abbruch der Ausschreibung und stattdessen eine neue Ausschreibung zu erstreiten.

E. 9.5.2

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, stellt - entgegen ihrer eigenen Auffassung - keinen Beweis dafür dar, dass das Vorausmass der Vergabestelle in diesem

Umfang fehlerhaft war. Einerseits beinhaltet die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen eine starke Reduktion der von der Vergabestelle verlangten Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 zugunsten des weniger aufwendigen und kostspieligen Typs G1, während die von den Beschwerdeführerinnen empfohlene Erhöhung der Menge der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 in den Preis der Unternehmervariante nicht eingerechnet war (vgl. E. 10.1 hienach). Andererseits führt die Vereinbarung des Werkpreises nach Ausmass, wie dargelegt, dazu, dass die finanziellen Folgen eines zu geringen Vorausmasses durch die Vergabestelle zu tragen sind. Jeder Anbieter hat in dieser Situation offensichtlich ein Interesse daran, eine "Unternehmervariante" einzureichen, die auf niedrigeren Vorausmassmengen basiert, da er selber für die finanziellen Folgen eines zu knappen Vorausmasses nicht einzustehen hat und so zu einem scheinbar günstigeren Preis anbieten kann. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag um rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, ist daher kein Indiz dafür, dass das Vorausmass der Vergabestelle in relevantem Umfang fehlerhaft gewesen wäre.

E. 9.5.3

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

E. 10

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vergabestelle habe ihre Unternehmervariante zu Unrecht ausgeschlossen. Die Vergabestelle begründet den Ausschluss der Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen damit, dass der Vorschlag der Beschwerdeführerinnen erhebliche Unklarheiten und Risiken enthalte. Die ausgeschriebene Amtsvariante berücksichtige den zeitlichen Abstand zwischen Erstellungszeitpunkt des Berichts zum Tunnelzustand und der Submission und berücksichtige entsprechend Risikopuffer. Demgegenüber stütze sich die Variante auf die Angaben im Bericht ohne Risikopuffer und auf eigene Einschätzung der Beschwerdeführerinnen. Sodann würden die Beschwerdeführerinnen in einem Abschnitt von 449m, der gemäss Amtsvariante nach dem Typ G2 zu sanieren sei, diese Massnahme als nicht ausreichend einschätzen und dort den Typ G4 empfehlen, ohne die entsprechenden Kosten aber im Angebotspreis einzurechnen. Diese Kosten von rund 10 Mio. Fr. würden lediglich als "Option" offeriert. Andererseits seien in der Unternehmervariante Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15.8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis eliminiert und im Gesamtangebot finanziell nicht berücksichtigt worden. Mit dem Nachreichen der verlangten Optionen sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen nochmals überarbeitet worden, woraus ein deutlich tieferer Angebotspreis resultiert sei. Dies sei nach Auffassung der Vergabestelle aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig. Hätte sie sich für die Unternehmervariante entscheiden wollen, wäre aufgrund der erheblichen Differenzen zwischen Auflageprojekt und Unternehmervariante eine erneute Plangenehmigung des BAV erforderlich gewesen. Die Beschwerdeführerinnen machen dagegen geltend, die Ausschreibungsunterlagen liessen Varianten ausdrücklich zu, sofern sie zusätzlich zur Amtslösung angeboten und als separates vollständiges Dossier eingereicht würden, es sich nicht ausschliesslich um unterschiedliche Preisarten handle und weder zu einer Untererfüllung noch zu einer Übererfüllung der Projektanforderungen führen würden.

Die eingereichte Unternehmervariante erfülle diese Voraussetzungen. Die in der Unternehmervariante vorgesehenen Anpassungen am Projekt und in der Ausführung hätten ausschliesslich den Zweck, das Ziel der vollständigen Sanierung nach dem Stand der Technik mit einer technisch ausgereiften und günstigeren Lösung zu erreichen. In der Variante seien die konzeptionellen Fehler der Amtslösung ausgebügelt. Der Vorwurf der Vergabestelle, die in der Unternehmervariante als notwendig erachteten Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 seien nicht in den ursprünglichen Angebotspreis eingerechnet worden, sei nicht nachvollziehbar, denn wenn die Variante doppelt so viele Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des teuren Typs G4 wie die Amtslösung vorgesehen hätte, wäre die Vergleichbarkeit gerade nicht gegeben gewesen. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher die im Vergleich zur Amtslösung zusätzlichen Massnahmen transparent in der Risikomatrix ausgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen erachten auch den Vorwurf der Vergabestelle, die Unternehmervariante enthalte keine Risikopuffer, als unbegründet, und werfen der Vergabestelle ihrerseits Projektfehler vor.

E. 10.1

Die von der Vergabestelle zugezogenen Experten führten in ihrem Expertenbericht II aus: "Während mit G2 bei der Amtslösung über weite Strecken ein neues zusätzliches Tragelement (Betontragrippen mit Gitterträger im Abstand von 3 m) eingeführt wird, ist dieses bei der Unternehmervariante nicht vorhanden. Das Weglassen bzw. die Reduktion dieser Gewölbeverstärkungen (Amtslösung: G2) auf mehr als einem Kilometer Tunnellänge stellen einen geringeren Erfüllungsgrad in Bezug auf den geforderten Ausbauwiderstand dar. Die stattdessen von X._____ in der UN-Var. eingeführten G1a- und G1b-Massnahmen vermögen hinsichtlich Tragfähigkeit die G2-Massnahme nicht zu kompensieren (geringere Spritzbetonstärke, keine Verstärkungsrippen, keine Gitterträger) und stellen somit eine Untererfüllung dar. Die Gleichwertigkeit zur Amtslösung ist nicht gegeben." (Expertenbericht II, S. 42) Diese Beurteilung ist nachvollziehbar und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht konkret bestritten. Sie verteidigen ihre Lösung diesbezüglich lediglich damit, dass und warum ihrer Meinung nach in diesem Bereich Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 gar nicht erforderlich, sondern sogar kontraindiziert seien. Dieses Argument ändert indessen nichts daran, dass die Massnahmen von Typ G2 für diesen Tunnelabschnitt in den Ausschreibungsunterlagen konkret verlangt waren und aufwendiger sind als die von den Beschwerdeführerinnen stattdessen vorgesehenen Massnahmen von verschiedenen Unterkategorien des Typs G1. Es ist unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen darin verlangte Leistungen reduziert haben. Die Vergabestelle macht diesbezüglich geltend, in der Unternehmervariante seien Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15.8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis und in der Folge in der Preisberechnung eliminiert worden. Aber auch die Beschwerdeführerinnen führen selbst ausdrücklich aus, aufgrund ihrer Korrektur der "Ausmassfehler" der Vergabestelle hätten sie eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offerieren können. Es ist insofern unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen in den Ausschreibungsunterlagen verlangte beziehungsweise im Vorausmass angenommene und damit für die Berechnung eines vergleichbaren Angebotspreises vorgegebene Leistungen reduziert haben. Ob die Beschwerdeführerinnen für diese Leistungsreduktion überzeugende technische Gründe vorbringen können oder

nicht, ist nicht entscheidend. Da es im Ermessen der Vergabestelle steht, welche Leistungen sie beschaffen will (vgl. E. 9.2 hievor), können die Beschwerdeführerinnen keinen Rechtsanspruch darauf geltend machen, dass die Vergabestelle eine Variante mit wesentlich reduzierten Leistungen in die Evaluation einbezieht, selbst wenn die reduzierte Variante technisch zweckmässiger wäre als die ausgeschriebene Lösung.

E. 10.2

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

E. 10.3

Die Rüge, die Vergabestelle habe die Unternehmervariante zu Unrecht ausgeschlossen, erscheint daher prima facie als offensichtlich unbegründet.

E. 11

Die Beschwerdeführerinnen rügen schliesslich, die von der Vergabestelle mit E-Mail vom 6. August 2020 verlangten vier Optionen stellten nicht nur geringfügige Anpassungen des Projekts dar, sondern eine wesentliche Projektänderung, die nicht während des laufenden Verfahrens vorgenommen werden dürfe, sondern grundsätzlich zum Abbruch führen müsse. Eine der vier Optionen erlaube eine Verlängerung der Bauzeit und der Totalsperre des Bahnverkehrs um 12 Wochen. Eine weitere Option sehe eine Verdoppelung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen vom Typ G4 vor, die Grund für die Bauzeitverlängerung sei und das Projekt erheblich verteuere. Diese beiden Optionen seien keine "technischen Bereinigungen", sondern veränderten den Ausschreibungsgegenstand in zentralen Aspekten. Die in der Option vorgesehenen zusätzlichen Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen vom Typ G4 hätten sowohl betragsmässig als auch mit Bezug auf die Bauzeit massive Auswirkungen auf das ganze Projekt und damit die Offerten.

E. 11.1

Wenn das Gericht zum Schluss kommen würde, dass die Einladung der Vergabestelle an die Anbieter, nach der Offertöffnung weitere Angebote zu zusätzlichen "Optionen" einzureichen, und deren Berücksichtigung bei der Bewertung, unzulässig gewesen sei, so wäre nicht nachvollziehbar, warum eine derartige Einstufung zu einem Abbruch führen müsste, da ein entsprechender Fehler nicht die ursprüngliche Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen betreffen würde, sondern lediglich den späteren Verfahrensgang nach der technischen Bereinigung. Würde das Gericht die Einladung zur Nachofferierung

der Optionen als unzulässig einstufen, so wäre die Folge lediglich, dass für die Evaluation auf die ursprünglichen, technisch bereinigten Angebote, wie sie vor der Einladung zur Nachofferte mit den Optionen vorlagen, abgestellt werden müsste. Wie sich aus den Akten ergibt, war der ursprüngliche Angebotspreis der Beschwerdeführerinnen für ihre Offerte der Amtslösung anlässlich der Offertöffnung vom 9. Juni 2020 wesentlich höher als die Preise der Anbieter im ersten und im zweiten Rang. Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen würde, dass die Einladung der Vergabestelle an die Anbieter, nach der Offertöffnung weitere Angebote zu zusätzlichen "Optionen" einzureichen und deren Berücksichtigung bei der Bewertung unzulässig gewesen sei, würde dies die Rangierung der Beschwerdeführerinnen nur insofern verbessern, als ihr Angebot für die Amtslösung vom vierten in den dritten Rang aufrücken würde.

E. 11.2

Ob die Einladung zur Nachofferierung durch die Vergabestelle als Verfahrensfehler einzustufen ist oder nicht, kann daher offengelassen werden, da diese Frage für das Ergebnis dieses Beschwerdeverfahrens offensichtlich nicht relevant ist.

E. 12

Zusammenfassend ergibt sich, dass prima facie davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich aussichtslos ist. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

E. 13

Die Beschwerdeführerinnen haben "umfassende" Akteneinsicht beantragt, ohne irgendwie zu plausibilisieren, warum welche Dokumente für den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens relevant sein könnten. Angesichts der von ihnen erhobenen Rügen ist dies prima facie auch nicht ersichtlich. Die weitergehende Behandlung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerinnen kann daher auf das Hauptverfahren verschoben werden.

E. 14

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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