



Urteil vom 13. Juli 2022

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pietro Angeli-Busi,
Richter Francesco Brentani, Richter Christian Winiger,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Bietergemeinschaft X._____,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

BLS Netz AG,
Rechtsdienst,
Genfergasse 11, 3001 Bern,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Stefan Scherler und/oder lic. iur. Gisela Oliver,
Vergabestelle,

Y._____ **AG,**
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Daniela Lutz,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG
an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen",
SIMAP-Meldungsnummer 1154351,
SIMAP Projekt-ID 197516.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 31. Januar 2020 schrieb die BLS Netz AG (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Bauauftrag unter dem Projekttitel "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1110787). Gemäss dem detaillierten Projektbeschrieb werden im Rahmen der umfassenden Erneuerung der Strecke Solothurn-Moutier (SMB) die beiden Bahnhöfe Oberdorf und Gänsbrunnen an die Anforderungen aus dem Behindertengleichstellungsgesetz angepasst und modernisiert. Hierbei wird die Gleisanlage an die künftigen bahnbetrieblichen Anforderungen angepasst. Der Weissensteintunnel wird für eine weitere Nutzungsdauer von 25 Jahren erneuert. Die Arbeiten sind während einer Totalsperre des Weissensteintunnels sowie des Streckenabschnittes Gänsbrunnen bis Moutier vorgesehen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Arbeiten sollten in der Zeit vom 1. November 2020 bis 31. Mai 2023 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.13).

Die Angebote waren bis zum 15. Mai 2020 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4). Mit Berichtigung vom 28. März 2020 (SIMAP-Meldungsnummer 1127875) verschob die Vergabestelle drei Fristen auf einen späteren Zeitpunkt, darunter die Frist für die Einreichung des Angebotes, für welche sie neu den 5. Juni 2020 festlegte.

A.b In der Folge gingen sechs Angebote von fünf Anbietern ein, darunter das Angebot der Bietergemeinschaft X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen oder Bietergemeinschaft X._____).

A.c Mit E-Mail vom 6. August 2020 lud die Vergabestelle die Anbieter ein, vier zusätzliche Optionen (Berücksichtigung der Halteorte für den Bahnersatz beim Bahnhof Gänsbrunnen, Berücksichtigung des Alarmkonzepts an den Zufahrten zu den Tunnelportalen, Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen auf einer Länge von insgesamt 400 Metern vom Typ G2 zum Typ G4) anzubieten und stellte ihnen vier entsprechende Leistungsverzeichnisse zu. Die Vergabestelle wies in ihrer E-Mail darauf hin, dass diese Optionen in die Preisbewertung einfliessen würden.

In der Folge reichten mehrere Anbieter, darunter auch die Beschwerdeführerinnen, Nachofferten für diese Optionen ein.

A.d Am 18. September 2020 erteilte die Vergabestelle der Y. _____ AG (im Folgenden auch: Zuschlagsempfängerin oder Beschwerdegegnerin oder Y. _____ AG), den Zuschlag zum Preis von Fr. 66'068'585.55 (exkl. MWST) und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 21. September 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1154351). Zur Begründung führte sie an, das Angebot der Zuschlagsempfängerin habe bei den Zuschlagskriterien das beste Ergebnis erzielt. Es habe mit einem durchdachten Lösungskonzept, sehr guten Schlüsselpersonen sowie dem attraktivsten Preisangebot überzeugt.

A.e Mit Schreiben vom 21. September 2020 teilte die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen mit, dass der Zuschlag der Y. _____ AG erteilt worden sei.

A.f Am 30. September 2020 führte die Vergabestelle mit den Beschwerdeführerinnen ein Debriefing durch.

B.

Gegen den Zuschlag vom 18. September 2020 erhoben die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 7. Oktober 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellen die folgenden Rechtsbegehren:

"1. Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und der Beschwerdegegnerin zu verbieten, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen;

2. Der Zuschlag der Beschwerdegegnerin an die Zuschlagsempfängerin sei aufzuheben und der Zuschlag sei direkt durch das Gericht der Beschwerdeführerin zu erteilen;

3. Eventualiter seien der erteilte Zuschlag aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen."

Weiter beantragten die Beschwerdeführerinnen Einsicht in verschiedene Dokumente der Vorakten.

Zur Begründung rügen die Beschwerdeführerinnen insbesondere, das Vorgehen der Vergabestelle, nach Kenntnis der Angebote noch "Optionen"

nachofferieren zu lassen, sei vergaberechtlich fragwürdig. Die Vergabestelle hätte daher nicht diejenigen Preise, welche wesentlich von den nachträglich eingereichten Preisen für "Optionen" beeinflusst worden seien, bewerten dürfen, sondern die Angebotspreise der ursprünglichen Angebote. Die Zuschlagsempfängerin sei bei den ursprünglichen Angeboten aber vermutlich nicht die preisgünstigste Anbieterin gewesen. Im Weiteren beanstanden die Beschwerdeführerinnen, es bestehe die Vermutung, dass die Zuschlagsempfängerin die Obergrenze der Subunternehmerleistungen von 35% überschritten habe. Diesfalls würde ihr Angebot eine explizit und mehrfach statuierte und für den Angebotspreis relevante Ausschreibungsbedingung nicht erfüllen. Die Beschwerdeführerinnen legen dar, ihr eigenes Angebot habe gemäss der Auskunft der Vergabestelle am Debriefing in der Gesamtbewertung an zweiter Stelle gelegen. Bei einem Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerin müsse daher der Zuschlag zwingend ihnen erteilt werden.

C.

Mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

D.

D.a Mit Eingabe vom 21. Oktober 2020 teilte die Zuschlagsempfängerin mit, dass sie am Verfahren als Beschwerdegegnerin teilnehmen werde.

D.b Mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 zog die Vergabestelle ihre Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 in Wiedererwägung und widerrief die Verfügung. Zur Begründung führte sie aus, im Nachgang zu den Beschwerden habe sie eine erneute Überprüfung der Offerten und Nachofferten vorgenommen.

D.c Mit Eingabe vom 21. Oktober 2020 beantragte die Vergabestelle, das Verfahren sei nach der Wiedererwägung und dem Widerruf der Zuschlagsverfügung vom 20. Oktober 2020 als gegenstandslos abzuschreiben.

D.d Mit Stellungnahme vom 2. November 2020 beantragten die Beschwerdeführerinnen die Abweisung dieses Antrags der Vergabestelle. Der Beschwerde sei definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und das

Verfahren sei bis zur Rechtskraft des Widerrufs der Zuschlagsverfügung zu sistieren. Die Vergabestelle sei zu verpflichten, dem Gericht unverzüglich die vollständigen Vergabeakten einzureichen und den Beschwerdeführerinnen sei Akteneinsicht in diese Vergabeakten zu gewähren.

D.e Mit Verfügung vom 4. November 2020 gab die Instruktionsrichterin dem Antrag der Vergabestelle, das Verfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben, nicht statt und gewährte der Vergabestelle das rechtliche Gehör zum Sistierungsantrag der Beschwerdeführerinnen.

D.f Mit Eingabe vom 12. November 2020 beantragte die Vergabestelle erneut, das Verfahren sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

D.g Mit Eingabe vom 13. November 2020 vertrat die Beschwerdegegnerin die Auffassung, das Verfahren sei im Falle der Rechtskraft der Widerrufsverfügung der Vergabestelle als gegenstandslos abzuschreiben, da mit dem rechtskräftigen Widerruf die Zuschlagsverfügung und das Anfechtungsobjekt entfielen. Daher sei auch die beantragte Akteneinsicht nicht zu gewähren. Vorsorglich, für den Fall einer Weiterführung des Verfahrens, beantragte sie eine Fristansetzung für die Begründung ihrer Geheimnischutzinteressen und eine Fristansetzung für die Beschwerdeantwort.

D.h Am 27. November 2020 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag erneut der bisherigen Zuschlagsempfängerin. Zur Begründung führte sie aus, sie habe nach dem Widerruf der Zuschlagsverfügung ein technisches und rechtliches Review durch ein unabhängiges Ingenieurteam und eine unabhängige Anwaltskanzlei durchgeführt. Nach einer Überprüfung der Ausschreibungsbedingungen, des ausgewählten Vorgehens im Verfahren und dem Evaluationsergebnis erweise sich das Angebot der Beschwerdegegnerin als das wirtschaftlich günstigste, weshalb es den Zuschlag erhalte.

D.i Mit Eingabe vom 1. Dezember 2020 erklärte die Vergabestelle, sie habe gestützt auf den "Expertenbericht Bautechnische Beurteilung" vom 18. November 2020 den Zuschlag am 27. November 2020 erneut der bisherigen Zuschlagsempfängerin erteilt. Infolge erneuter Zuschlagserteilung seien die Sistierung aufzuheben und das Verfahren wiederaufzunehmen.

D.j Die Vergabestelle beantragt mit Stellungnahme vom 3. Dezember 2020, auf die Beschwerde vom 7. Oktober 2020 sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, die aufschiebende Wirkung sei nicht zu erteilen und die mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 superprovisorisch

erteilte aufschiebende Wirkung sei zu widerrufen. Das Verfahren sei zeitlich beförderlich zu behandeln und den Beschwerdeführerinnen sei nur eine beschränkte Akteneinsicht zu gewähren.

Zur Begründung führt sie aus, innert Frist seien sechs Angebote von fünf Anbieterinnen eingegangen. Sämtliche Anbieterinnen hätten sowohl die Eignungskriterien als auch die zwingenden Projektvorgaben erfüllt. Die Beschwerdeführerinnen könnten in ihrer Beschwerde nicht darlegen, weshalb sie eine höhere Punktzahl als die Zuschlagsempfängerin hätten erhalten müssen und damit die Zuschlagsempfängerin überholen würden. Ihre Legitimation sei daher zu verneinen und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Weder treffe zu, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin den in der Ausschreibung geforderten maximalen Anteil von Subunternehmern von 35% überschreite, noch, dass der Angebotspreis aufgrund der Aufrechnung der Optionspreise fehlerhaft bewertet worden sei.

Es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse daran, den Weissensteintunnel so rasch wie möglich zu sanieren. Angesichts der Hauptsachenprognose und des überwiegenden öffentlichen Interesses an der baldigen Sanierung des Weissensteintunnels sei daher das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

E.

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2020 erhob eine weitere Anbieterin, die ARGE R. _____ gegen den Zuschlag der Vergabestelle vom 27. November 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte den Zuschlag an sich selbst, eventualiter einen Abbruch des Verfahrens (Verfahren B-6366/2020).

F.

F.a Mit Beschwerdeergänzung vom 22. Dezember 2020 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen fest und konkretisierten ihre Akteneinsichtsbegehren.

F.b Mit Eingaben vom 12. beziehungsweise 14. Januar 2021 nahmen die Beschwerdegegnerin und die Vergabestelle Stellung zu den Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen.

G.

Mit Zwischenentscheid vom 16. Januar 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut.

H.

Mit Eingabe vom 22. Januar 2021 verzichteten die Beschwerdeführerinnen auf weitere Akteneinsichtsbegehren und zogen ihre Rügen in Bezug auf die Bewertung des Angebotspreises zurück.

I.

Mit Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 im Parallelverfahren B-6366/2020 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der ARGE R. _____ auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

J.

J.a Mit Vernehmlassung vom 9. Februar 2021 hält die Vergabestelle an ihren Rechtsbegehren fest. Sie reicht einen internen Bericht vom 8. Februar 2021 ein, in welchem sie ihre Prüfung und Plausibilisierung der Angaben der Beschwerdegegnerin zum vorgesehenen Leistungsanteil der Subunternehmer darlegt.

J.b Mit Beschwerdeantwort vom 19. Februar 2021 beantragt die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. In verfahrensmässiger Hinsicht beantragte sie, den Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle sei (weiterhin) nur eine beschränkte Akteneinsicht zu gewähren.

J.c Die Beschwerdeführerinnen nahmen mit Replik vom 1. März 2021 zur Vernehmlassung der Vergabestelle und der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin Stellung.

J.d Mit Verfügung vom 8. März 2021 gab die Instruktionsrichterin der Beschwerdegegnerin Gelegenheit, zur Behauptung der Vergabestelle, die K. _____ AG sei für die Ausführung eines Teils der von der Beschwerdegegnerin offerierten Leistungen vorgesehen, Stellung zu nehmen.

J.e Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 10. März 2021 zog die Vergabestelle ihre Behauptung, die K. _____ AG sei für einen Teil der von der Beschwerdegegnerin offerierten Leistungen vorgesehen, als unzutreffend zurück.

J.f Mit Eingabe vom 16. März 2021 führte die Beschwerdegegnerin aus, dass die K._____ AG zwar nicht für das Entfernen der Spritzbetonschale, wohl aber für die Ausführung von in der Offerte enthaltenen Reinigungsleistungen vorgesehen sei.

J.g Die Verfahrensbeteiligten nehmen je mit Eingaben vom 25. März 2021 nochmals Stellung und halten an ihren Rechtsbegehren fest.

J.h Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 1. April 2021 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Anträgen fest.

K.

Mit Urteil B-4991/2020 vom 20. April 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut. Es hob die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle auf und erteilte den Zuschlag im Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" den Beschwerdeführerinnen.

L.

Dagegen erhoben die Beschwerdegegnerin sowie die ARGE R._____ am 11. Mai 2021 beziehungsweise am 20. Mai 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

M.

Mit Urteil vom 9. Juni 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der ARGE R._____ im Parallelverfahren B-6366/2020 ab.

N.

Gegen dieses Urteil erhob die ARGE R._____ am 13. Juli 2021 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.

O.

Mit Urteil vom 28. Februar 2022 vereinigte das Bundesgericht die drei Verfahren (Disp.-Ziff. 1). Es hiess die Beschwerden der ARGE R._____ im Sinne der Erwägungen gut, hob die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4991/2020 und B-6366/2020 auf und wies die Angelegenheit zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück (Disp.-Ziff. 2). Die Beschwerde der Y._____ AG schrieb es als gegenstandslos geworden ab (Disp.-Ziff. 3).

In der Begründung führte das Bundesgericht aus, im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht B-4991/2020 seien sich die Bietergemeinschaft X._____ (als Beschwerdeführerin) und die Y._____ AG (als Beschwerdegegnerin) gegenübergestanden. Auch die Vergabestelle sei am Verfahren beteiligt gewesen. Die ARGE R._____ sei am Verfahren formell nicht beteiligt gewesen. Die Anfechtung einer Zuschlagsverfügung durch mehrere Anbieter rufe nach materiell koordinierter Entscheidung. Falls die ARGE R._____ vorinstanzlich mit ihrem (Eventual-)Antrag auf Abbruch des Verfahrens durchgedrungen wäre, hätte dies die Gegenstandslosigkeit auch des von der Bietergemeinschaft X._____ angehenden Beschwerdeverfahrens zur Folge gehabt, denn das Vergabeverfahren wäre dann integral abzuberechnen gewesen. Umgekehrt habe die Gutheissung der Beschwerde der Bietergemeinschaft X._____ unmittelbar zur Folge gehabt, dass die – an diesem Verfahren nicht beteiligte – ARGE R._____ bei der Vergabe nicht mehr zum Zuge habe kommen können. Die Beurteilung der Beschwerde der Bietergemeinschaft X._____ habe mithin nicht losgelöst von der Beurteilung der Beschwerde der ARGE R._____ erfolgen können. Zwar bestehe keine bundesrechtliche Vorschrift, die das Bundesverwaltungsgericht zu einer formellen Koordination verpflichten würde. Erforderlich sei jedoch eine materielle Koordination. Um sie sicherzustellen, müssten folgende Vorgaben eingehalten werden: Es müsse sichergestellt sein, dass die Beschwerdeentscheidungen zeitlich koordiniert ergingen; weiter müssten die Verfahrensrechte aller an den verschiedenen Verfahren beteiligten Anbieterinnen gewahrt werden; schliesslich müsse in derselben Besetzung über die parallelen Verfahren entschieden werden. Werde eine Zuschlagsverfügung von mehreren Anbieterinnen angefochten, gebiete es der Anspruch auf rechtliches Gehör, anderen beschwerdeführenden Anbieterinnen die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den Rechtsstandpunkten der betreffenden Konkurrentin zu äussern; dies gelte in gesteigertem Mass, wenn die Rechtsmittelinstanz in einem der parallel geführten Fälle eine Gutheissung der Beschwerde und eine neue Zuschlagserteilung in Betracht ziehe.

P.

Mit Verfügungen vom 6. Mai 2022 stellte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen die von der ARGE R._____ im Beschwerdeverfahren B-6366/2020 eingereichten Rechtsschriften sowie der ARGE R._____ die im Verfahren B-4991/2020 von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Rechtsschriften zur freigestellten Stellungnahme zu.

Q.

Mit Stellungnahmen vom 20. Mai 2022 äussern die Beschwerdeführerinnen sich zu den Rechtsschriften der ARGE R._____ und halten an ihren im Verfahren B-4991/2020 gestellten Anträgen fest.

R.

Mit Stellungnahme vom 25. Mai 2022 äussern sich die ARGE R._____ zu den von den Beschwerdeführerinnen im Verfahren B-4991/2020 eingereichten Rechtsschriften und halten an ihren im Verfahren B-6366/2020 gestellten Anträgen fest. Sie führen aus, die Ausschreibung enthalte schwerwiegende Mängel, die einen Zuschlag auf eine Offerte für den Amtsvorschlag (ohne Optionen) ausschliesse. Weil die "Optionen" zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibungsbedingungen führten, sei auch ein Zuschlag auf die Offerten für den Amtsvorschlag mit Optionen ausgeschlossen. Dies gelte sowohl im Verhältnis zur Y._____ AG als auch zur Bietergemeinschaft X._____, weshalb ein Zuschlag an diese Anbieterinnen ausgeschlossen sei. Die Frage, ob die Y._____ AG den zulässigen Subunternehmeranteil überschritten habe oder nicht, sei daher nicht entscheidend.

S.

Am 15. Juni 2022 teilt die Vergabestelle mit, dass sie an ihren im ursprünglichen Beschwerdeverfahren gestellten Anträgen festhalte und im Übrigen auf eine Stellungnahme verzichte und um einen raschen Entscheid ersuche.

T.

Mit Eingabe vom 16. Juni 2022 stellt die Beschwerdegegnerin die folgenden Rechtsbegehren:

"1) Der Zuschlag der BLS Netz AG vom 18. September 2020 bzw. 27. November 2020 an die Y._____ AG sei zu bestätigen und es seien die Beschwerden der Bietergemeinschaft X._____ und jene der ARGE R._____ gegen den Zuschlagsentscheid der BLS Netz AG abzuweisen.

2) Es seien sämtliche Akten beizuziehen, insbesondere auch jene aus dem Parallelverfahren B-1486/2022 und die Akten der bundesgerichtlichen Verfahren, insbesondere aber jene aus dem Verfahren 2C_399/2021, und es sei der Beschwerdegegnerin vollumfänglich das rechtliche Gehör zu gewähren.

3) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen und/oder der ARGE R._____."

Sie führt aus, ihre Stellungnahme sei auch in das Parallelverfahren B-1486/2022 der ARGE R._____ einzulegen. Das Angebot der Beschwerdegegnerin vom 5. Mai 2020 sei nach wie vor gültig, und sie sei bereit, mit der Vergabestelle den Vertrag zu schliessen. Sie ersuche um eine rechtskonforme Gewährung des rechtlichen Gehörs in sämtlichen (Teil-)Verfahren, die den Zuschlag an die Beschwerdegegnerin in Frage stellen könnten. Sie halte an sämtlichen Ausführungen im Verfahren B-4991/2020 vor Bundesverwaltungsgericht und in den Verfahren 2C_399/2021 und 2C_565/2021 vor Bundesgericht fest sowie daran, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen eine Preisbildung und Angaben aufweise, die nicht plausibel seien. Die Beschwerdeführerinnen hätten offensichtlich Umlagerungen in diversen Positionen vorgenommen und trotz des Bezugs von Subunternehmern einen Endzuschlag von 0% deklariert. Dies müsse das Ergebnis von gemäss den Bestimmungen der Ausschreibung verbotenen Umlagerungen sein. Damit stehe ein Ausschlussgrund für das Angebot der Beschwerdeführerinnen zur Diskussion. Die Beschwerdegegnerin bestreite sämtliche Vorbringen der ARGE R._____ im Verfahren B-6366/2020. Das Angebot der ARGE R._____ mit der Amtslösung rangiere lediglich an 4. Stelle, womit die Amtslösung für einen Zuschlag aussichtslos sei. Die Unternehmervariante der ARGE R._____ wiederum sei von der Vergabestelle als nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend qualifiziert und nicht weiterverfolgt worden. Auch die Beschwerdegegnerin sei der Auffassung, dass die Unternehmervariante der ARGE R._____ die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfülle und nicht mit der Amtsvariante gleichwertig sei, denn sie bestehe aus einer Änderung der ausgeschriebenen Leistungen mit Bezug auf die Mengen und damit das Vorausmass in den Leistungsverzeichnissen, wie sie der Ausschreibung zugrunde gelegen hätten. Die Beschwerdegegnerin widersetze sich schliesslich dem Antrag der ARGE R._____ auf Abbruch des Verfahrens und Neuausschreibung. Die ARGE R._____ wische unter den Tisch, dass es sich um eine hybride Ausschreibung handle, in der einerseits Leistungsverzeichnisse vorgegeben gewesen seien und andererseits bloss Pflichtenhefte, auf deren Basis die Anbieter (Teil-)Globalen hätten offerieren müssen. Wider besseres Wissen argumentiere die ARGE R._____ auch, auf der Basis der Ausschreibung hätte kein rechtsgültiger Werkvertrag abgeschlossen werden können. Der Abschluss von Verträgen, die Planung und Projektierung enthielten und auf dieser Basis zu Anpassungen des geschuldeten Werkes führten, seien nicht nur im Bau, sondern auch etwa bei IT-Ausschreibungen üblich und rechtsgültig.

U.

Mit Verfügungen vom 17. Juni 2022 übermittelte die Instruktionsrichterin die Eingaben der ARGE R. _____ vom 25. Mai 2022 und der Vergabestelle vom 15. Juni 2022 aus deren Parallelverfahren B-1486/2022 den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin, die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 16. Juni 2022 den Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle sowie die Eingaben der Beschwerdeführerinnen vom 20. Mai 2022, der Vergabestelle vom 15. Juni und der Beschwerdegegnerin vom 16. Juni 2022 der ARGE R. _____ in deren Parallelverfahren B-1486/2022.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition.

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

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).

1.2.1 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]) un-

terstellt 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.

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).

1.2.2 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 und Ziffer 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 Millionen Franken zweifelsfrei überschritten.

1.2.3 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.

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

1.3 Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerinnen mit der Begründung, die Beschwerdeführerinnen könnten nicht darlegen, weshalb sie eine höhere Punktzahl als die Zuschlagsempfängerin hätten erhalten müssen und damit die Zuschlagsempfängerin überholen würden.

1.3.1 Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). 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).

1.3.2 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.

1.3.3 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

Die Frage, ob der 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").

Vorliegend rügen die Beschwerdeführerinnen, beim Angebot der Beschwerdegegnerin sei die Obergrenze für Subunternehmerleistungen von 35% überschritten worden, weshalb das Angebot auszuschliessen sei. Es ist unbestritten und aktenkundig, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen im zweiten Rang platziert wurde. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen, dass die Offerte der Beschwerdegegnerin ausgeschlossen werden müsse, so hätten die Beschwerdeführerinnen daher eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

1.3.4 Die Beschwerdeführerinnen sind daher zur Beschwerde legitimiert.

1.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Während hängigem Beschwerdeverfahren zog die Vergabestelle mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 die angefochtene Zuschlagsverfügung in Wiedererwägung, widerrief den Zuschlag und beantragte dem Bundesverwaltungsgericht, das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Die Beschwerdeführerinnen widersetzten sich diesem Antrag, weshalb die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 4. November 2020 dem Antrag nicht stattgab. In der Folge erneuerte die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 12. November 2020 ihren Antrag, das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2020 teilte sie mit, dass sie das Wiedererwägungsverfahren abge-

schlossen und am 27. November 2020 erneut den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt habe, und beantragte dem Bundesverwaltungsgericht, das hängige Beschwerdeverfahren wiederaufzunehmen.

Die Vorinstanz kann bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen. Sie eröffnet eine neue Verfügung ohne Verzug den Parteien und bringt sie der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis. Die Beschwerdeinstanz setzt die Behandlung der Beschwerde fort, soweit diese durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 58 VwVG).

Gegenstandslos wird ein Rechtsmittelverfahren durch eine pendente lite erlassene neue Verfügung der Vorinstanz nur, soweit damit den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers entsprochen wird. Soweit er dagegen mit seinen Beschwerdebegehren in der neuen Verfügung nicht durchdringt, ist das Rechtsmittelverfahren fortzusetzen, ohne dass der Beschwerdeführer gegen die neue Verfügung erneut Beschwerde erheben müsste (vgl. AUGUST MÄCHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019 [im Folgenden: Kommentar VwVG], Rz. 20 ff. zu Art. 58).

Der Auffassung der Vergabestelle, das vorliegende Beschwerdeverfahren sei durch die von ihr am 21. Oktober 2020 verfügte Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 gegenstandslos geworden, kann somit nicht gefolgt werden. Ebenso wenig ist die erneute Erteilung des Zuschlags mit Verfügung vom 27. November 2020 an die Beschwerdegegnerin in formeller Hinsicht von Relevanz.

1.6 Die Sachurteilsvoraussetzungen sind daher gegeben.

2.

Die ARGE R. _____ hat sich zwar zu den Rechtsstandpunkten der Beschwerdeführerinnen geäußert, aber keine Anträge im Hinblick auf das vorliegende Verfahren gestellt. Die Frage, ob beziehungsweise in welcher Rolle sie am vorliegenden Verfahren teilnehmen könnte, kann daher offenbleiben.

3.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei bereits deshalb auszuschliessen, weil die Beschwerdegegnerin darin unvollständige und falsche Angaben über ihren Subunternehmeranteil gemacht habe und weil sie das entsprechende Formular abgeändert habe. In

den Allgemeinen Bestimmungen sei ausdrücklich vorgesehen, dass ein Anbieter ausgeschlossen werde, wenn das Angebot nicht vollständig sei oder wenn die vorgegebenen Eingabeformulare inhaltlich abgeändert worden seien. Auszuschliessen sei ein Anbieter gemäss Art. 11 aBöB auch, wenn er falsche Auskünfte erteile.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet diese Vorwürfe.

3.1 In den Allgemeinen Bestimmungen ist im Hinblick auf die formale Prüfung vorgesehen, dass ein Anbieter unter anderem dann ausgeschlossen werde, wenn die vorgegebenen Eingabeformulare inhaltlich abgeändert seien.

Das von der Vergabestelle bereitgestellte Formular 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration", in dem die Leistungsanteile der Subunternehmer in Prozenten zu deklarieren waren, enthielt Platz für lediglich zwei Subunternehmer (sic!) und den Vermerk: "Weitere Subunternehmer können mit einer Kopie dieses Formulars vom Unternehmer angemeldet werden."

Die Beschwerdegegnerin erweiterte dieses Formular offenbar elektronisch, um fünf Subunternehmer einzufügen.

Diese Abänderung ist als formale, nicht als inhaltliche Abänderung des vorgegebenen Formulars einzustufen. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle diese Abänderung des Formulars nicht zum Anlass für einen Ausschluss der Offerte der Beschwerdegegnerin nehmen will.

3.2 In Bezug auf den Vorwurf der falschen oder unvollständigen Angaben durch die Beschwerdegegnerin ergibt sich in sachverhaltlicher Hinsicht aus den Akten, dass die Beschwerdegegnerin in der Beilage 12 "Subunternehmer- / Lieferantenliste" 17 Subunternehmer aufgeführt hatte, inklusive die J._____ AG, deren Leistungsanteil gemäss der vorgängigen Auskunft der Vergabestelle nicht an den Subunternehmeranteil angerechnet werden musste. Im Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration", in dem die Leistungsanteile der Subunternehmer in Prozenten zu deklarieren waren, waren dagegen lediglich fünf dieser Subunternehmer aufgeführt und das angegebene Total des Anteils der Subunternehmerleistungen entsprach der Summe nur dieser fünf Subunternehmer. Im Rechtsmittelverfahren legt die Beschwerdegegnerin dar, dass ein Teil der in der Beilage 12 aufgeführten Subunternehmer effektiv Subunternehmer ihrer Subunternehmer seien. Die von ihr bereinigte Liste enthält nun 12 Subunternehmer, inklusive die J._____ AG. Hinzu kommt der Leistungsanteil der

K. _____ AG, der erst im Rechtsmittelverfahren bekannt wurde und den die Beschwerdegegnerin zu Unrecht nicht als Subunternehmeranteil betrachtet (vgl. E. 4.9 hienach).

Unter diesen Umständen ist mit den Beschwerdeführerinnen davon auszugehen, dass die Deklaration der Beschwerdegegnerin bezüglich ihrer Subunternehmeranteile im Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" unvollständig und unzutreffend war.

3.3 Das Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" enthält eine Passage, wonach die Vergabestelle Anbieter, welche die Selbstdeklaration nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt haben oder andere Formerfordernisse gemäss Art. 9 aVöB nicht erfüllen, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschliesst (vgl. Ziff. 2.1 "Allgemeines zur Selbstdeklaration").

Das Dokument 4.1 ist formal unterteilt in die Teile 1 "Unternehmerangaben" und 2 "Selbstdeklaration". Die Angaben zu den Subunternehmerleistungen gehören in den ersten Teil "Unternehmerangaben", nicht in den Teil "Selbstdeklaration".

Art. 9 aVöB sieht vor, dass die Vergabestelle Unterlagen für die Überprüfung der Eignung der Anbieter einverlangen kann, und verweist auf die in Anhang 3 zur Verordnung genannten Unterlagen. In diesem Anhang sind verschiedene Nachweise zu Eignungs- und anderen Vergabekriterien aufgeführt, doch finden sich darunter keine Nachweise, die einen ersichtlichen Bezug zum Subunternehmeranteil aufweisen.

Die von den Beschwerdeführerinnen angeführte Ausschlussandrohung von Ziffer 2.1 "Allgemeines zur Selbstdeklaration" findet daher keine Anwendung auf die vorliegend in Frage stehende Deklaration der Subunternehmeranteile.

3.4 Art. 19 Abs. 1 aBöB sieht vor, dass die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen müssen. Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 aBöB). Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle zusätzlich in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass Anbieter ausgeschlossen würden, wenn das Angebot nicht vollständig sei (Dok. 1.1 "Allgemeine Bestimmungen", Ziff. 5.1.1 "Formale Prüfung").

Der Regel, dass unvollständige Angebote auszuschliessen sind, liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 m. H. "Studie Schienengüterverkehr"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"; Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.33 E. 2a/aa).

Nach der Gerichtspraxis stellt sich im Fall der Unvollständigkeit einer Offerte jeweils die Frage, ob die Vergabestelle die Offerte direkt ausschliessen darf oder muss oder ob sie dem Anbieter Gelegenheit geben darf oder sogar muss, eine nicht den Anforderungen entsprechende Offerte zu ergänzen. Die Praxis unterscheidet diesbezüglich drei Kategorien:

Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende

(Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C_257/2016 E. 3.3; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.), nicht aber, wenn der Inhalt der nachzureichenden Dokumente noch völlig offen war (Zwischenentscheid des BVer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; Urteil des BVer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.7 "Elektroinstallationen Müllheim").

3.5 Weiter sieht Art. 11 Bst. b aBöB vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, wenn sie der Auftraggeberin falsche Auskünfte erteilt haben.

Auch bezüglich dieser Bestimmung wird in der Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass der in Frage stehende Ausschlussgrund eine gewisse Schwere haben muss, um vor dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Bestand zu haben (BVGE 2019 IV/1 E. 4.1 "cotisations sociales"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 486).

Wie schwer eine falsche Auskunft wiegt, hängt einerseits davon ab, ob die in Frage stehende Information in Bezug auf den Zuschlagsentscheid relevant ist oder nicht. Relevant sind diesbezüglich Auskünfte, die, wenn sie wahrheitsgemäss erteilt worden wären, zu einem Ausschluss oder zu einer entscheidend schlechteren Bewertung hätten führen können. Andererseits ist auch von Bedeutung, ob der Anbieter die objektiv wahrheitswidrige Auskunft wissentlich erteilt hat oder ob seine Gründe dafür allenfalls so nachvollziehbar sind, dass das Vertrauen der Vergabestelle zu ihrem künftigen Vertragspartner dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt sein muss. So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa entschieden, dass eine Vergabestelle

einen Anbieter, der vorsätzlich unwahre Auskünfte über die Nichtbezahlung von geschuldeten Sozialversicherungsabgaben in erheblicher Höhe gemacht hatte, nicht nur ausschliessen durfte, sondern ausschliessen musste (BVG 2019 IV/1 E. 4.4 "cotisations sociales").

3.6 Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdegegnerin, wie dargelegt, im Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" die Leistungsanteile der Subunternehmer in Prozenten offensichtlich unvollständig angegeben und in der Folge als Total dieser Angaben einen zu geringen Anteil deklariert, da sie lediglich fünf ihrer Subunternehmer aufgeführt hatte.

Aufgrund des offensichtlichen Widerspruchs zwischen diesem Dokument und der Beilage 12 "Subunternehmer- / Lieferantenliste", in der die Beschwerdegegnerin 17 Subunternehmer aufgeführt hatte, ist klar, dass es sich bei dieser Diskrepanz um ein Versehen der Beschwerdegegnerin gehandelt haben musste, denn wenn sie der Vergabestelle einen Teil ihrer Subunternehmer wissentlich hätte verschweigen wollen, so hätte sie diese klarerweise nicht in ihrer Subunternehmerliste in Beilage 12 aufgeführt.

Der Subunternehmeranteil war zwar entscheidend dafür, ob das Angebot zulässig war oder ausgeschlossen werden musste, hatte aber keinen Einfluss auf die Bewertung unter den Zuschlagskriterien. Dieser Umstand spricht für eine Berechtigung der Vergabestelle, in dieser Situation der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Ergänzung ihrer offensichtlich unvollständigen Angaben zum Anteil der Subunternehmerleistungen zu geben. Weiter ist zu berücksichtigen, dass, je grösser und komplexer eine Vergabe ist, desto wahrscheinlicher es ist, dass die Offerten gewisse Unklarheiten, Unvollständigkeiten oder Fehler enthalten, und es einer Vergabestelle umso eher zuzubilligen ist, dass sie aus Gründen der Verhältnismässigkeit den Anbietern Gelegenheit gibt, derartige Mängel zu beheben, sofern sie dies in rechtsgleicher Weise tut. Im vorliegenden Fall handelte es sich unbestreitbar um eine grosse und komplexe Vergabe und die meisten Offerten gaben der Vergabestelle Anlass zu verschiedenen Rückfragen.

Die Vergabestelle hätte daher das ihr zustehende Ermessen nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie der Beschwerdegegnerin in dieser Situation Gelegenheit zur Ergänzung ihrer offensichtlich unvollständigen Angaben zum Anteil der Subunternehmerleistungen gegeben hätte.

Wäre die Vergabestelle berechtigt gewesen, der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Ergänzung ihrer offensichtlich unvollständigen Angaben zum

Anteil der Subunternehmerleistungen zu geben, so ist auch nicht zu beanstanden, wenn sie die Ergänzung dieser Angaben, welche die Beschwerdegegnerin erst im Rechtsmittelverfahren vornimmt, gelten lassen will.

3.7 Nicht in gleicher Weise erkennbar wie die Diskrepanz zwischen dem Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" und der Beilage 12 "Subunternehmer- / Lieferantenliste" war dagegen die fehlende Deklaration des Leistungsanteils der K._____ AG, da die K._____ AG auch in der Subunternehmerliste (Beilage 12) nicht aufgeführt war.

Es ist nicht unglaubwürdig, dass die Beschwerdegegnerin diese Deklaration nur deshalb unterlassen hat, weil sie aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung davon ausging, dass die K._____ AG nicht als Subunternehmerin zu qualifizieren sei (vgl. E. 4.9 hienach). Allerdings war das Unterlassen dieser Deklaration – zusammen mit den anderen fehlenden Angaben zu den Subunternehmerleistungen – nicht irrelevant für den Vergabeentscheid, wie noch darzulegen sein wird.

Ob die Vergabestelle, nach Kenntnisnahme dieses Fehlers im Rechtsmittelverfahren, immer noch sinngemäss die Auffassung vertreten darf, ihr Vertrauen in die Beschwerdegegnerin als potentielle Vertragspartnerin werde dadurch nicht massgeblich beeinträchtigt, so dass sie die Offerte der Beschwerdegegnerin deswegen nicht ausschliessen wolle und auch diese Ergänzung akzeptiere, oder ob sie damit das ihr zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausübt, kann vorliegend indessen offengelassen werden, da die Beschwerde bereits aus anderen Gründen gutzuheissen ist, wie noch darzulegen ist.

4.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin die Obergrenze für Subunternehmerleistungen von 35% überschritten habe. Diese in den Ausschreibungsunterlagen verankerte Anforderung stelle eine wesentliche Anforderung der Ausschreibung dar und müsse zwingend eingehalten werden. Aus der Publikation einer anderen Beschaffung der Vergabestelle ("Programm SMB Beweissicherung", SIMAP-Projekt-ID 209921) gehe hervor, dass die Beschwerdegegnerin ihre Gesamtleistung mit einer grösseren Zahl von Subunternehmern angeboten habe. Die Beschwerdeführerinnen könnten aufgrund ihrer eigenen Erfahrung den von der Vergabestelle im Kontext jener anderen Beschaffung namentlich aufgeführten Subunternehmern der Beschwerde-

gegnerin den jeweiligen Leistungsbereich zuordnen. Den Anteil der Leistung an der Gesamtleistung könnten sie anhand ihrer eigenen Kalkulation abschätzen. Der Anteil der Subunternehmerleistungen an der von der Beschwerdegegnerin angebotenen Gesamtleistung müsse daher mindestens 42% betragen.

Die Vergabestelle bestreitet, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin den in der Ausschreibung geforderten maximalen Anteil von Subunternehmern von 35% überschreite. Sie habe die Eingabesummen auf der Grundlage der Leistungsverzeichnisse, Preisblätter und Lastenhefte überprüft und den exakten Prozentanteil berechnet. Zusätzlich zu den fünf Subunternehmern, deren Leistungsanteil die Beschwerdegegnerin deklariert habe, habe sie sechs weitere Subunternehmer berücksichtigt. Die übrigen in der Beilage 12 aufgeführten Unternehmen seien Sub-Subunternehmer, deren Leistungsanteile in den Leistungsanteilen der entsprechenden Subunternehmer enthalten seien, sowie die J. _____ AG, die von der Vergabestelle vorgegebene Pflicht-Subunternehmerin, die nicht anzurechnen sei. In den Leistungsanteilen seien aber auch Endkostenzuschläge der Beschwerdegegnerin eingerechnet, die Leistungen der Hauptunternehmerin für Aufsicht und Führung, Verwaltungs- und Geldkosten, Risiko und Gewinn darstellten. Gemäss dem Kalkulationsschema der Beschwerdegegnerin betrage dieser eigene Leistungsanteil rund 18%. Bringe man diese Endkosten in Abzug, falle der Leistungsanteil für Subunternehmer deutlich unter 30%. Aus dem Leistungsbeschrieb ergebe sich, dass die Beschwerdegegnerin für die vier Optionen keine zusätzlichen Subunternehmerleistungen benötigen würde, da sie die Baumeisterarbeiten für die Optionen selber ausführe. Die Schätzung von 42.6% Subunternehmeranteilen, welche die Beschwerdeführerinnen vorgenommen hätten, sei komplett falsch, denn sie hätten darin 8.8% für Injektionsarbeiten und 2.4% für das Entfernen der bestehenden Spritzbetonschale eingerechnet. Indessen würden das Entfernen der bestehenden Spritzbetonschale durch eine 100%-ige Tochterunternehmung der Beschwerdegegnerin und die Injektionsarbeiten durch die Beschwerdegegnerin selbst ausgeführt, was beides als Eigenleistung einzustufen sei. Eine im Direktvergleich leicht tiefere Subunternehmerquote der Beschwerdegegnerin gegenüber derjenigen der Beschwerdeführerinnen in diesen Punkten sei daher plausibel.

Die Beschwerdegegnerin selbst macht geltend, der Zweck der Beschränkung des Subunternehmeranteils bestehe darin, dass bei komplexen Leistungen, die aufgrund des Gesamtauftrags verschiedenes Know-how und verschiedene Spezialitäten erforderten, eine übersichtliche Organisation

gewährleistet bleibe und ein Hauptverantwortlicher ausgemacht werden könne, der mindestens den überwiegenden Teil der zu leistenden Arbeiten selbst erbringe. Der Vergabestelle stehe ein Ermessen zu, selbst wenn die Grenze aufgrund des Wortlauts als fixe Grenze formuliert sei. Auch wenn vorliegend der entsprechende Anteil mit 35% numerisch exakt festgelegt worden sei, fehlten weitere Angaben zur Berechnungsbasis. Es sei weder gesetzlich noch in der SIA-Norm 118 noch in der Ausschreibung geregelt, wie ein Subunternehmeranteil "richtig" berechnet werde beziehungsweise welche Leistungen einer "Angebotssumme" als Subunternehmeranteil gälten. Im Werkvertragsentwurf werde die SIA Norm 118 als anwendbar erklärt, weshalb als Subunternehmer nur gelten könne, wer auf Grund eines Werkvertrags mit dem Unternehmer von diesem übernommene Arbeiten auszuführen habe. Daraus folge, dass reine Lieferungen für Baumaterialien, Kies, Anlagenteile ohne Montagepflicht etc., die aufgrund eines Kaufvertrags erfolgten, sowie Planerleistungen, die nicht dem Werkvertragsrecht unterständen, und insbesondere sämtliche Bauleitungsaufgaben keine Subunternehmerleistungen in diesem Sinne seien. Keine Subunternehmerleistungen seien auch sämtliche "Werk"-Arbeiten des Hauptunternehmers, ebenso wenig dessen übergeordnete Leistungen wie Projektmanagement-, Koordinations- und Aufsichtsleistungen. Insbesondere seien die mit sogenannten Endzuschlägen abgebildeten Leistungen, die nach Verwaltungs- und Geldkosten insbesondere auch Risiko und Gewinn umfassten, keine werkvertraglichen Leistungen. Aus der Systematik der Ausschreibungsunterlagen ergebe sich indessen, dass das Kalkulationschema SBV 400, das für die Beschwerdegegnerin den Endzuschlag von 18% ausweise, nur für die Leistungsverzeichnisse Bau relevant wäre, nicht aber für jene Leistungen, die aufgrund von Lastenheften pauschal zu offerieren gewesen seien, oder für die Planerleistungen. Würde der Anteil an Leistungen von Subunternehmern gemäss diesen Regeln berechnet, würde deren Anteil deutlich unter 30% liegen. Auch ohne Umsetzung dieser "richtigen" Berechnungsweise liege er aber deutlich unter 35%.

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden den Abzug eines Endzuschlags von 18%. Der Endzuschlag sei ein rein anbieterinternes Kalkulationselement. Würde dieses berücksichtigt, könnte eine Anbieterin durch Wahl des Endzuschlags einen zu hohen Subunternehmeranteil fast beliebig anpassen.

4.1 In der Ausschreibung ist vorgesehen, dass Subunternehmer zugelassen seien, wobei aber ausdrücklich auf die "Details gemäss Dokument 1.1 Allgemeine Bestimmungen" verwiesen wird (Ausschreibung, Ziff. 3.6). Das

Dokument 1.1 bestimmt diesbezüglich, dass der "Anteil von Subunternehmern an der Gesamtleistung" maximal 35% betragen dürfe (vgl. Dok. 1.1, Ziff. 3.2.4).

Es ist unter den Parteien nicht bestritten, dass es sich bei dieser Obergrenze um eine Teilnahmeanforderung handle, die zwingend einzuhalten war.

Umstritten ist dagegen, wie der Subunternehmeranteil zu berechnen ist.

4.2 Auftraggeber sind in der Pflicht, ihre Anforderungen deutlich zu umschreiben, insbesondere, wenn es um die Eignungsprüfung geht. Soweit es auf die Auslegung nach guten Treuen und den Grundsatz des Vertrauensschutzes ankommt, ist zu beachten, dass es dabei um den Schutz desjenigen Anbieters geht, der einen Nachteil erfährt, weil er sein Angebot so verfasste und diejenigen Nachweise beibrachte, die nach seiner Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ausreichend sein mussten. Die Vergabebehörde darf die Anforderungen gegenüber der Ausschreibung nicht erhöhen (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 33 S. 406).

Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien (vgl. Art. 9 Abs. 2 aBöB) bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens". Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV) schützt den Anbieter, der sein Angebot so verfasst und diejenigen Nachweise beigebracht hat, von denen er aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen (Urteil B-4637/2016 E. 4.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

Ein unterliegender Anbieter, der geltend macht, die Vergabebehörde habe beim obsiegenden Konkurrenten ein Eignungskriterium weniger streng gehandhabt, als es in der Ausschreibung festgelegt worden ist, kann sich mit diesen Rügen dagegen nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen (vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., Rz. 33 S. 406, mit Hinweisen auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00243 vom 21. September 2012

E. 3.5 und VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3.1.1). Bei unklar formulierten Eignungskriterien ist es daher nicht unzulässig, wenn die Vergabestelle zu Gunsten jedes Anbieters alle nach Treu und Glauben möglichen Auslegungsvarianten gelten lässt und die entsprechend nachgewiesene Eignung des jeweiligen Anbieters bejaht (Urteil des BVGer B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.4 "Gewölbearbeiten im Furkatunnel"). Diese Überlegungen, die in Bezug auf Eignungskriterien entwickelt wurden, gelten auch für andere Kriterien, die für die Zulassung oder den Ausschluss eines Angebots relevant sind.

4.3 Im vorliegenden Fall finden sich in den Ausschreibungsunterlagen nur wenige Vorgaben, wie der Subunternehmeranteil zu berechnen ist. Einerseits enthält das Formular 4.1, in dem der Subunternehmeranteil in Prozenten zu deklarieren war, die Formulierung, dass diese Prozentangabe als Leistungsanteil des betreffenden Subunternehmeranteils bezogen auf die Angebotssumme zu verstehen sei. Weiter fällt auf, dass das Formular "Beilage 12: Subunternehmer- / Lieferantenliste" in die Kapitel "Subunternehmer", "Lieferant" und "Entsorgungsstelle" unterteilt ist. Weiter wurde anlässlich der Fragerunde, welche die Vergabestelle vor den Offerteingaben durchführte, die Frage gestellt, ob auch die Leistungen der J. _____ AG an den Subunternehmeranteil von maximal 35% anzurechnen seien, worauf die Vergabestelle antwortete, dass diese Leistungen nicht als Subunternehmerleistungen in diesem Sinn gälten.

Aufgrund dieser Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ist somit mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass reine Produkt- oder Materiallieferungen nicht als Subunternehmerleistungen zu verstehen sind, wohl aber bei der Gesamtleistung mitzählen, weil dort die Angebotssumme massgeblich ist. Auch die Leistungen der J. _____ AG sind nicht beim Subunternehmeranteil, wohl aber bei der Gesamtleistung in der Vergleichsrechnung zu berücksichtigen.

4.4 Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren macht die Vergabestelle erstmals geltend, vom offerierten Preis der jeweiligen Leistung seien die vom Anbieter im Kalkulationsschema dargelegten Endkosten von 18% in Abzug zu bringen. Die Beschwerdegegnerin schliesst sich dieser Auffassung nur teilweise an.

Diese Argumentation beruht auf der Überlegung, dass der offerierte Preis für diese Leistungen nicht nur die eigentliche Leistung des Subunternehmers reflektiere, sondern auch Leistungen des Hauptunternehmers, wie

Koordinations-, Aufsichts- und Managementleistungen, Baustellengemeinkosten, Verwaltungs- und Geldkosten sowie der Zuschlag für Risiko und Gewinn. Diese Überlegung ist zwar an sich – jedenfalls zumindest teilweise – nachvollziehbar.

Warum aber die vom Anbieter frei gewählte Bezifferung der Endkosten im Kalkulationsschema massgebend sein sollte, wie die Vergabestelle geltend macht, ist nicht nachvollziehbar. Hinzu kommt, dass eine solche Berechnungsmethode es jedem Anbieter erlauben würde, eine Begrenzung des Subunternehmeranteils durch entsprechende Aufteilung der Kosten im Kalkulationsschema beliebig zu umgehen.

Was der tatsächliche Anteil der Subunternehmerleistung selbst ist und was demgemäss andererseits der Anteil für Koordinations-, Aufsichts- und Managementleistungen, Baustellengemeinkosten, Verwaltungs- und Geldkosten sowie Risiko und Gewinn ist, der auf den Hauptunternehmer entfällt, liesse sich zwar feststellen durch einen Vergleich der Subunternehmerofferten mit der Offerte des Anbieters. Eine solche Sachverhaltsabklärung wäre zwar dem Gericht im Rechtsmittelverfahren möglich, nicht aber der Vergabestelle, der gegenüber jeder Anbieter berechnete Geheimhaltungsinteressen an der von ihm kalkulierten Marge geltend machen kann. Eine Auslegungsvariante, die impliziert, dass ein Anbieter der Vergabestelle gegenüber den Preis der Subunternehmerofferte oder seine Marge offenlegen müsste, ist eine Variante, mit der die Anbieter nach Treu und Glauben nicht rechnen mussten. Sie ist daher auszuschliessen.

Soweit die Vergabestelle im Bestreben, ihren Zuschlag zu schützen, im Rechtsmittelverfahren auch derartige Auslegungsvarianten zulassen will, übt sie das ihr zustehende Ermessen daher rechtsfehlerhaft aus.

4.5 Es fällt auf, dass nicht nur die Beschwerdeführerinnen die Auffassung vertreten, die Berechnung des Anteils einer Subunternehmerleistung am Gesamtvolumen ergebe sich aus dem durch die Anbieterin offerierten Preis für diese Leistung im Verhältnis zum Preis der Gesamtleistung, ohne irgendwelche Abzüge der von der Vergabestelle oder der Beschwerdegegnerin dargelegten Art. Auch die Beschwerdegegnerin selbst ging offensichtlich von der gleichen Auslegung aus, als sie in ihrer Offerte den Anteil der verschiedenen Subunternehmerleistungen deklarierte.

Nach dem Gesagten erscheinen diese Auslegung und dieses Verständnis naheliegend. Von dieser Auslegungsvariante ist daher im Folgenden auszugehen.

4.6 In der Beilage B.8 zu ihrer Beschwerdeantwort legt die Beschwerdegegnerin den Anteil der einzelnen Subunternehmerleistungen im Einzelnen dar.

4.7 Die Beschwerdeführerinnen haben keine Einsicht in diese Berechnungen und in die eingereichten Subunternehmerofferten erhalten, da die Beschwerdegegnerin diesbezüglich Geschäftsgeheimnisse geltend macht.

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 aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2 m.H. "Privatisierung Alcosuisse"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Zu den nicht offenzulegenden Offertbestandteilen zählen praxismässig 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 (Urteile des BVGer B-3804/2020 vom 18. Januar 2021 E. 5.1 "Wildtierquerung Mels"; B-3157/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1 "opere ambientali N13 Castione-Roveredo"; B-1662/2020 E. 3.4.5 "Elektroinstallationen Müllheim"; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 11.2 "Stahlwasserbauten Ritomsee"). Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen (Art. 28 VwVG).

4.8 Bezüglich der Frage, wie der Subunternehmeranteil zu berechnen sei, folgt die Beschwerdegegnerin bei ihrer Berechnung grösstenteils der gleichen Auslegung, wie sie auch von den Beschwerdeführerinnen vertreten wird, das heisst, sie stellt auf die Beträge ab, wie sie sich den entsprechenden Preisblättern oder Positionen ihrer Offerte entnehmen lassen. Dies gilt insbesondere für die ersten fünf Subunternehmer, deren Leistungsanteil sie bereits in ihrer Offerte deklariert hatte. Bei verschiedenen weiteren Subunternehmern, deren Leistungsanteil sie nun erstmals im Rechtsmittelverfahren beziffert, macht die Beschwerdegegnerin geltend, dass ein Teil der betreffenden Leistung nicht vom betreffenden Subunternehmer, sondern von ihr selbst erbracht würde. Zum Beleg legt sie – nur für die Einsichtnahme durch das Gericht – mehrere Subunternehmerofferten ins Recht.

4.8.1 Ein Vergleich dieser Offerten mit den Darlegungen der Beschwerdegegnerin zu ihrer Berechnung des Subunternehmeranteils zeigt, dass die Beschwerdegegnerin bei mehreren dieser erstmals im Rechtsmittelverfahren dargelegten Subunternehmeranteile nun direkt auf die Preise abstellt, die in der jeweiligen Subunternehmerofferte angeboten wurden, was, wie dargelegt (E. 4.4 f. hievor), nicht statthaft ist.

4.8.2 Die Subunternehmerofferten der E. _____ AG und der H. _____ AG wurden auf der Basis der Lastenheftformulare der Vergabestelle erstellt und erlauben daher eine genaue Zuordnung der einzelnen Positionen an die jeweilige Subunternehmerin oder die Beschwerdegegnerin und damit eine Überprüfung und allfällige Korrektur der Berechnung durch das Gericht.

4.8.3 Die Subunternehmerofferte für die Planungsleistungen ist nicht derart detailliert, enthält aber bei mehreren Positionen einen Kommentar, der die Behauptung der Beschwerdegegnerin stützt, dass diese Subunternehmerinnen nur für einen Teil der betreffenden Leistungen eine Offerte eingereicht hatten und davon ausgingen, dass gewisse andere Teile durch die Beschwerdegegnerin selbst ausgeführt würden. Beziffert wird dieser Leistungsumfang der Beschwerdegegnerin indessen lediglich durch sie selbst. Der von ihr angegebene Betrag entspricht genau der Differenz zwischen dem Preis der Subunternehmerofferte und dem Gesamtbetrag der Planerleistungen gemäss dem Preisblatt für Planerleistungen. Auch wenn aufgrund der Kommentare in der Subunternehmerofferte glaubhaft ist, dass nicht alle Planerleistungen durch die Subunternehmerinnen erbracht werden sollen, sondern dass ein Teil bei der Beschwerdegegnerin selbst ver-

bleiben soll, so ist nicht plausibel, dass der Preis für diese von der Beschwerdegegnerin selbst erbrachten Leistungen so exakt mit der Differenz zwischen dem Preis der Subunternehmerofferte und dem Gesamtbetrag der Planerleistungen übereinstimmen soll.

4.8.4 Der Subunternehmeranteil für die Kanalreinigung entspricht den in der Offerte der Beschwerdegegnerin angebotenen Preisen für diese Positionen und ist daher nicht zu beanstanden.

4.8.5 Der von der Beschwerdegegnerin angegebene Betrag für die Subunternehmerin G. _____ GmbH enthält auch einige Positionen, die im Lastenverzeichnis als reine Lieferungen beschrieben und entsprechend – zu Gunsten der Beschwerdegegnerin – in Abzug zu bringen sind.

4.8.6 Die übrigen angegebenen Subunternehmeranteile, insbesondere auch die Änderungen, die sich durch die Optionen ergeben, können durch das Gericht nicht nachvollzogen werden.

4.9 Subunternehmerleistungen der K. _____ AG sind in dieser Aufstellung der Beschwerdegegnerin nicht enthalten. Die Vergabestelle behauptete in ihrer Vernehmlassung, die K. _____ AG sei auch von der Beschwerdegegnerin für das Entfernen der bestehenden Spritzbetonschale vorgesehen, zähle aber nicht als Subunternehmerin, da sie eine Tochter der Beschwerdegegnerin sei. Mit unaufgeforderter Eingabe vom 10. März 2021 nahm sie ihre Behauptung, die K. _____ AG sei für diese Arbeiten vorgesehen, als unzutreffend zurück. Auf Anfrage des Gerichts räumte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 16. März 2021 dann ein, dass die K. _____ AG zwar nicht für das Entfernen der Spritzbetonschale, wohl aber für die Ausführung von in der Offerte enthaltenen Reinigungsleistungen vorgesehen sei.

Dass sie die K. _____ AG nicht als Subunternehmerin deklariert hatte, erklärt sie damit, dass diese eine Konzerngesellschaft und funktional eine Spezialabteilung der Beschwerdegegnerin sei. Sämtliche Mitarbeitende der K. _____ AG seien seit Jahren bei der Beschwerdegegnerin angestellt, welche auch die Managementdienstleistungen für die K. _____ AG erbringe und den Hauptteil von deren Maschinen bilanzieren. Die K. _____ AG habe ihren Sitz in einer Niederlassung der Beschwerdegegnerin. Seit dem 1. Januar 2021 sei sie auch formell eine 100%-ige Tochter der Beschwerdegegnerin. Diese betrachte die K. _____ AG daher nicht als Subunternehmerin im Sinne der Begriffsdefinition, sondern als eigene

Spezialabteilung, und habe sie in ihrem Angebot nicht als Subunternehmerin bezeichnet.

Die Beschwerdeführerinnen berufen sich demgegenüber auf ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, in dem einer Literaturmeinung gefolgt und der Leistungsanteil von Tochtergesellschaften als Subunternehmerleistungen eingestuft worden ist (Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.3.3 "Galgenbuckeltunnel", mit Hinweis auf MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, N. 1374, 1378-1380).

Ob diese Meinung sachgerecht und ihr zu folgen ist, kann vorliegend offengelassen werden, da die K._____ AG im Offertzeitpunkt unbestrittenmassen noch keine Tochter der Beschwerdegegnerin war, sondern lediglich ihre Konzernschwester, und die Beschwerdegegnerin nicht behauptet, damals habe bereits festgestanden, dass die K._____ AG im Zeitpunkt der Leistungserbringung ihre 100%-ige Tochter sein werde. Anders als über eine eigentliche Tochtergesellschaft kann eine Anbieterin über eine Konzernmutter oder -schwester weder rechtlich noch wirtschaftlich verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht hat dementsprechend in einem anderen Fall entschieden, dass eine Anbieterin sich nicht auf Referenzen oder Ressourcen ihrer Konzernmutter berufen könne, solange diese nicht als Konsortialpartnerin, Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte eingebunden sei (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 ff. "ERP alcosuisse"). Nicht relevant ist ferner, dass in der Botschaft zum totalrevidierten BöB ausgeführt wird, dass Leistungen von Konzerngesellschaften der Anbieterin zuzurechnen seien (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 1851, 1948), da diese Passage sich nicht allgemein auf die Anbieter- oder Subunternehmerqualität von Konzerngesellschaften, sondern lediglich auf die Auslegung des neuen Art. 31 Abs. 3 BöB bezieht, der vorsieht, dass die charakteristische Leistung grundsätzlich von der Anbieterin zu erbringen sei, und im vorliegenden Fall, wie dargelegt, ohnehin das neue Recht und allfällige dadurch veranlasste Praxisänderungen noch nicht zur Anwendung kommen. Der Auffassung der Beschwerdegegnerin, sie habe die K._____ AG nicht als Subunternehmerin deklarieren müssen, kann daher nicht gefolgt werden.

Betragsmässig macht die Beschwerdegegnerin geltend, die Positionen für die von der K._____ AG auszuführenden Reinigungsarbeiten enthielten auch Leistungen der Beschwerdegegnerin selbst für Lohn, Material und In-

ventar sowie Konzernleistungen, die in Abzug zu bringen seien. Die Leistungsanteile der K. _____ AG beruhen auf Bruttopreisen von deren Angebot abzüglich eines Rabattes für Konzernleistungen. Die Beschwerdegegnerin belegt weder die behaupteten Eigenleistungen noch diese Bruttopreise; im von ihr ins Recht gelegten Angebotsschreiben der K. _____ AG sind alle Beträge ausser der Höhe des "Konzernrabatts" in Prozenten abgedeckt.

Nach dem zur Auslegung und Berechnungsweise bereits Gesagten (vgl. E. 4.4 f. hievor) ist auch bezüglich der von der K. _____ AG auszuführenden Reinigungsarbeiten auf den in der Offerte der Beschwerdegegnerin an die Vergabestelle vorgesehenen Preis für diese Leistungen abzustellen.

4.10 Aufgrund der dargelegten Überlegungen berechnet das Gericht daher einen massgeblichen Subunternehmeranteil von mindestens Fr. 22'147'195.65, entsprechend einem Anteil von 35.69% für das ursprüngliche Angebot der Beschwerdegegnerin ohne Optionen. Soweit die Beträge der Beschwerdegegnerin nicht nachvollzogen, aber auch nicht konkret widerlegt werden konnten (vgl. E. 4.8.6 hievor), geht das Gericht von den von der Beschwerdegegnerin angegebenen Beträgen aus, ebenso bezüglich des von ihr geltend gemachten Abzugs der nicht plausibel bezifferten Eigenleistungen bei der Planung (vgl. E. 4.8.3 hievor).

4.11 Die Beschwerdegegnerin hat auch die Änderungen der Subunternehmerleistungen, die sich aufgrund der Optionen ergeben, beziffert, ohne aber diesbezüglich detailliertere Angaben zu machen oder Belege einzureichen, die einen Nachvollzug dieser Zahlen erlauben würden. Wie es sich damit verhält, kann indessen offengelassen werden, da der maximale Anteil an Subunternehmerleistungen bereits anlässlich der Einreichung der ursprünglichen Offerte eingehalten werden musste.

4.12 Die Rüge, die Beschwerdegegnerin halte den maximalen Subunternehmeranteil von 35% nicht ein, weshalb ihre Offerte auszuschliessen sei, erweist sich daher als begründet.

5.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen nicht nur die Aufhebung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerin, sondern einen direkten Zuschlag an sich selbst.

5.1 Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ein Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen wäre unzulässig, weil deren Offerte ihrerseits auszuschliessen sei. Die Beschwerdeführerinnen wiesen eine Preisbildung und Angaben auf, die nicht plausibel seien. Trotz des unbestrittenen Bezugs von Subunternehmern hätten sie einen Endzuschlag von 0% deklariert. Dies sei nicht nur nicht plausibel, sondern könne nur das Ergebnis von – gemäss den Bestimmungen der Ausschreibung verbotenen – Umlagerungen sein.

5.1.1 Wird die Offerte der Beschwerdegegnerin ausgeschlossen, so hätte ein allfälliger Ausschluss auch der Offerte der Beschwerdeführerinnen keine Auswirkung auf die Chance der Beschwerdegegnerin, den Zuschlag zu erhalten, da von den insgesamt fünf Angeboten immer noch drei Angebote verbleiben würden. Irgendwelche Anhaltspunkte, warum auch alle diese Angebote auszuschliessen wären, ergeben sich weder aus dem Evaluationsbericht noch aus den Vorbringen der Beschwerdegegnerin. Insofern fehlt es eigentlich bereits an einem konkreten Interesse der Beschwerdegegnerin daran, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Vorbringen überhaupt prüft.

5.1.2 Selbst wenn indessen ein derartiges Interesse gegeben wäre, so sind die Vorwürfe der Beschwerdegegnerin zu wenig substantiiert, als dass sie nachvollziehbar wären. Es ist zwar unbestritten und aktenkundig, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrem Kalkulationsschema auf den Fremdleistungen keine Endzuschläge vorgesehen haben. Warum dies zu unzulässigen Umlagerungen führen sollte, hat die Beschwerdegegnerin aber nicht erklärt und ist auch für das Gericht nicht ersichtlich. Wie bereits dargelegt, ist jeder Anbieter frei, wie er die Endkosten im Kalkulationsschema beziffern will (vgl. E. 4.4 hievor). Dass diese Zuschläge nicht notwendigerweise mit der effektiven Differenz zwischen den Preisen der jeweiligen Subunternehmerofferte und den der Vergabestelle offerierten Preisen für die entsprechenden Positionen übereinstimmen, ergibt sich ja auch aus den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Subunternehmerofferten. Es ist zwar nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerinnen, indem sie in ihrem Kalkulationsschema auf den Fremdleistungen keine Endzuschläge vorgesehen haben, ein Unterangebot in Bezug auf die entsprechenden Regieleistungen eingereicht haben. Mit welcher Position mit einer ungebührlich hohen Marge dieses Risiko korrelieren könnte, hat die Beschwerdegegnerin aber nicht erklärt und ist auch für das Gericht nicht ersichtlich. In dem Umstand allein, dass die Beschwerdeführerinnen in ihrem

Kalkulationsschema auf den Fremdleistungen keine Endzuschläge vorgesehen haben, kann daher kein genügender Anhaltspunkt für eine unzulässige Umlagerung gesehen werden.

5.2 Andere Argumente, die gegen die Zulässigkeit der Offerte der Beschwerdeführerinnen sprechen würden, haben weder die Beschwerdegegnerin noch die Vergabestelle vorgebracht. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte geltend gemacht worden oder ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen bei der Berechnung ihres eigenen Subunternehmeranteils nicht korrekt und im Sinne des vorstehend Gesagten (vgl. E. 4.5 hievore) vorgegangen wären.

5.3 Die Offerte der Beschwerdeführerinnen rangiert gemäss der Evaluation der Vergabestelle auf dem zweiten Platz. Anhaltspunkte, dass diese Evaluation nicht korrekt wäre und die Offerte der Beschwerdeführerinnen niedriger zu bewerten wäre als eine der übrigen Offerten im dritten, vierten oder fünften Rang, wurden im vorliegenden Verfahren nicht vorgebracht und sind auch für das Gericht nicht ersichtlich. Im Parallelverfahren B-6366/2020 beziehungsweise B-1486/2022 hat die ARGE R. _____ zwar geltend gemacht, ihre Unternehmervariante, welche die insgesamt wirtschaftlich günstigste Offerte sei, sei von der Vergabestelle zu Unrecht ausgeschlossen worden. Dieser Auffassung ist das Bundesverwaltungsgericht indessen nicht gefolgt und hat mit Urteil B-1486/2022 vom 13. Juli 2022 den Ausschluss der Unternehmervariante der ARGE R. _____ durch die Vergabestelle nicht beanstandet und die Beschwerde der ARGE R. _____ abgewiesen.

5.4 Liegt kein Grund für einen Ausschluss oder für eine andere Bewertung vor, so rangiert die Offerte der Beschwerdeführerinnen nach dem Ausschluss der Offerte der Beschwerdegegnerin auf dem ersten Platz. Auch das Sub- beziehungsweise Subsubeventualbegehren der ARGE R. _____, das Vergabeverfahren sei abzubrechen, hat das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren B-1486/2022 (Urteil vom 13. Juli 2022) als unbegründet abgewiesen. Zwischen den Parteien des vorliegenden Verfahrens ist unbestritten, dass kein Anlass für einen Abbruch besteht. Damit ist nichts ersichtlich, was gegen den Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf den Zuschlag sprechen könnte.

6.

Die Beschwerde erweist sich daher als begründet und ist gutzuheissen.

Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle ist aufzuheben und der Zuschlag im Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" ist den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

7.

Die Verfahrenskosten sind anteilmässig im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (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]).

Bei diesem Verfahrensausgang ist die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Hauptsache als vollständig unterliegend anzusehen.

Für Zwischenentscheide über die Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung können praxismässig auch separate Verfahrenskosten auferlegt werden. Die Beschwerdeführerinnen haben auch in Bezug auf diesen Zwischenentscheid obsiegt, doch hatte die Beschwerdegegnerin keine eigenen Anträge gestellt, weshalb ihr diesbezüglich keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind.

Vergabestellen werden keine Verfahrenskosten auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien und liegt bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse zwischen Fr. 100.– bis Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE).

8.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE).

Die Beschwerdeführerinnen sind nicht anwaltlich vertreten. Eine nicht anwaltlich vertretene Partei hat nur ausnahmsweise Anspruch auf Parteientschädigung (Urteil des BGer 2C_846/2013 vom 28. April 2014 E. 4.1; MICHAEL BEUSCH, in: Kommentar VwVG, a.a.O., Rz. 14 ff. zu Art. 64 mit Hinweis auf BGE 129 II 297 E. 5). Die Beschwerdeführerinnen beantragen zwar eine Parteientschädigung und machen geltend, ihnen seien Kosten

für Beratung und Rechtsdienst entstanden, belegen aber nicht näher, inwiefern es sich dabei nicht nur um Aufwand des eigenen Rechtsdienstes handelt, der nicht zu entschädigen ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 VGKE). Sie haben daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

Die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle wird aufgehoben und der Zuschlag im Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" wird den Beschwerdeführerinnen erteilt.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 25'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

Der von den Beschwerdeführerinnen geleistete Kostenvorschuss von Fr. 33'000.– wird ihnen nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle, die Beschwerdegegnerin und die ARGE R._____.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verweisen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 19. Juli 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde;
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 197516; Rechtsvertreter;
Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die ARGE R. _____ (Gerichtsurkunde)