



Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4703/2021  
stm/roe/fem

## Zwischenentscheid vom 19. April 2022

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

In der Beschwerdesache

Parteien

**ARGE X.** \_\_\_\_\_, bestehend aus:

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,

\_\_\_\_\_,

2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**, \_\_\_\_\_,

3. **C.** \_\_\_\_\_ **AG**, \_\_\_\_\_,

4. **D.** \_\_\_\_\_ **SA**, \_\_\_\_\_,

5. **E.** \_\_\_\_\_ **AG**,

\_\_\_\_\_,

6. **F.** \_\_\_\_\_ **AG**,

\_\_\_\_\_,

c/o **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,

\_\_\_\_\_,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte  
Mario Strebel und/oder Fabian Koch,

\_\_\_\_\_,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Ufficio federale delle strade USTRA,**  
Filiale di Bellinzona,  
Via C. Pellandini 2a,  
6500 Bellinzona,  
Vergabestelle,

**Consorzio Y. \_\_\_\_\_,** bestehend aus:

**1. Gb. \_\_\_\_\_ AG,**

\_\_\_\_\_,'

**2. H. \_\_\_\_\_ AG,**

\_\_\_\_\_,'

**3. I. \_\_\_\_\_ SA,**

\_\_\_\_\_,'

**4. J. \_\_\_\_\_ SA, \_\_\_\_\_,**

**5. K. \_\_\_\_\_ & Co. AG, \_\_\_\_\_,**

alle vertreten durch Gb. \_\_\_\_\_ AG,

\_\_\_\_\_,'

Beschwerdegegnerinnen.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das  
Projekt N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) – Los 111,  
Materialbewirtschaftung und -logistik Nord+Süd  
(SIMAP- Meldungsnummer 1222447; Projekt-ID: 217357).

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

**A.a** Am 2. März 2021 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "N02 Secondo tubo San Gottardo (2TG) – Los 111, Materialbewirtschaftung und -logistik Nord+Süd, funktionale Ausschreibung" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1183323). Am 21. Mai 2021 berichtigte die Vergabestelle diese Ausschreibung bezüglich des möglichen Subunternehmeranteils an den in Frage stehenden Arbeiten.

**A.b** In der Folge gingen fristgerecht drei Angebote ein. Darunter befanden sich jenes der Arbeitsgemeinschaft (ARGE) X.\_\_\_\_\_ und dasjenige des Consorzio Y.\_\_\_\_\_.

**A.c** Am 16. September 2021 führte die Vergabestelle eine Bereinigungssitzung mit der ARGE X.\_\_\_\_\_ über deren Angebot durch.

**A.d** Der Zuschlag vom 6. Oktober 2021 an das Consorzio Y.\_\_\_\_\_, bestehend aus der Gb.\_\_\_\_\_ AG [Unternehmen des Konzerns G.\_\_\_\_\_], der H.\_\_\_\_\_ AG, der I.\_\_\_\_\_ SA, der J.\_\_\_\_\_ SA und der K.\_\_\_\_\_ & Co. AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen), wurde gleichentags auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1222447) publiziert. In Ziffer 3.3 der Zuschlagsverfügung wird der Zuschlag damit begründet, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen das vorteilhafteste Angebot mit der höchsten Punktzahl aus der Bewertung der Zuschlagskriterien sei. Neben dem günstigsten Preis habe das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen insbesondere durch Qualität aller Zuschlagskriterien und die guten Referenzen der Schlüsselpersonen überzeugt.

**A.e** Mit Schreiben vom 8. Oktober 2021 bat die ARGE X.\_\_\_\_\_ die Vergabestelle um ein Debriefing. Sie zweifle, ob die Zuschlagsempfängerinnen die Eignungskriterien, insbesondere das Eignungskriterium (EK) 1, Referenz 2 ("Baulogistische Aufgabe"), erfüllten. Das Debriefing fand am 18. Oktober 2021 statt.

**B.**

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 6. Oktober 2021 hat die ARGE

X.\_\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_\_, AG, der B.\_\_\_\_\_, AG, der C.\_\_\_\_\_, AG, der D.\_\_\_\_\_, SA, der E.\_\_\_\_\_, AG und der F.\_\_\_\_\_, AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen), mit Eingabe vom 25. Oktober 2021 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht erhoben. Es werden folgende Rechtsbegehren gestellt:

- "1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und der Zuschlag sei der ARGE X.\_\_\_\_\_ zu erteilen.
2. Eventualiter sei die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz aufzuheben und die Sache der Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.
3. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz rechtswidrig war und es sei den Beschwerdeführerinnen Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF 800'000 zuzüglich eines Schadenszinses von 5 % ab Abschluss des Vertrags mit den Zuschlagsempfängerinnen zu zahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inklusive Mehrwertsteuer) zu lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. ggf. der Zuschlagsempfängerinnen."

In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen Folgendes:

- "1. Der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch und dann vorsorglich – umgehend die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vorinstanz sei zu untersagen, den Vertrag mit den Zuschlagsempfängerinnen abzuschliessen.
2. Den Beschwerdeführerinnen sei vollständige Akteneinsicht zu gewähren, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.
3. Nach gewährter Akteneinsicht sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben und hierzu eine angemessene Frist anzusetzen.
4. Den Beschwerdeführerinnen sei nach Anzeige des Vertragsabschlusses mit den Zuschlagsempfängerinnen, sofern ein solcher überhaupt erfolgen sollte, Gelegenheit einzuräumen und eine richterliche Frist anzusetzen, das Schadenersatzbegehren näher zu beziffern und zu belegen."

Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Begehren im Wesentlichen damit, dass die Zuschlagsempfängerinnen die erforderlichen Nachweise für das EK1, Referenz 2, nicht erbrächten und daher vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien. Denn das von diesen genannte Referenzprojekt Materialbewirtschaftungskonzept (MBK) Raron (Lötschberg-Basistunnel) sei in Bezug auf die Tätigkeiten, welche als Referenz 2 für das EK1 gefordert würden, keine taugliche Referenz. Die Gb.\_\_\_\_\_ AG sei nach den öffentlich verfügbaren Informationen nicht Auftragnehmerin dieses Projekts gewesen und habe die für den Eignungsnachweis erforderlichen

Tätigkeiten nicht ausgeführt. Zudem entspreche der Auftragsumfang dieses Projekts insbesondere in Bezug auf die Dimension der Transportanlagen nicht den Anforderungen der Ausschreibung an die Referenz 2 für das EK1. Auch das Referenzprojekt Amsteg (Gotthard-Basistunnel) sei keine taugliche Referenz der seitens der Zuschlagsempfängerinnen in diesem Zusammenhang offenbar genannten Unternehmung K. \_\_\_\_\_ & Co. AG für die Tätigkeiten, die zum Nachweis dieser Referenz gefordert seien. Sie (die Beschwerdeführerinnen) hätten in qualitativer Hinsicht das mit Abstand beste und nach dem beantragten Ausschluss auch preislich günstigste Angebot eingereicht.

Zur aufschiebenden Wirkung tragen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen vor, dass der Zuschlag rechtmässigerweise ihnen zu erteilen sei. Ihr Interesse an der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde überwiege die Interessen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerinnen.

### **C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 27. Oktober 2021 hat der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen untersagt. Gleichzeitig ist die Vergabestelle ersucht worden, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Den Zuschlagsempfängerinnen ist mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt worden, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen. Schliesslich sind die Beschwerdeführerinnen aufgefordert worden, einen Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

### **D.**

Mit Eingabe vom 17. November 2021 haben die Zuschlagsempfängerinnen zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung genommen. Die Zuschlagsempfängerinnen haben sich als Beschwerdegegnerinnen konstituiert und beantragen Folgendes:

- "1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann;
2. die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen und es sei der Beschwerde keine weitere aufschiebende Wirkung zu erteilen;

3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen."

Sie machen in diesem Zusammenhang namentlich geltend, dass sie das wirtschaftlich günstigere Angebot abgegeben hätten, weshalb die Beschwerdeführerinnen nun zu Unrecht die Eignung bestreiten würden. Dies geschehe gestützt auf blosser Mutmassungen. Insbesondere sei der Gb. \_\_\_\_\_ AG das Referenzprojekt MBK Raron der Ga. \_\_\_\_\_ AG [Unternehmen des Konzerns G. \_\_\_\_\_] zurechenbar. Die Beschwerde erscheine diesbezüglich als offensichtlich unbegründet.

#### **E.**

Ebenfalls am 17. November 2021 hat die Vergabestelle ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen eingereicht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren unter Kostenfolge:

- "1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen."

Sie führt zur Begründung an, basierend sowohl auf den Unterlagen als auch auf den Aussagen der damals involvierten Personen sei aus ihrer Sicht genügend erstellt, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG die relevanten Leistungen im Referenzprojekt MBK Raron erbracht habe, zuerst als Teil der Ga. \_\_\_\_\_ AG und anschliessend als eigenständiges Unternehmen. Die Offerte und die eingeholten Auskünfte sprächen dafür, dass die Teile, die für dieses Projekt wesentlich gewesen seien, aus der bisherigen Gesellschaft (Ga. \_\_\_\_\_ AG) auf die neue (Gb. \_\_\_\_\_ AG) übergegangen seien. Die Beschwerdegegnerinnen erfüllten mit dem Referenzprojekt MBK Raron vier von fünf Anforderungen der Referenz 2 zu EK1. Mit der zweiten Referenz, die entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnenseite nicht von der K. \_\_\_\_\_ & Co. AG, sondern von der O. \_\_\_\_\_ stamme, deckten die Beschwerdegegnerinnen auch die fünfte Anforderung ab. Damit erfüllten sie diese Referenz 2. Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen habe zu Recht den Zuschlag erhalten. Es bestünden erhebliche öffentliche Interessen an der baldmöglichen Aufnahme der Arbeiten.

#### **F.**

In ihrer Replik vom 29. November 2021 zur Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen vollumfänglich fest. Indessen anerkennen sie insbesondere, dass das

Referenzprojekt Amsteg nicht als dasjenige der K.\_\_\_\_\_ & Co. AG, sondern als dasjenige der O.\_\_\_\_\_ zu beurteilen war. Ergänzend führen sie aus, die Vergabestelle stelle bezüglich der von der Gb.\_\_\_\_\_ AG im Referenzprojekt MBK Raron ausgeübten Tätigkeiten reine Mutmassungen an, um die Erfüllung des EK1 durch die Beschwerdegegnerinnen im Nachhinein zu plausibilisieren. Dokumentierte Nachweise gebe es keine. Damit sei die Hauptsachenprognose der Beschwerde gut. Es gebe keine Gründe, die gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprächen. Vielmehr überwiegen das öffentliche Interesse an der Gewährung des wirksamen Rechtsschutzes sowie die Interessen der Beschwerdeführerinnen die Interessen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerinnen.

### **G.**

**G.a** In ihrer Duplik vom 10. Dezember 2021 zur Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung hält die Vergabestelle vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest. Ergänzend legt sie dar, dass sie die Evaluation im Rahmen ihres Ermessens durchgeführt habe.

**G.b** Die Beschwerdegegnerinnen halten in ihrer Duplik vom 10. Dezember 2021 zur Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung an ihren Anträgen und deren Begründung vollumfänglich fest. Entscheidend sei nicht, wann, sondern dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG den entsprechenden Geschäftsbereich übernommen habe. Die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der aufschiebenden Wirkung seien nicht erfüllt und die Beschwerde sei unbegründet.

### **H.**

In ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2021 zu den beiden Dupliken halten die Beschwerdeführerinnen an ihren bisherigen Anträgen vollumfänglich fest. Insbesondere fehle jeder Nachweis für einen Übergang des Betriebs bzw. der Kompetenzen von der Ga.\_\_\_\_\_ AG an die Gb.\_\_\_\_\_ AG. Die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien erfüllt. Letztere sei aufrechtzuerhalten.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR

172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 [im Folgenden: GPA 2012], BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 1.2 "MÜLS Tunnel Schlund und Spier [A2 Luzern]").

Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 2. März 2021 und damit nach Inkrafttreten des revidierten BöB eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

**1.2** Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ebenso wie gegen eine Ausschlussverfügung ist im Anwendungsbereich des BöB unter Berücksichtigung der einschlägigen Schwellenwerte (vgl. dazu E. 2 hiernach) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 53 Abs. 1 Bst. e und Bst. h BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 Abs. 2 BöB).

**1.3** 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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in: BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

**1.4** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

## **2.**

**2.1** Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staats-

vertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Die Ausnahmen zum Geltungsbereich sind in Art. 10 BöB geregelt.

**2.2** Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur im Staatsvertragsbereich zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB). Demnach gilt im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff. [im Folgenden: Botschaft BöB], S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB).

**2.3** Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

**2.4** Dass das vorliegend zu beurteilende Formulieren und Decken der Nachfrage im Rahmen der Materialbewirtschaftung und -logistik Nord und Süd für die zweite Röhre des Gotthard-Strassentunnels (2TG) eine öffentliche Beschaffung im Sinne von Art. 8 BöB darstellt, ist offensichtlich und steht auch zwischen den Parteien ausser Streit. Ebenso klar ist, dass keine Ausnahme nach Art. 10 BöB greift.

## **2.5**

**2.5.1** Damit indessen das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden kann, muss die Beschaffung auch in den Staatsvertragsbereich fallen (vgl. E. 2.2 hiervor). Von diesem erfasst werden Beschaffungen, welche dem GPA 2012 unterstellt sind (vgl. BVGE 2008/48 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI" E. 2.1 mit Hinweisen). Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 2. März 2021 von einem "Bauftrag" aus. Aus Art. 8 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 8 Abs. 4 BöB ergibt sich, dass die Bauleistungen Gegenstand einer Positivliste gemäss Anhang 1 zum BöB sind, welche sich wiederum aus dem Annex I Anhang 5 zum GPA 2012 ergibt. Massgebend für die Umschreibung der unterstellten Leistungen ist sowohl für Bau- als auch für Dienstleistungen die (provisorische) Zentrale Produktklassifikation der UNO (CPCprov; vgl. BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). Die Bauleistungen sind dabei in der

Abteilung 51 derselben umschrieben (vgl. dazu etwa das Urteil B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 2.1 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH"). Nachdem im Anhang 1 zum BöB sämtliche Gruppen der Abteilung 51 aufgeführt sind, ist diese umfassend unterstellt (vgl. zum Ganzen HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, Zürich 2021, Rz. 20 zu Art. 8 BöB). Nachdem die entscheidenden Common Procurement Vocabulary-Kategorien in Ziffer 2.5 der Ausschreibung ebenfalls auf Bauarbeiten der CPV-Abteilung 4500000 verweisen, welche der CPC-Abteilung 51 entspricht, sind die anderen Eintragungen, welche allenfalls auf die Beschaffung von Rollmaterial hindeuten könnten, prima facie nicht einschlägig. Die Qualifikation als dem Staatsvertrag unterstellter Bauauftrag wird von der Vergabestelle denn auch nicht bestritten.

Um zu bestimmen, ob ein Bauauftrag in den Staatsvertragsbereich fällt, sind nach Art. 8 Abs. 4 die einschlägigen Schwellenwerte gemäss Anhang 4 Ziffer 1 zum BöB zu berücksichtigen. Dieser beträgt für Bauaufträge 8'700'000 Franken und ist im vorliegenden Fall, wie sich bereits aus dem Zuschlagspreis von Fr. 224'108'197.05 (exkl. MWST) ergibt, deutlich überschritten.

**2.5.2** Damit fällt die in Frage stehenden Beschaffung prima facie nicht nur in den Anwendungsbereich des Gesetzes, sondern auch in den Staatsvertragsbereich. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht nicht nur für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig. Vielmehr ist auch das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nach dem Gesetz zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB; vgl. E. 2.2 hiavor).

### **3.**

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

**3.2** Das BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine

überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB können 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 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in: BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen "Microsoft"). In der Botschaft zum BöB (BBI 2017 1851, insb. S. 1981 f.) wird festgehalten, dass weder nach altem noch nach neuem Recht ein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist, und im Übrigen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen.

**3.3** 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. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Service für Ratsmitglieder"). 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 Botschaft zum BöB namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, insb. S. 1982; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) – bzw. Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 – 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 mit Hinweisen; 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. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

#### **4.**

**4.1** Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich" und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen"). 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).

**4.2** 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.

**4.2.1** 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"; Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur").

**4.2.2** Im vorliegenden Fall machen die Beschwerdeführerinnen geltend, dass sie mit 389 Punkten den zweiten Platz erreicht hätten. Sie hätten das in qualitativer Hinsicht mit Abstand beste und preislich zweitgünstigste Angebot eingereicht. Die Beschwerdegegnerinnen erfüllten das EK1 der Firmenerfahrung/-referenz nicht, weshalb diese vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien. Entsprechend sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag ihnen (den Beschwerdeführerinnen) zu erteilen. Würde das Gericht ihrer Auffassung folgen, würde ihr Angebot den ersten Platz erreichen. Folgerichtig wird die Legitimation der Beschwerdeführerinnen seitens der Vergabestelle nicht bestritten. Die Beschwerdegegnerinnen weisen zwar daraufhin, dass das Bundesverwaltungsgericht die Legitimation vom Amtes wegen zu prüfen habe (Stellungnahme vom 17. November 2021, S. 4), machen aber nicht geltend, diese sei zu verneinen.

**4.3** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter haben sich rechtsgenügend ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## **5.**

**5.1** Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Anbieters zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbieter den Auftrag in fachlicher, finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 27 Abs. 1 f. BöB; vgl. auch Art. VIII GPA 2012) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 27 Abs. 3 BöB). Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (Art. 27 Abs. 2 BöB). Dabei kommt der Vergabestelle sowohl bei

der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.), in welches das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 56 Abs. 3 BöB nicht eingreifen darf (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 "Privatisierung Alcosuisse I", E. 2.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.3.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord").

**5.2** Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt zum Ausschluss des Anbieters; davon ist bloss abzuweichen, wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss deshalb unverhältnismässig wäre (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 "système de levage" und 143 I 177 E. 2.3.1 "Transportlizenz"). Ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Mehreignung"; Urteil des BVGer B-4941/2020 vom 6. April 2021 E. 5.3.1 "2TG Bauherrenvermesser" und Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 10.2 "Gittermasten"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

**5.3** Ein Anbieter kann sich hinsichtlich der Eignung grundsätzlich auch auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers berufen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass der Anbieter tatsächlich über die entsprechenden Mittel des Subunternehmers verfügt bzw. sich diese Mittel hat zusichern lassen. Ein bloss allgemeiner Hinweis reicht dafür nicht aus (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00194 vom 8. April 2009 E. 4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648). Ähnliches gilt auch für die Eignung innerhalb eines Konzerns: Will sich ein Anbieter auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss er die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartner, als Subunternehmer oder Lieferant konkret in seine Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in rechtlicher Nähe der konkreten Vergabe, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren (Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 6. April 2021 E. 5.3.2 "2TG Bauherrenvermesser", Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 "ERP alcosuisse" und Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.3.3 "Galgenbucktunnel", je mit Hinweisen; vgl. auch MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1374 ff., und MARTIN BEYELER, Einbezug der Muttergesellschaft, in: Baurecht 2015, S. 21 ff.).

**5.4** Als Nachweise im Sinne von Art. 27 BöB gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin in Erfahrung bringen kann, ob die Anbieterin ihre bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht hat und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung sowie Stellungnahme der damaligen Auftraggeberin, ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob die Anbieterin sie ordnungsgemäss erbracht hat (vgl. Anhang 3 Ziff. 12 VöB).

## **6.**

Im vorliegenden Fall ist umstritten und zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerinnen die Anforderungen an die Referenz 2 zum EK1 erfüllen.

### **6.1**

**6.1.1** Ziff. 3.8 der Ausschreibung vom 2. März 2021 fordert den Nachweis folgender Anforderungen an die Referenz 2 zum EK1:

"BAULOGISTISCHE AUFGABE MIT FÖRDERBANDANLAGEN, BAHNTRANSPORTEN, BAHNVER- UND/ODER ENTLADEANLAGE FÜR AUSBRUCHMATERIAL UND/ODER GFB [meint: Gesteinkörnungen für Beton] FÜR GANZZÜGE

- a) Art des Werkes: Komplexe Baulogistik unter Einbezug verschiedener Umschlags-, Lager- und Versorgungsorte mit
  - Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern wie Aushub- und/oder Tunnelausbruchmaterial, GFB, Kies, Beton,
  - Bau und Betrieb von Bahn-Ver- und Entladeanlagen für die oben genannten Massengüter,
  - Bau und Betrieb von Transportanlagen (min. 2 km), insbesondere Förderbänder, Rohr- oder Rollgurtförderer, Elevatoren, Verteilertürme für die oben genannten Massengüter,
  - Organisation und Durchführung von Bahntransporten (min. 1 Mio. Tonnen) für die oben genannten Massengüter mit Ganzzügen über eine Zeitspanne von mindestens einem Jahr,
  - In Rahmen eines Projektes wie Autobahn, Kantonsstrasse, Bahn, Serviceinfrastruktur oder Kraftwerksanlagen.
- b) Vertragssumme des Referenzprojektes in der Höhe von mindestens CHF 15 Mio.
- c) Die Ausführung des Referenzprojektes muss abgeschlossen sein oder mindestens die Kriterien gemäss a) und b) erfüllt haben. Falls die Anforderungen von Punkt a) nicht mit einem einzigen Referenzprojekt abgedeckt werden können, dürfen sie anhand von maximal zwei verschiedenen Referenzen erfüllt werden. In diesem Fall soll die Summe der zwei Referenzen den Betrag b) übersteigen. Im Fall einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) kann die Referenz auch von einem einzelnen ARGE-Mitglied sein. Die von einer

Firma oder von einem ARGE-Mitglied einer früheren ARGE dargelegte Referenz ist nur gültig, wenn die gleiche Firma bzw. das einzelne ARGE-Mitglied die in der Ausschreibung verlangten Arbeiten damals tatsächlich selbst ausgeführt hat. Die Referenz darf auch von einem Subunternehmer eingebracht werden."

**6.1.2** Die Beschwerdegegnerinnen haben unter der soeben beschriebenen Referenz 2 zu EK 1 zwei Referenzprojekte eingereicht. Es handelt sich einerseits um das Referenzprojekt 1.2a Materialbewirtschaftungskonzept (MBK) Raron (Lötschberg-Basistunnel) mit der BLS AlpTransit AG als Bauherrin und einer in der Offerte angegebenen Auftragssumme von 100 Millionen Franken. Dieses wird gemäss der Offerte (5-1 Unternehmerangaben) der Gb. \_\_\_\_\_ AG zugeordnet, die in der ARGE der Beschwerdegegnerinnen zugleich als federführendes Unternehmen agiert (a.a.O., Punkt 1.2.1, S. 5, und Punkt 1.3, S. 6). Andererseits enthält die Offerte der Beschwerdegegnerinnen auch das Referenzprojekt 1.2b "Los 211, GBT, Materialtransport u. Absatz Überschussmaterial" mit der AlpTransit Gotthard AG (ATG) als Bauherrin und einer Auftragssumme gemäss Offerte von ca. 30 Millionen Franken beinhaltend den Bahntransport von 1.3 Mio. Tonnen Ausbruchmaterial, welches auch als Referenzprojekt Amsteg bezeichnet wird. Referenzgeberin ist hier die O. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin (a.a.O., Punkt 1.2.3, S. 5, und Punkt 1.3, S. 7). Die Beschwerdegegnerinnen beschreiben die Offerte mit Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung vom 17. November 2021 (S. 6) so, dass sich die Referenz 1.2a auf die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern wie Aushub- und/oder Ausbruchmaterial, GFB, Kies, Beton per Band, den Bau und Betrieb von Bahn-, Ver- und Entladeanlagen für die oben genannten Massengüter sowie den Bau und Betrieb von Transportanlagen (mind. 2 km), insbesondere Förderbänder, Rohr- oder Rollgurtförderer, Elevatoren, Verteilertürme für die oben genannten Massengüter, bezieht. Demgegenüber hat das Referenzprojekt 1.2b nach dem Konzept der Beschwerdegegnerinnen die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern wie Aushub- und/oder Tunnelausbruchmaterial, GFB, Kies und Beton per Bahn sowie die Organisation und Durchführung von Bahntransporten (mind. 1 Mio. Tonnen) für die oben genannten Massengüter mit Ganzzügen über eine Zeitspanne von mindestens einem Jahr zum Gegenstand.

## **6.2**

**6.2.1** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an

(BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem A9"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv").

**6.2.2** Die Vergabestelle verfügt bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien allerdings über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 "piscine publique"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem A9"; Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen").

**6.2.3** Ferner ist bei der Auslegung von Anforderungen bzw. der Würdigung entsprechender Eignungsnachweise zu beachten, dass das Vergaberecht unter anderem den wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken soll (Art. 2 Bst. d BöB) und daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Dasselbe gilt auch für Eignungskriterien. Es liegt zwar in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Insbesondere führt das Betonen der Bedeutung von Referenzprojekten dazu, dass sich neue Anbieter, die auf den Markt drängen, nicht beteiligen können. Auch im Rahmen der Festsetzung der Eignungsanforderungen ist indessen darauf zu achten, dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.12.4 "Tunnelreinigung Gotthard Bastsstunnel").

## 7.

### 7.1

**7.1.1** Die Beschwerdeführerinnen machen materiell namentlich geltend, dass sich die Gb.\_\_\_\_\_ AG nicht auf die in Frage stehende, der Ga.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnende Referenz berufen kann, womit die Beschwerdegegnerinnen ihrer Auffassung nach den Eignungsnachweis gemäss Referenz 2 zu EK 1 (vgl. E. 6.1.1 hiervor) nicht erfüllen. Vorab rügen sie aber formell eine Verletzung der Dokumentationspflicht und wohl auch des Untersuchungsgrundsatzes. Die Offerte der Gb.\_\_\_\_\_ AG habe offensichtlich keinen Hinweis darauf enthalten, dass sie sich auf die Referenzen der Ga.\_\_\_\_\_ AG abstützen wolle. Zudem ergebe sich aus dem Evaluationsbericht, dass auch der Vergabestelle nicht bewusst gewesen sei, dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG nicht eine eigene Referenz vorlege.

**7.1.2** Die Vergabestelle verweist in diesem Zusammenhang auf die durch sie eingeholten Referenzauskünfte (Beilagen 2 und 3 zur Vernehmlassung vom 17. November 2021) und stellt sich auf den Standpunkt, sie habe sich auf die erhaltenen Auskünfte verlassen dürfen.

**7.1.3** Die Beschwerdegegnerinnen sind der Ansicht, dass die Vergabestelle die Umstände der rechtlichen Verselbständigung des Bereichs Anlagentechnik/Materialbewirtschaftung in der Evaluation nicht erwähne, sei kein Beleg dafür, dass die Vergabestelle um diese nicht gewusst oder sie nicht geprüft hätte, sondern zeige nur, dass die Vergabestelle dies nicht für erwähnenswert gehalten habe.

**7.1.4** Richtig ist, dass die Beschwerdegegnerinnen prima facie gehalten gewesen wären, darauf hinzuweisen, dass sie sich jedenfalls teilweise auf eine Referenz der Ga.\_\_\_\_\_ AG berufen. Dies wiederum hätte die Vergabestelle veranlasst zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Übergang des Referenzprojekts vorliegen, was sich wiederum in der Dokumentation niedergeschlagen hätte. Nach der Rechtsprechung verlangt der im Vergabeverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (BGE 143 II 425 E. 5.1 mit Hinweisen "Publicom", 139 II 489 E. 3.2 "Mehreignung"; vgl. zum Ganzen STEFAN SCHERLER, Beurteilung von Referenzen in der Eignungsprüfung, in: Baurecht 2017, S. 32 f.) im Rahmen der Eignungsprüfung vor allem, dass die Beschwerdeinstanz entsprechende Hinweise zu überprüfen hat, aufgrund derer die ursprünglich angenommene Leistungsfähigkeit eines Anbieters nicht mehr bestehen könnte (Zwischenentscheid des

BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.7 "Produkte zur Innenreinigung III"; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 574). Dasselbe gilt aber naheliegenderweise auch für Hinweise auf Unstimmigkeiten im Rahmen der Eignungsprüfung selbst. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle einerseits Referenzauskünfte zum in Frage stehenden Referenzprojekt MBK Raron eingeholt und andererseits waren diese auch positiv. Dabei sind in einem Fall die Referenzangaben der Gb. \_\_\_\_\_ AG dahingehend bestätigt worden, dass die "Firma G. \_\_\_\_\_" in der ARGE federführend gewesen sei und in der ARGE nur kleinere lokale Firmen vertreten gewesen seien, wobei die Hauptverantwortung bei der "Firma G. \_\_\_\_\_" gelegen habe (Beilage 3 zur Vernehmlassung vom 17. November 2021). Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass die Vergabestelle keine weiteren Erkundigungen zum Übergang der in Frage stehenden Referenz eingezogen hat, dieser jedenfalls nicht in einer Weise vorzuwerfen, welche an sich schon zur Aufhebung des Zuschlags führen würde (vgl. diesbezüglich zur Prüfung des Auftragsvolumens des Referenzprojekts etwa das Urteil B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.6 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord").

Jedenfalls gilt aber auch, dass das Bundesverwaltungsgericht wegen des im Beschwerdeverfahren ebenfalls geltenden Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt nicht allein gestützt auf die der Vergabestelle bei Erteilung des Zuschlags vorliegenden Unterlagen beurteilt. Soweit die Hinweise der Vergabestelle, dass sie sich auf die Anbieterangaben habe verlassen dürfen, anders zu verstehen wären, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Folgerichtig sind aber auch die "nachgeschobenen Plausibilisierungen" von Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen prima facie nicht verspätet (vgl. mutatis mutandis das Urteil VD.2019.132 des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. März 2020 E. 2.5).

**7.1.5** Ebenfalls zu Recht heben die Beschwerdeführerinnen die Bedeutung der Dokumentationspflicht hervor. Während nach altem Recht vor allem die Rechtsprechung diesbezügliche Anforderungen definiert hat (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"), ist die Dokumentationspflicht heute in Art. 40 Abs. 2 BöB verankert. Indessen liegt, nachdem diesbezüglich jedenfalls keine die Aufhebung des angefochtenen Entscheids rechtfertigende Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes festgestellt worden ist, in der Tatsache, dass das mit der Referenz verbundene Problem unerwähnt blieb, auch keine schwerwiegende Dokumentationsverletzung, die

als solche zur Aufhebung des Zuschlags führen könnte. Begründet ist das Unbehagen der Beschwerdeführerinnen insoweit, als sich prima facie ergibt, dass die zusätzlichen Abklärungen nur teilweise in den Evaluationsbericht vom 27. September 2021 eingeflossen sind. Der unterzeichnete Evaluationsbericht datiert nämlich vom 27. September 2021 und damit vor der Einholung der entsprechenden Erkundungsschreiben vom 30. September 2021 und 3. Oktober 2021. Es ist tatsächlich nicht nachvollziehbar, wie es zum Einholen der zusätzlichen Auskünfte kam. Indessen sind diese selbst wiederum dokumentiert, womit jedenfalls in diesem entscheidenden Punkt die Dokumentationspflicht erfüllt ist (vgl. Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 9.4.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich"). Damit führt auch eine allfällige Verletzung der Dokumentationspflicht jedenfalls nicht zur Aufhebung des angefochtenen Zuschlags, womit sich weitere diesbezügliche Ausführungen im vorliegenden Zusammenhang erübrigen. Erstellt ist prima facie ausserdem, dass die zusätzlichen Auskünfte vor Erteilung des Zuschlags am 6. Oktober 2021 eingeholt worden sind. Für sich genommen ebenfalls nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt der Umstand, dass nur in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin am Ende des Verfahrens zusätzliche Auskünfte eingeholt worden sind, obwohl die Eignungsprüfung gemäss Ziff. 10.2.2.1 des "Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen ASTRA", 9. Aufl. 2020 (im Folgenden: Handbuch; abrufbar unter: <<https://www.astra.admin.ch>> > dam > astra > dokumente, abgerufen am 30. Januar 2022), am Anfang der Angebotsprüfung erfolgt.

## 7.2

**7.2.1** Die Beschwerdeführerinnen sind in Bezug auf den vorliegenden Fall der Ansicht, man dürfe die Aussagen der Vergabestelle gemäss Ausschreibung betreffend den im EK1, Referenz 2, verlangten Referenznachweis in guten Treuen nicht so verstehen, dass man sich als Gesellschaft 20 Jahre nach Erbringung einer Leistung durch eine andere Gesellschaft auf deren Referenzen beziehen dürfe, ohne dies im Angebot auch nur mit einem Wort zu erwähnen und zu dokumentieren. Die Formulierung in der Ausschreibung könne und dürfe in guten Treuen nicht anders verstanden werden, als dass die jeweilige "Firma" bzw. Gesellschaft die relevanten Tätigkeiten tatsächlich selbst ausgeführt haben müsse. Es wäre der Vergabestelle offen gestanden, das Referenzerfordernis weiter zu formulieren. Diese sei auf den klaren Wortlaut ihrer Ausschreibung zu behaften.

**7.2.2** Die Vergabestelle weist darauf hin, dass es sich um ein grosses Projekt handle. Deshalb habe sie zeitlich nicht beschränkt, wie weit die Referenz 2 zurückliegen dürfe, um den ohnehin schon kleinen Markt nicht unnötig einzuschränken. Dennoch seien lediglich drei Angebote eingegangen. Das Referenzprojekt werde anerkannt, wenn die Arbeiten tatsächlich durch den Anbieter selbst ausgeführt worden seien. Dies heisse insbesondere, dass sie nicht im Rahmen einer ARGE durch einen anderen, am vorliegenden Projekt unbeteiligten Anbieter erbracht worden seien.

**7.2.3** Nach Ansicht der Beschwerdegegnerinnen hat die Vergabestelle die Referenzen zeitlich nicht limitiert formuliert. Die Ausschreibung lasse eine Referenz ausdrücklich zu, die sich wie das Referenzprojekt MBK Raron über den Zeitraum von 2000 bis 2008 erstrecke. Gemäss der Formulierung in der Ausschreibung müsse eine Referenz aber von der gleichen Firma stammen, welche die Arbeiten erbracht habe. Der Begriff der Firma werde hier offensichtlich untechnisch verwendet. Gemäss Art. 944 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) bezeichne die Firma den Namen eines Geschäfts. Schon aus diesem Grund gebe es keine Grundlage für die These, dass eine Referenz an der juristischen Einheit kleben bleibe, auch wenn der relevante Unternehmensteil im Rahmen einer Umstrukturierung auf eine andere Rechtseinheit übergegangen sei. Eine solche Lesart der Ausschreibungsbedingungen wäre unzulässig. Denn eine Referenz belege die Eignung derjenigen, die sie sich erarbeitet hätten, nicht die Eignung einer abstrakten Rechtsform.

**7.2.4** Was den Abschluss bereits ausgeführter Referenzprojekte anbelangt, ist zunächst festzuhalten, dass in Ziff. 3.8 der Ausschreibung eine zeitliche Angabe fehlt. Somit geht aus dieser Ziff. 3.8 nicht hervor, dass Projekte schon aus zeitlichen Gründen nicht als tauglicher Eignungsnachweis betrachtet werden. Die Ausführungen der Vergabestelle zeigen vielmehr, dass sie aus wettbewerblichen Gründen bewusst alte Referenzprojekte akzeptiert hat, weil sie davon ausging, dass es wenige einschlägige Referenzprojekte gibt. Damit stand es den Beschwerdegegnerinnen prima facie frei, ein Projekt als Referenzprojekt anzugeben, das ab dem Jahre 2000 bis zum Jahre 2008 ausgeführt wurde.

**7.2.5** Ziff. 3.8 der Ausschreibung hielt ausdrücklich fest, dass die von einer Firma oder von einem ARGE-Mitglied einer früheren ARGE vorgelegte Referenz nur gültig sei, wenn die gleiche Firma bzw. das einzelne ARGE-Mitglied die in der Ausschreibung verlangten Arbeiten damals tatsächlich

selbst ausgeführt habe. Die Referenz dürfe auch von einem Subunternehmer eingebracht werden (vgl. E. 6.1.1 hiervor). Der Wortlaut dieser Anforderung ist nicht ganz eindeutig. Er kann einerseits dahingehend verstanden werden, dass die Anbieterin oder ein einzelnes Mitglied der anbietenden ARGE selbst das angegebene Referenzprojekt ausgeführt haben muss. Andererseits kann die erwähnte Anforderung auch so verstanden werden, dass es genügt, wenn sichergestellt ist, dass sich ein Unternehmen nicht auf eine Referenz beruft, die einer anderen Firma zurechenbar ist. Wie die Beschwerdegegnerinnen prima facie zutreffend vorbringen, hat die Vergabestelle den Begriff der "Firma" bzw. des "ARGE-Mitglieds" nur verwendet, um damit eine Bezeichnung für ein kaufmännisch geführtes Unternehmen zu beschreiben (vgl. Art. 944 ff. OR; Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.4 "Präqualifikation Ittigen"). Dies bedeutet vor dem Hintergrund, dass die Übertragung von Referenzen beispielsweise im Rahmen einer Rechtsnachfolge nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig ist (vgl. dazu statt vieler den Entscheid VB.2018.00450 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2018 E. 6.3.1), dass die gewählte Formulierung prima facie nicht so zu verstehen ist, dass eine derartige Übertragung von Referenzen für die vorliegende Beschaffung grundsätzlich ausgeschlossen werden soll. Ein entsprechendes Verständnis würde mit Blick auf die systematische Auslegung auch nicht zur soeben getroffenen Feststellung (vgl. E. 7.2.4 hiervor) passen, wonach die Vergabestelle die Referenzprojekte mit Blick auf die wenigen einschlägigen Referenzprojekte zeitlich bewusst nicht beschränken wollte. Vielmehr ist der Sinn der Vorgaben der Vergabestelle prima facie ein anderer. Die Vergabestelle akzeptiert eine Referenz nicht, wenn sich ein Unternehmen auf im Rahmen einer ARGE ausgeführte Arbeiten berufen will, die es nicht selbst ausgeführt hat. Damit soll verhindert werden, dass sich die Anbieterseite durch die Art der Organisation oder die Art der organisatorischen Einbettung im Rahmen von Referenzprojekten der Qualitätsgewähr entziehen kann (Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.6.10 "A1 / Weiningen"; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 3.1.4 "Privatisierung alcosuisse II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 562). Spezifisch in Bezug auf Arbeitsgemeinschaften hält BEYELER diesbezüglich fest, dass die (gemeinsame) "rechtliche Verantwortung" von der (individuellen) "Befähigung" zu unterscheiden ist (MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Zürich 2020, Rz. 185).

**7.3** Sachverhaltlich unstrittig ist erstens, dass gemäss der als Vernehmlassungsbeilage 3 verkündeten und nicht bestrittenen Referenzauskunft Arbeitsbeginn der 25. Januar 2000 war und die Abnahme des Werks am 21. Juli 2008 stattgefunden hat. Zweitens ergibt sich unstrittig aus den Akten, dass in Bezug auf das in Frage stehende Referenzobjekt die Ga. \_\_\_\_\_ AG Zuschlagsempfängerin war und die Gb. \_\_\_\_\_ AG erst am \_\_\_\_\_ 2002 gegründet und am \_\_\_\_\_ 2002 als eigenständige juristische Person in das Handelsregister eingetragen worden ist. Schliesslich ist zwischen Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen unstrittig, dass sich Letztere nicht wegen Konzernzusammenhangs auf die Referenzen der Ga. \_\_\_\_\_ AG berufen will. Vielmehr gehen Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen übereinstimmend (und in Bezug auf den zu beurteilenden Sachverhalt rein hypothetisch) davon aus, dass sich die Ga. \_\_\_\_\_ AG heute nicht mehr auf die in Frage stehende Referenz berufen dürfte, ohne die Gb. \_\_\_\_\_ AG in die Offerte einzubinden (vgl. dazu E. 5.2 hiervor). Damit ist auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerinnen nicht weiter einzugehen.

**7.4** Es ist indes strittig und im Folgenden zu prüfen, ob das Referenzprojekt MBK Raron, soweit es von der Ga. \_\_\_\_\_ AG ausgeführt worden ist, der Gb. \_\_\_\_\_ AG zugerechnet werden darf mit der Begründung, es sei auf Letztere übergegangen. Die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, dass dieses Projekt der Gb. \_\_\_\_\_ AG nicht zugerechnet werden könne. Die Annahme eines Übergangs der Referenz der Ga. \_\_\_\_\_ AG auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG lasse sich selbst bei Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht rechtfertigen. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen sind dagegen der Ansicht, dass dieses Projekt der Gb. \_\_\_\_\_ AG und damit den Beschwerdegegnerinnen zuzurechnen sei.

**7.5** Unternehmensreferenzen hängen an der ganzen Unternehmung beziehungsweise Abteilung, welche den Referenzauftrag ausgeführt hat. Sie bleiben grundsätzlich auch nach einem Weggang bestimmter Schlüsselpersonen erhalten. Unternehmensreferenzen können dadurch übertragen werden, dass das Unternehmen als solches oder zumindest die betreffende Unternehmenseinheit insgesamt übertragen wird, beispielsweise durch Abspaltung und Absorption (Baurecht 2013, S. 207 f. S276 mit Anmerkung MARTIN BEYELER). Wurde also ein Referenzobjekt einer Anbieterin zugeschlagen, ging dann aber der für die Objektausführung relevante Bereich von ihr durch Übertragung auf ein anderes Unternehmen über, wurde damit auch das Referenzprojekt an dieses Unternehmen übertragen. Daher kann sich Letzteres seit dieser Übertragung jenes Projekt

grundsätzlich als eigenes anrechnen lassen (vgl. Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen"; vgl. zur kantonalen Rechtsprechung etwa das Urteil VB.2018.00450 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 15. November 2018 E. 6.3 mit Hinweisen und zum Ganzen E. 7.8.3 hier-nach).

Persönliche Referenzen (Schlüsselpersonen-Referenzen) sind hingegen an ihren Träger gebunden und können nur geltend gemacht werden, solange der Träger dem Anbieter dient (Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.5 "Präqualifikation Ittigen" mit Hinweis auf das Urteil 52.2012.386 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 6. Dezember 2012; BEYELER, Baurecht 2013, Anmerkung zu S 276).

**7.6** Zunächst ist strittig und zu prüfen, ob die Ga.\_\_\_\_\_ AG gewisse Wirtschaftsgüter, welche im Referenzprojekt MBK Raron eingesetzt wurden und dort entscheidend für dessen Umsetzung waren, bei der Gründung der Gb.\_\_\_\_\_ AG an diese übertrug.

**7.6.1** Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, im Sacheinlagevertrag vom '\_\_\_\_\_' 2002 habe die Gb.\_\_\_\_\_ AG von der Ga.\_\_\_\_\_ AG keine Forderungen und Geschäfte bezüglich des Referenzprojekts MBK Raron übernommen. Die wenigen auf die Gb.\_\_\_\_\_ AG übertragenen Aktiven hätten für ein Projekt in der Grössenordnung des Referenzprojekts MBK Raron nicht ausgereicht. Der Sacheinlagenvertrag umfasse nicht einmal im Ansatz die für diese Tätigkeiten notwendigen Gerätschaften und Baumaschinen. Die Ga.\_\_\_\_\_ AG habe dieses Projekt im Rahmen der Sacheinlage nicht übertragen. Der damalige Bauherr habe beim Referenzprojekt MBK Raron keinen Wechsel der ausführenden Gesellschaft akzeptieren müssen, da keiner stattgefunden habe. Durch die Sacheinlage habe keine (Teil-)Betriebsübernahme durch die Gb.\_\_\_\_\_ AG im Bereich des Anlagebaus stattgefunden.

**7.6.2** Die Vergabestelle wendet ein, gemäss dem Handelsregistereintrag habe die Gb.\_\_\_\_\_ AG bei ihrer Gründung als Sacheinlage von der Ga.\_\_\_\_\_ AG unter anderem das sog. Golerband und das sog. Riedertalband übernommen. Diese beiden Bänder seien im Referenzprojekt MBK Raron zum Einsatz gekommen und für die Umsetzung dieses Projekts wesentlich gewesen. Ohne diese Mittel könne die übertragende Ga.\_\_\_\_\_ AG die wesentlichen Leistungen in diesem Projekt nicht mehr erbracht ha-

ben. Neben den Angaben in der Offerte und den Aussagen der Auskunftspersonen lasse sich daraus schliessen, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG die Leistungen effektiv erbracht habe.

**7.6.3** Die Beschwerdegegnerinnen führen dazu aus, die Ga. \_\_\_\_\_ AG habe im Rahmen ihrer Sacheinlage das Referenzprojekt MBK Raron auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übertragen. Gemäss Ziff. I des Sacheinlagevertrags seien das Inventar und die Substanz des Bereichs Anlagentechnik/Materialbewirtschaftung in die Gb. \_\_\_\_\_ AG eingebracht worden, insbesondere die im Referenzprojekt MBK Raron eingesetzten Bänder Goler und Riedertal. Die übertragenen Sachwerte hätten nicht mehr der Ga. \_\_\_\_\_ AG gehört. Letztere habe damit nicht mehr über die Ausstattung verfügt, die sie benötigt hätte, um das Referenzprojekt MBK Raron alleine weiterzuführen.

**7.6.4** Laut dem Handelsregisterauszug der Gb. \_\_\_\_\_ AG (Firmennummer CHE- \_\_\_\_\_) übernahm letztere bei ihrer am ' \_\_\_\_\_ ' 2002 erfolgten Gründung von der Ga. \_\_\_\_\_ AG im Sinne einer Sacheinlage unter anderem die "Bandanlage in Goler VS" und die "Bandanlage in Riedertal VS". Dies geht aus der Ziff. I des am ' \_\_\_\_\_ ' 2002 zwischen der Ga. \_\_\_\_\_ AG und der Gb. \_\_\_\_\_ AG geschlossenen Sacheinlagevertrags (Replikbeilage 19) und aus der in dieser Ziffer enthaltenen Inventarliste hervor. Bei diesen beiden Anlagen handelt es sich um die Transportbänder, welche im Referenzprojekt MBK Raron zu den Auftragsleistungen bei den Objekten "Ablagerung Goler" und "Ablagerung Riedertal" gehörten. Die Ga. \_\_\_\_\_ AG hatte sich bei diesem Projekt aufgrund der Akten offenbar gegenüber der Auftraggeberin werkvertraglich unter anderem dazu verpflichtet, mit Hilfe dieser Bänder ihre Leistungen zu erbringen. Dass die Bänder auch nach der Gründung der Gb. \_\_\_\_\_ AG im Rahmen des Projekts MBK Raron weiter im Einsatz waren, stellen auch die Beschwerdeführerinnen nicht in Frage. Vielmehr ergibt sich aus dem Schreiben des ehemaligen CEO der BLS AlpTransit AG vom 3. Oktober 2021 an die Vergabestelle (Vernehmlassungsbeilage 3) wie auch aus der E-Mail des ehemaligen Stellvertreters des Chefbauleiters des Tunnelloses Steg/Raron und Verantwortlichen für die Koordination zwischen diesem Los und dem Referenzprojekt MBK Raron vom 30. September 2021 an die Vergabestelle (Vernehmlassungsbeilage 2), dass die Erbringung der Leistung auch insoweit kontinuierlich erfolgt ist, weshalb die Gründung der Gb. \_\_\_\_\_ AG aus ihrer Sicht auch nicht erwähnenswert war. Diese Bänder stellten bei den Ablagerungen Goler und Riedertal eine zentrale Leistung dar (vgl. Werkvertrag vom 25. Januar 2000 zwischen der BLS AlpTransit AG und

der Ga. \_\_\_\_\_ AG betreffend MBK Raron; Vernehmlassungsbeilage 6) und waren somit für das Referenzprojekt MBK Raron wesentlich. Demnach sind die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, wonach die Auslagerung des Golerbands und des Riedertalbands auch steuerliche Gründe haben könne oder ihr Haftungsüberlegungen bei Konstruktionsmängeln zugrunde liegen könnten (Stellungnahme vom 17. Dezember 2021, S. 19), prima facie rein spekulativer Natur, so dass hierauf nicht weiter einzugehen ist. Erst in Verbindung mit einem den Akten nicht zu entnehmenden und prima facie auch nicht naheliegenden Hinweis darauf, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG nach der Sacheinlage nichts weiter getan hat als die in Frage stehenden Bänder der Ga. \_\_\_\_\_ AG zu vermieten, könnte den Annahmen der Beschwerdeführerinnen eine gewisse Plausibilität zuerkannt werden.

Nach dem Gesagten ist prima facie davon auszugehen, dass die Sacheinlagen jedenfalls ein gewichtiges Indiz dafür sind, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG nach ihrer Gründung in gewissem Umfang am in Frage stehende Referenzobjekt beteiligt wurde. Ob es gleichzeitig zu einem eigentlichen Betriebsübergang gekommen ist, wie die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen behaupten, ist im Folgenden zu prüfen. Jedenfalls kann der Vergabestelle aber nicht gefolgt werden, wenn sie ausführt, dass sich bereits aus den Referenzauskünften selbst ergebe, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG am Referenzprojekt beteiligt gewesen sei. Vielmehr ist aus diesen prima facie eher der Schluss zu ziehen, dass diesen nur, aber immerhin, entnommen werden kann, dass entweder die Ga. \_\_\_\_\_ AG oder die Gb. \_\_\_\_\_ AG die in Frage stehenden Arbeiten ausgeführt hat. Insbesondere in der Auskunft vom 3. Oktober 2021 (Vernehmlassungsbeilage 3) wird sowohl von der Gb. \_\_\_\_\_ AG als auch von der "Firma G. \_\_\_\_\_", nicht aber von der anfänglich allein verantwortlichen Ga. \_\_\_\_\_ AG gesprochen, was prima facie darauf schliessen lässt, dass innerhalb des Konzerns bzw. zwischen einzelnen Unternehmen desselben nicht genau unterschieden wurde.

## 7.7

**7.7.1** Die Beschwerdeführerinnen führen zur Möglichkeit der Übertragung der Referenz weiter aus, die Gb. \_\_\_\_\_ AG sei zum Zeitpunkt des Zuschlags im Referenzprojekt MBK Raron nicht Teil der Ga. \_\_\_\_\_ AG gewesen, sondern erst lange Zeit nach diesem Zuschlag entstanden. Nach der Gründung der Gb. \_\_\_\_\_ AG habe die Ga. \_\_\_\_\_ AG unverändert weiterbestanden und sei weiterhin im Rahmen dieses Projekts tätig gewe-

sen. Sie habe dieses auch nach der Gründung der Gb. \_\_\_\_\_ AG weiterbetreut. Da die Ga. \_\_\_\_\_ AG über Jahre auch nach deren Gründung weiterhin als operativ tätige Gesellschaft für dieses Projekt verantwortlich gezeichnet habe, könne die Gb. \_\_\_\_\_ AG nicht als deren Rechtsnachfolgerin erachtet werden. Das Projekt sei nicht von der Ga. \_\_\_\_\_ AG auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übergegangen. Die Rechte und Pflichten der Ga. \_\_\_\_\_ AG in diesem Projekt seien bei dieser verblieben. Der Werkvertrag habe unverändert auf die Ga. \_\_\_\_\_ AG gelaute und sei nicht auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übertragen worden. Damit stehe im Einklang, dass dieses Projekt bis zuletzt durch die Ga. \_\_\_\_\_ AG abgerechnet worden sei. Wenn deren Arbeitsverträge weitergelaufen seien, sei dies ein weiterer klarer Beleg dafür, dass die Fachkompetenzen bei der Ga. \_\_\_\_\_ AG verblieben seien und kein Betriebsübergang stattgefunden habe. Auch mit Blick auf die Stampaerklärung vom \_\_\_\_\_ 2002 sei der geltend gemachte Betriebsübergang und damit die Referenzzurechnung ausgeschlossen. Ob, wann und wie der Betriebsübergang stattgefunden haben solle, sei völlig unklar.

Es treffe nicht zu, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG zunächst als Teil der Ga. \_\_\_\_\_ AG die relevanten Tätigkeiten im Rahmen des Referenzprojekts MBK Raron ausgeübt und im Anschluss als eigenständige Gesellschaft fortgeführt und abgeschlossen habe. Wenn eine Zurechnung des Referenzprojekts MBK Raron zulässig wäre, würde diese aufgrund des klaren Fokus der Gb. \_\_\_\_\_ AG auf die Anlagentechnik ausschliesslich Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Planung und dem Bau der Anlagentechnik betreffen, nicht aber alle übrigen, für die Erfüllung der Referenz 2 für das EK1 ebenfalls zwingend notwendigen Tätigkeiten. Diese habe die Gb. \_\_\_\_\_ AG im Referenzprojekt MBK Raron nicht erbracht. Basierend auf die Angaben der Beschwerdegegnerinnen seien – wenn überhaupt – nur die Tätigkeiten im Bereich Anlagentechnik vom angeblichen (Teil-)Betriebsübergang erfasst gewesen. Das Referenzprojekt MBK Raron sei allein ein Referenzprojekt der Ga. \_\_\_\_\_ AG oder anderer am aktuell relevanten Angebot der Beschwerdegegnerinnen nicht beteiligter Unternehmen, nicht aber der Gb. \_\_\_\_\_ AG. Keine der Beschwerdegegnerinnen sei Auftragnehmerin oder Beteiligte des Referenzprojekts MBK Raron gewesen und habe dort die für den Eignungsnachweis erforderlichen Tätigkeiten ausgeführt. Folglich sei letzteres kein Referenzprojekt der Beschwerdegegnerinnen. Diese hätten nur schon deshalb den notwendigen Eignungsnachweis nicht erfüllt. Die Ga. \_\_\_\_\_ AG sei die einzige Gesellschaft, die sich das Referenzprojekt MBK Raron anrechnen dürfe, habe sie dort doch die für die Referenzerbringung relevanten Arbeiten vor und nach

der Gründung der Gb. \_\_\_\_\_ AG im Gegensatz zu dieser selbst ausgeführt. Auf die heutige Fachkompetenz der Gb. \_\_\_\_\_ AG sei nicht abzustellen. Eine nachträgliche Vermischung der Personen- und Firmenreferenzen durch die Fiktion eines Referenzübergangs infolge eines Betriebsübergangs verstosse gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie gegen Treu und Glauben.

**7.7.2** Die Vergabestelle wendet ein, der Zuschlag für das Referenzprojekt MBK Raron sei an die Ga. \_\_\_\_\_ AG gegangen. Es sei jedoch von Beginn an durch die Abteilung betreut worden, welche sich auf Anlagentechnik spezialisiert habe. Diese Abteilung sei im Lauf des Projekts von der Ga. \_\_\_\_\_ AG abgespalten und in eine eigene Gesellschaft überführt worden. Dieses sei bei Weitem nicht abgeschlossen gewesen, als die Gb. \_\_\_\_\_ AG 2002 gegründet worden sei. Leistungen seien bis in das Jahr 2006 erbracht worden. Die Gb. \_\_\_\_\_ AG habe die von ihr als Bereich begonnenen Leistungen als eigenständiges Unternehmen weitergeführt und auch abgeschlossen. Dies ergebe sich aus den Ausführungen der Beschwerdegegnerinnen und aus der Bestätigung des damaligen Bauherrn. Die Offerte und die eingeholten Auskünfte sprächen dafür, dass die für das Referenzprojekt wesentlichen Teile von der Ga. \_\_\_\_\_ AG auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übergegangen seien. Die Erbringung dieser Leistungen durch die Gb. \_\_\_\_\_ AG sei damit genügend erstellt. Die Umstände, dass der Zuschlag des Referenzprojekts ursprünglich an die Ga. \_\_\_\_\_ AG gegangen sei und diese weiterbestanden habe, hinderten den Übergang nicht, denn es handle sich nicht um zwei unabhängige Konzerngesellschaften. Das Referenzprojekt MBK Raron sei der Gb. \_\_\_\_\_ AG zuzurechnen.

**7.7.3** Die Beschwerdegegnerinnen legen dar, die Gb. \_\_\_\_\_ AG sei nichts Anderes als die rechtlich verselbständigte frühere Abteilung Anlagentechnik/Materialbewirtschaftung der Ga. \_\_\_\_\_ AG und damit deren Rechtsnachfolgerin im Bereich der Anlagentechnik/Materialbewirtschaftung. Die Referenz sei mit dem auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übertragenen Geschäftsteil mitgegangen. Letztere habe ab ihrer Gründung die vorliegend relevanten Arbeiten im Projekt MBK Raron bis zur Beendigung weitergeführt. Die für den ausgeschriebenen Auftrag erforderliche fachliche Eignung weise heute nur noch die Gb. \_\_\_\_\_ AG auf. Die Referenz diene dem Nachweis dieser Eignung und sei daher unabhängig davon, von wann sie stamme, demjenigen Unternehmen zuzuordnen, bei dem nach der Restrukturierung die Fachkompetenz liege, vorliegend der Gb. \_\_\_\_\_ AG. Zum Nachweis

der fachlichen Eignung könne sich die Gb.\_\_\_\_\_ AG auch auf Referenzen stützen, die noch aus der Zeit stammten, als jener Bereich eine bloße Abteilung der Ga.\_\_\_\_\_ AG gewesen sei. Das Referenzprojekt MBK Raron sei aufgrund der Ausgründung jenes Bereichs der Gb.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen. Dieses Projekt dürfe und müsse daher von der Vergabestelle als Nachweis für die fachliche Eignung der Gb.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdegegnerinnen zugelassen werden. Irrelevant und unbehelflich sei es, wenn die Beschwerdeführerinnen Spekulationen darüber anstellten, was von der Ga.\_\_\_\_\_ AG auch noch auf die Gb.\_\_\_\_\_ AG hätte übertragen werden können oder gar müssen, damit auch sie akzeptieren würden, dass die entsprechende Fachkompetenz 2002 auf die Gb.\_\_\_\_\_ AG übergegangen sei. Der Übergang der Fachkompetenz hänge nicht vom Übergang von Passiven (Schulden) und von der Übernahme von Kundenverträgen ab. Letzteres wäre auch nicht sinnvoll gewesen, da es ohne Weiteres möglich und akzeptiert gewesen sei, dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin die laufenden Verträge für die Ga.\_\_\_\_\_ AG zu Ende geführt habe. Referenzen könnten nicht Gegenstand einer Sacheinlage sein. Dass der Werkvertrag für das Referenzprojekt MBK Raron nicht übertragen worden sei, sei irrelevant.

**7.7.4** Die Ga.\_\_\_\_\_ AG hat bei der Gründung der Gb.\_\_\_\_\_ AG verschiedene Gerätschaften, so insbesondere die beim Referenzprojekt MBK Raron eingesetzten Transportbänder Goler und Riedertal übertragen (vgl. E. 7.6.4 hiervor). Aus den Akten geht nicht hervor und wird von den Parteien auch nicht behauptet, dass letztere diese Übertragung während der Ausführung des Referenzprojekts MBK Raron ganz oder teilweise rückgängig gemacht hätte. Zudem ist prima facie nicht ersichtlich, wie die Ga.\_\_\_\_\_ AG dieses Projekt ohne diese Gerätschaften alleine hätte weiterführen und beenden können.

**7.7.5** Der Werkvertrag betreffend das Bauprojekt Materialbewirtschaftungskonzept (MBK) Raron inklusive Ablagerungen Goler und Riedertal, wurde unbestrittenermassen am 25. Januar 2000 zwischen der BLS Alp-Transit AG als Bauherrin und der Ga.\_\_\_\_\_ AG als Unternehmerin abgeschlossen (Vernehmlassungsbeilage 6). Den Akten lassen sich – was die Beschwerdeführerinnen zu Recht betonen – keine Hinweise darauf entnehmen, dass diese Arbeiten nach der Gründung auf die Gb.\_\_\_\_\_ AG übertragen worden wären im Sinne eines Parteiwechsels betreffend den in Frage stehenden Werkvertrag. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle enthalten auch die eingeholten Referenzauskünfte keine entspre-

chende Aussage (vgl. E. 7.6.4 hiervor). Die Beschwerdegegnerinnen machen diesbezüglich duplicando nur noch, aber immerhin, geltend, dass nach Gründung der Gb.\_\_\_\_\_ AG *neue* Verträge (Hervorhebung durch das Gericht) im Bereich Anlagentechnik/Materialbewirtschaftung ausschliesslich durch die Gb.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossen worden seien. Die Beschwerdegegnerinnen hatten diesbezüglich zunächst ohne entsprechende Belege geltend gemacht, aus geschäftspolitischen Überlegungen sei die Abteilung Anlagentechnik der Ga.\_\_\_\_\_ AG dort (meint: vollständig) ausgegliedert und in die neu gegründete Gb.\_\_\_\_\_ überführt worden. Aufgrund der Akten ist allerdings ebenfalls denkbar, dass die Ga.\_\_\_\_\_ AG, die prima facie weiterhin Vertragspartnerin der BLS Alp-Transit AG geblieben ist, teilweise für die Ga.\_\_\_\_\_ AG oder für beide Unternehmen tätiges Personal eingesetzt hat, um den für das Referenzprojekt relevanten Werkvertrag zu erfüllen. Dementsprechend wird duplicando seitens der Beschwerdegegnerinnen (neu) geltend gemacht, der Gb.\_\_\_\_\_ AG komme in Bezug auf das in Frage stehende Referenz Subunternehmerqualität zu. Zusammenfassend kann – worauf die Beschwerdeführerinnen richtigerweise hinweisen – aufgrund der Akten prima facie nicht davon ausgegangen werden, dass mit der Stampaerklärung vom \_\_\_\_\_ 2002 betreffend Sacheinlagen offensichtlich ein formeller Betriebsübergang dokumentiert werden soll. Für das strategische Ziel, die operative Geschäftstätigkeit in der Gb.\_\_\_\_\_ AG zu verankern, spricht aber der Handelsregistereintrag anlässlich der Gründung unter Erwähnung der Maschinenteknik und die Tatsache, dass zwei der seitens der Ga.\_\_\_\_\_ AG werkvertragsunterzeichnenden Akteure nach der insoweit nachvollziehbaren Darstellung der Beschwerdegegnerinnen als Geschäftsführer und Geschäftsführer-Stellvertreter der Gb.\_\_\_\_\_ AG eingesetzt worden sind. Damit erscheint in Zusammenhang mit der Sacheinlage auch plausibel, dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG teilweise durch aus der Ga.\_\_\_\_\_ AG stammendes Personal so ausgestattet worden ist, dass sie die neuen Verträge im Bereich der Maschinenteknik guten Gewissens unterzeichnen konnte. Schliesslich haben die Beschwerdeführerinnen auch nicht bestritten, dass die Ga.\_\_\_\_\_ AG, nachdem sie auch den Bereich Erd- und Wasserbau ausgegliedert hat, seit 2009 nicht mehr operativ tätig ist. Demnach ist die Situation, obwohl nach den Akten eher nicht davon auszugehen ist, dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG im Referenzprojekt Werkvertragspartnerin der Auftraggeberin geworden ist, prima facie im Ergebnis vergleichbar mit einem Übergang der operativen Tätigkeit im Sinne eines eigentlichen Betriebsübergangs (vgl. dazu mutatis mutandis betreffend die Adressatenqualität in Bezug auf Verhaltensaufgaben im kartellrechtlichen Zusammenhang das Urteil des BVGer B-6291/2017 vom 25. Juni 2017

E. 4.2.8). Die Tatsache, dass prima facie nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Ga.\_\_\_\_\_ AG und die Gb.\_\_\_\_\_ AG mehrere Jahre parallel im Bereich der Maschinenteknik tätig waren, schliesst entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen den Übergang des Referenzprojekts nicht aus, solange klar ist, dass das Referenzprojekt nach Einstellung der operativen Tätigkeit durch die Ga.\_\_\_\_\_ AG sinnvollerweise nur noch der Gb.\_\_\_\_\_ AG zugeordnet werden kann. Das gilt prima facie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht nur für die Anlagentechnik selbst, da die Anlagentechnik den Kern der Referenz darstellt. Es steht prima facie auch im Ermessen der Vergabestelle davon auszugehen, dass die Gb.\_\_\_\_\_ AG, obwohl diese Tätigkeiten nicht von der Kompetenz Anlagenbau umfasst werden, die Referenz auch in Bezug auf den Betrieb von Anlagen und die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern übergeht, solange es nicht um die eigentliche Materialbewirtschaftung geht, welche gemäss Ausschreibung Gegenstand der Referenz 1 zu EK 1 "Materialbewirtschaftung mit Aufbereitung und Herstellung von GFB aus Ausbruchmaterial" ist. Diese Schlussfolgerung setzt allerdings voraus, dass diesbezüglich eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" zulässig ist, was im Folgenden zu prüfen sein wird. Zugleich ist aber festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerinnen den Sinn der Prüfung von Unternehmensreferenzen verkennen, wenn sie behaupten, es sei allein massgebend, dass heute bzw. im Zeitpunkt des Submissionsverfahrens das vorliegend relevante Fachwissen bei der Gb.\_\_\_\_\_ AG vorhanden sei.

## **7.8**

**7.8.1** Die Beschwerdeführerinnen führen aus, auch aus den von der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen zitierten Entscheiden kantonaler Gerichte, in denen in Einzelfällen unter besonderen Umständen eine Übertragung von Referenzen zugelassen worden sei, lasse sich vorliegend nichts zu deren Gunsten ableiten. Zum einen seien diese für das Bundesverwaltungsgericht nicht verbindlich. Zum anderen sei der vorliegende Fall gänzlich anders gelagert als die von der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen zitierten Fälle.

**7.8.2** Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, dass die Umstrukturierung von Unternehmen sowohl durch Abspaltungen, Aufteilungen oder Zusammenfügung nicht nur im Baubereich, sondern ganz allgemein zum Tagesgeschäft gehöre und damit etwas völlig Normales im Wirtschaftsalltag sei. Die starre, formalistische Betrachtungsweise der Beschwerdeführerinnen könne deshalb nicht geschützt werden. Einerseits gehe sie fälschlicher-

weise davon aus, dass es sich vorliegend um eine reine Muttergesellschaft-/Tochtergesellschaft-Situation handle, wobei sich die Tochtergesellschaft eine Referenz anrechnen lassen wolle, mit welcher sie gar nichts zu tun gehabt habe. Andererseits würden sich die Beschwerdeführerinnen auf den Standpunkt stellen, dass die Übertragung von Firmenreferenzen grundsätzlich abzulehnen sei. Zudem sei der relevante Markt in casu klein. Es seien lediglich drei Angebote eingereicht worden. Selbst wenn ein Ausschluss im Raum stehen würde, was nicht der Fall sei, würde durch einen solchen der bereits kleine Markt zusätzlich eingeschränkt und es gäbe nochmals weniger Wettbewerb (vgl. Evaluationsbericht vom 27. September 2021, S. 4; Duplik, Rz. 10).

**7.8.3** Zunächst lässt sich nicht bestreiten, dass die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung die Übertragung von Referenzen zulässt (vgl. Urteil des BVerfG B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen" sowie E. 7.5 hiervor). Im zu beurteilenden Fall ging es um einen Unternehmenskauf, wobei unbestritten war, dass die Mitarbeiter an die Käuferin gingen, welche in der Folge als Vertragspartnerin das Referenzprojekt zu Ende führte. Die Beschwerdeführerinnen machen sinngemäss und zu Recht geltend, dass selbst wenn für eine solche Situation das Übertragen von Referenzprojekten als zulässig anzusehen wäre, dies noch nicht bedeutet, dass eine grosszügigere, auch weniger eindeutige Konstellationen umfassende "wirtschaftliche Betrachtungsweise" zur Anwendung kommen soll. Soweit die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich allerdings darauf hinweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht an entsprechende Präjudizien kantonaler Verwaltungsgerichte nicht gebunden ist, ist festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht diesen eine erhebliche Bedeutung zumisst. Dies wird in Zukunft umso mehr gelten, als aufgrund der Harmonisierung des Vergaberechts grösstenteils inhaltlich vollständig gleichlautende Vorschriften anzuwenden sein werden.

Mit dem vorliegenden Fall eher vergleichbar als die durch das Bundesverwaltungsgericht beurteilte Konstellation ist der dem Urteil VD.2019.132 des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 27. März 2020 zugrundeliegende Sachverhalt. Hier wird denn auch der Ausdruck "wirtschaftliche Betrachtungsweise" verwendet (E. 2.6). Etwas Anderes kann entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen auch aus dem Entscheid VB.2016.00025 des Verwaltungsgerichts Zürich vom 27. September 2016 nicht abgeleitet werden. Entscheidend ist insoweit – vor allem bei älteren

Firmenreferenzen – nicht, dass die einzelnen Schlüsselpersonen nachverfolgt werden, sondern dass der Vergabestelle in Bezug auf eine der Übernahme eines Geschäftsbereichs vergleichbare Situation ein gewisser Spielraum zugestanden wird. Diese "wirtschaftliche Betrachtungsweise" drängt sich auch für das Vergaberecht des Bundes auf. Im vorliegenden Fall erscheint nicht nur plausibel, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG mit Übernahme der Transportbänder als Sacheinlage im Rahmen ihrer Gründung ab diesem Zeitpunkt in gewissem Umfang an den Arbeiten des MBK Raron beteiligt war (vgl. E. 7.6.4 hiervoor). Vielmehr ergibt auch die Tatsache, dass neue Verträge im in Frage stehenden Bereich nur durch die Gb. \_\_\_\_\_ AG abgeschlossen worden sind und dass die Ga. \_\_\_\_\_ AG ab 2009 die operative Tätigkeit in diesem Bereich aufgegeben hat (vgl. 7.7.5 hiervoor), im Ergebnis das Bild eines – wenn aufgrund der Akten auch nicht exakt datierbaren – Betriebsübergangs. An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführerinnen, dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG im Bereich der Materialbewirtschaftung über keine eigenen (neueren) Referenzen verfügt, nichts zu ändern.

Nach dem Gesagten kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben, welches Gewicht dem Argument der Vergabestelle zukommt, wonach ein enger Anbietermarkt für eine Ausdehnung des Ermessensspielraums der Vergabestelle bei der Beurteilung von Referenzen spricht (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 7.2 und E. 7.4 "Produkte zur Innenreinigung III"). Damit erübrigen sich auch weitere Erörterungen zur diesbezüglichen Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 17. Dezember 2021 (S. 18), mit welcher sie feststellen, dass sie beim Ausscheiden der Beschwerdegegnerinnen an deren Platz treten, wovon der Markt nicht tangiert werde.

**7.9** Da Ziff. 3.8 der Ausschreibung Unternehmensreferenzen zum Gegenstand hat und damit keine Anforderungen an die Schlüsselpersonen stellt, ist nicht verlangt, dass die damaligen Schlüsselpersonen noch heute bei der Gb. \_\_\_\_\_ AG angestellt sind. Vor diesem Hintergrund hat sich die Vergabestelle auch – nicht nur im Rahmen ihres Ermessens, sondern in sachgerechter Weise – entschieden, in EK2 separat Anforderungen an die Schlüsselpersonen zu stellen (vgl. E. 7.5 hiervoor).

**7.10** Soweit die Parteien – nicht nur in diesem Kontext – Anträge auf die Einvernahme von Zeugen stellen, ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung in der Regel keine Zeugen einvernommen werden (Zwischenentscheid des BVGer

B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billett-automaten").

## **8.**

**8.1** Weiter ist die Frage zu prüfen, ob die beiden Referenzprojekte MBK Raron und Amsteg, welche die Beschwerdegegnerinnen für die Referenz 2 des EK1 angegeben haben, in der seitens der Beschwerdegegnerinnen vorgesehenen Weise kombiniert werden dürfen und zusammen die in Ziff. 3.8 der Ausschreibung festgelegten Anforderungen erfüllen. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten deren Erfüllung, während die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen von einer nachgewiesenen vollumfänglichen Erfüllung ausgehen.

**8.2** Die Beschwerdeführerinnen bringen in diesem Zusammenhang vor, die Vergabestelle habe in Ziff. 3.8 der Ausschreibung hinsichtlich der Referenz 2 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die referenzgebende Firma mit ihrer Referenz Gewähr dafür leisten können müsse, die bauleistungsbezogene Aufgabe insgesamt erfüllen zu können. Gemäss dem Wortlaut dieser Ziff. 3.8 erfasse der Betrieb der Bahn-Verlade- und Entladeanlagen und der Transportanlagen auch die Beschickung und den Umschlag von Massengütern wie die Entgegennahme und den Transport des Abbruchmaterials. Unter dem Betrieb der Bahn-Verlade- und Entladeanlagen und Transportanlagen deren Leerlauf zu verstehen, mache offensichtlich keinen Sinn, könnte damit doch jene Aufgabe nicht erfüllt werden. Eine Referenz hinsichtlich der Versorgung und Entsorgung per Transportanlagen sei gemäss dem klaren Wortlaut dieser Ziff. 3.8 ebenfalls erforderlich.

**8.3** Die Vergabestelle führt dazu aus, mit der Referenz 2 zu EK1 solle ein Anbieter nachweisen, dass er über vergleichbare Erfahrungen im Bereich bauleistungsbezogene Aufgaben mit Förderbandanlagen, Bahntransporten, Bahn-Verlade- und/oder Entladeanlagen für Ausbruchmaterial und/oder GFB (Gesteinkörnungen für Beton) für Ganzzüge verfüge.

**8.4** Ziff. 3.8 der Ausschreibung fordert ausdrücklich eine Referenz für eine "bauleistungsbezogene Aufgabe mit Förderbandanlagen, Bahntransporten, Bahn-Verlade- und/oder Entladeanlage für Ausbruchmaterial und/oder GFB für Ganzzüge". Die Art des Werkes wird mit "Komplexe Bauleistungsbezug unter Einbezug verschiedener Umschlags-, Lager- und Versorgungsorte" beschrieben (vgl. E. 6.1 hiervor). Somit müssen die im Referenzprojekt gesammelten Erfah-

rungen den für die Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Erfahrungen zumindest vergleichbar sein. Erfahrung im Bau von Transportanlagen allein reicht unstrittig nicht aus.

**8.5** Soweit die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde gestützt auf die Submissionsunterlagen des Referenzobjekts MBK Raron vom 14. Januar 1999 die Meinung vertreten haben, dieses umfasse insbesondere in Bezug auf die Transportbänder relevante Arbeiten nicht, haben Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen übereinstimmend ausgeführt, dass das Referenzprojekt nicht nur das Los 46.62.01 "MBK Raron, Installation und Materialaufbereitung der Lötschberg-Basislinie" umfasst, sondern auch die Lose 46.63.01 "Ablagerung Goler inkl. Zufahrt und Transportband" und 46.63.02 "Ablagerung Riedertal inkl. Zufahrt und Transportband". Dies bedeutet prima facie vor allem, dass die Referenz die geforderten 2 km Transportanlagen ausweist. Die Beschwerdeführerinnen halten dazu fest, dass ihre diesbezüglichen Ausführungen unzutreffend waren, womit sich eine gerichtliche Prüfung erübrige. Davon ist auszugehen.

**8.6** Indessen bleibt umstritten und ist im Folgenden zu prüfen, ob die von den Beschwerdegegnerinnen angegebenen Referenzprojekte die in Ziff. 3.8 der Ausschreibung genannten Erfordernisse im erforderlichen Umfang erfüllen.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, das Referenzprojekt MBK Raron sei für die Erbringung des erforderlichen Eignungsnachweises für die Referenz 2 des EK1 untauglich, weil es nicht alle in der Ausschreibung für diese Referenz verlangten Tätigkeiten umfasst habe.

## **8.7**

**8.7.1** Die Beschwerdeführerinnen haben zwar die Rüge, wonach die "Transportanlagen von mindestens zwei Kilometern Länge" nicht erfüllt seien, fallen gelassen (vgl. E. 8.5 hiervor). Dies gilt indessen nicht für die Rüge, wonach beim Projekt MBK Raron keine Ganzzüge à 1'000 Tonnen, wie diese für diese Referenz explizit gefordert würden, eingesetzt worden seien.

**8.7.2** Die Beschwerdegegnerinnen führen dazu mit Stellungnahme vom 17. November 2021 einerseits aus, die O.\_\_\_\_\_ AG sei diesbezüglich die Referenzgeberin für das zweite Referenzprojekt Amsteg (meint: "Los 211, GBT, Materialtransport u. Absatz Überschussmaterial"). Andererseits seien entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen gemäss

SIMAP-Ausschreibung nicht explizit Ganzzüge à 1'000 Tonnen gefordert worden. Das Gewicht der Ladung spiele keine Rolle. Vielmehr sei lediglich von Ganzzügen die Rede.

**8.7.3** In Ziff. 3.8 Bst. c der Ausschreibung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Anforderungen anhand von maximal zwei verschiedenen Referenzen erfüllt werden dürfen, falls diese nicht mit einem einzigen Referenzprojekt abgedeckt werden können (vgl. E. 6.1 hiervor). Demnach ist der erforderliche Referenznachweis erbracht, wenn das zweite Referenzprojekt Amsteg den Einsatz von Ganzzügen umfasst. Wenn das so sein sollte, könnte offenbleiben, ob (auch) das Referenzprojekt MBK Raron Ganzzüge umfasst, solange sichergestellt ist, dass dies jedenfalls für das zweite, entgegen ersten Vermutungen der Beschwerdeführerinnen nunmehr unstrittig durch die Subunternehmerin O. \_\_\_\_\_ AG erbrachte Referenzprojekt Amsteg gilt.

**8.7.4** Aus Ziffer 3.8 der Ausschreibung ergibt sich, dass für die Referenz 2 unter anderem die Organisation und Durchführung von Bahntransporten für Massengüter mit Ganzzügen über eine Zeitspanne von mindestens einem Jahr nachzuweisen ist. Für die Tonnage der einzelnen Ganzzüge werden in der Ausschreibung selbst keine expliziten Vorgaben gemacht, ausser dass für den Gesamtumfang der Bahntransporte erwartet wird, dass dieser mindestens 1 Mio. Tonnen umfasst. Aber auch aus dem Begriff des Ganzzuges selbst ergibt sich nach Treu und Glauben ausgelegt (vgl. E. 6.2.1 hiervor) prima facie nicht, dass dieser eine Festlegung in Bezug auf das Gewicht (exakt oder mindestens 1000 Tonnen) mitumfasst. Aus dem Umstand, dass regelmässig Vorgaben in Bezug auf die maximale Anzahl Achsen bestehen, erscheint in Verbindung mit der eingesetzten Kuppelung zwar ein Rückschluss auf eine maximal mögliche Zuglast nachvollziehbar. Das gilt aber prima facie – die Beschwerdeführerinnen substantiieren diesen Punkt auch nicht weiter – nicht in Bezug auf ein Mindestgewicht, das erfüllt sein muss, damit ein Zug als Ganzzug bezeichnet werden darf. Vielmehr geht es nur darum, dass die komplette Sendung in einem zwischen Abgangs- und Zielbahnhof unverändert zusammenbleibenden ganzen Zug befördert wird (KLAUS BECKER, Handbuch Schienengüterverkehr, Hamburg 2014, S. 39). Nachdem im Referenzprojekt 1.2b Amsteg unbestrittenermassen Ganzzugtransporte der O. \_\_\_\_\_ AG mit einem seitens der Beschwerdeführerinnen nicht bestrittenen Gesamtvolumen von 1.3 Mio. Tonnen Ausbruchmaterial enthalten sind und die einzelnen Ganzzüge prima facie nicht mindestens 1000 Tonnen Zuggewicht ausweisen

müssen, sind die Anforderungen der Vergabestelle insoweit erfüllt. Demnach braucht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht mehr geprüft zu werden, ob diese Anforderung auch mit dem Referenzprojekt 1.2a MBK Raron erfüllt werden könnte. Aber auch in Bezug auf die Vorrichtungen für die Ver- und Entladung der Züge, die mit dem Referenzprojekt MBK Raron nachgewiesen werden sollen, ist nicht zu beanstanden, dass hier nach den (durch Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen nicht bestrittenen) Angaben der Beschwerdeführerinnen lediglich Anlagen für Ganzzüge à 500 Tonnen errichtet worden sind. Es lag ohne Weiteres im Ermessen der Vergabestelle, diese Referenz auch insoweit anzuerkennen, da der Begriff Ganzzug wie festgestellt keine Mindesttonnage erfasst und die Ausschreibungsunterlagen keine diesbezüglichen Vorgaben enthalten. Damit erweist sich die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerinnen prima facie als offensichtlich unbegründet.

## **8.8**

**8.8.1** Die Beschwerdeführerinnen äussern sich weiter dahingehend, dass betreffend das Referenzprojekt MBK Raron in Bezug auf den Betrieb der Anlagen und die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern Unklarheiten bestehen.

**8.8.2** Die Vergabestelle macht dagegen geltend, die Angaben der Beschwerdegegnerinnen zum Referenzprojekt MBK Raron in der Offerte seien schlüssig und nachvollziehbar. Dieses Projekt beinhalte sowohl die Installationen und die Materialbehandlung als auch die Lose Goler und Riedertal mit entsprechenden Materialtransporten mittels Transportbändern. Mit diesem Projekt würden folgende Anforderungen gemäss der Referenz 2 zum EK1 erfüllt: "Versorgung und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern wie Aushub und/oder Tunnelausbruchmaterial, GFB, Kies, Beton", "Bau und Betrieb von Bahn-Ver- und Entladeanlagen für die obgenannten Massengüter", "Bau und Betrieb von Transportanlagen (min. 2 km), insbesondere Förderbänder, Rohr- oder Rollgurtförderer, Elevatoren, Verteilertürme für die oben genannten Massengüter" und "im Rahmen eines Projekts wie Autobahn, Kantonsstrasse, Bahn, Serviceinfrastruktur oder Kraftwerksanlagen". Zusammen mit dem zweiten Referenzprojekt würden alle Anforderungen gemäss der Referenz 2 zum EK1 erfüllt.

**8.8.3** Die Beschwerdegegnerinnen bringen vor, sie hätten für den Nachweis ihrer Eignung im Bereich Versorgung und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern wie Aushub- und/oder Tunnelausbruchmaterial, GFB, Kies, Beton das Referenzprojekt MBK Raron vorgelegt, da gemäss der

Ausschreibung die Versorgung und Entsorgung von Baustellen sowohl mit Bahn wie auch mittels Förderband erfolgen könne. Dieses Projekt habe auch die Streckenbänder Goler und Riedertal und somit zwei Kilometer Transportanlagen umfasst. Diese beiden Bänder seien als Eignungsnachweis für den Bau und Betrieb von Transportanlagen von mindestens zwei Kilometern Länge geeignet. Auch die Anrechnung dieses Projekts hinsichtlich Bau und Betrieb der Bahn-Verlade- und Entladeanlagen sowie Bau und Betrieb der Transportanlagen sei korrekt. Damit liege ein hinreichender Nachweis vor für die Erfüllung der Eignungskriterien durch die Gb. \_\_\_\_\_ AG und damit die Beschwerdegegnerinnen.

**8.8.4** Aus der Offerte der Beschwerdegegnerinnen ergibt sich prima facie Folgendes:

**8.8.4.1** Die Beschwerdegegnerinnen führten im Rahmen ihres Angebots im Dokument "5-1 Unternehmerangaben" als Referenzprojekt Nr. 1.2a die MBK Raron an. Dieses habe mehr als 3.5 km Förderanlagen, verschiedene Übergabe- und Verteiltürme sowie Materialweichen umfasst. Tunnelausbruchmaterial sei sowohl angeliefert und entladen wie auch verladen worden. Der Transport zwischen den Zwischendeponien und den Enddeponien sei mittels Förderanlagen erfolgt. Es sei eine komplexe Materialbewirtschaftungsanlage bestehend aus Förderbändern, Bahnverlade- und Entladeanlagen sowie einer Materialaufbereitung installiert und betrieben worden. Die Erfahrungen aus der Planung, Herstellung, Installation und dem Betrieb von komplexen, umfangreichen Materialbewirtschaftungsanlagen könnten auf das Los 111 übertragen werden. Dazu gehörten insbesondere die Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Beladen und Entladen von Bahnwagen sowie der Steuerung von komplexen Anlagen (S. 10; vgl. zum Ganzen auch E. 6.1.2 hiervor).

**8.8.4.2** Zudem erwähnten die Beschwerdegegnerinnen in ihrem Dokument "5.6 Referenzprojekt 1.2a", dass die Gb. \_\_\_\_\_ AG in den Bereichen Baugistik (Fördertechnik in Raron) und im Anlagenbau (Materialbewirtschaftungszentrum "Eya" bei Raron) massgeblich am Bau des Lötschberg-Basistunnels beteiligt gewesen sei (S. 1). Die Bandanlagen der Gb. \_\_\_\_\_ AG hätten das Ausbruchmaterial in das rund einen Kilometer entfernte Materialbewirtschaftungszentrum "Eya" bei Raron befördert. Die Gb. \_\_\_\_\_ AG habe die Projektierung, Planung und Ausführung der gesamten Band-, Steuerungs- und Elektroanlage der Förderanlage für Tunnelausbruchmaterial und Kieskomponenten geleistet (S. 2). "Goler" und

"Riedertal" seien direkt mittels Förderband bedient worden. Die Bandanlagen der Endablagerung Goler seien 1'800 m und diejenigen der Endablagerung Riedertal 1'000 m lang gewesen (S. 7).

**8.8.4.3** Die Vergabestelle bemerkte anlässlich der Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerinnen im Dokument "Bewertung Anbieter A", dass das Referenzprojekt Nr. 1.2a "MBK Raron" die Materialbewirtschaftung (baulogistische Aufgabe mit Förderbandanlagen sowie Materialaufbereitung) beinhalte. Das Projekt habe die Planung, Herstellung, Installation und den Betrieb von Förderbandanlagen umfasst. Letztere seien mehr als 3.5 km lang gewesen. Zum Projekt hätten die Planung, Herstellung, Installation und der Betrieb der Bahnverlade- und Bahnentladeanlagen für Tunnelausbruchmaterial gehört. Solches sei sowohl angeliefert und entladen als auch verladen worden. Der Transport zwischen den verschiedenen Zwischendeponien sowie den Enddeponien sei mittels Förderanlagen erfolgt. Die Bandanlagen zu den Deponien und der Aufbereitungsanlage seien in den Jahren 2000 und 2001 erstellt und in den Jahren 2001 bis 2006 betrieben worden.

**8.8.4.4** Zunächst ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die eigentliche Materialbewirtschaftung nach der vorliegend zu beurteilenden Beschaffung in der Referenz 1 zu EK 1 abgefragt wird (vgl. E. 7.7.5 in fine hiervor). Tatsächlich ist – vorbehaltlich der gerichtlichen Feststellungen betreffend die Transportbänder (vgl. dazu E. 7.6.4 und E. 7.8.3 hiervor) – nach den Akten nicht vollständig geklärt, wer damals im Projekt MBK Raron für den im Rahmen der Referenz 2 abgefragten Betrieb der Anlagen und die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern zuständig war. Indessen gehen die Beschwerdeführerinnen davon aus, dass der Betrieb der Transportanlagen und der (Bau und) Betrieb von Bahn-Verlade- und Entladeanlagen sowie die Ver- und Entsorgung der Baustellen mit Massengütern bei der Ga. \_\_\_\_\_ AG oder den übrigen am Referenzprojekt MBK Raron als Subunternehmen beteiligten Bauunternehmen verblieben ist. Dies bedeutet indessen gerade nicht, dass auch die Ga. \_\_\_\_\_ AG nicht involviert war. Aufschlussreich ist in diesem Kontext die Referenzauskunft des ehemaligen CEO der BLS AlpTransit AG, der zunächst die damals als Auftragnehmerin fungierende ARGE in zweierlei Hinsicht beschrieben hat. Einerseits sei die "Firma G. \_\_\_\_\_" federführend gewesen. Andererseits seien in der ARGE nur kleinere lokale Firmen vertreten gewesen; die Hauptverantwortung habe bei der "Firma G. \_\_\_\_\_" gelegen. Die "Firma G. \_\_\_\_\_" habe die komplexen Arbeiten unter ho-

hem Zeitdruck zur vollsten Zufriedenheit ausgeführt. Als Leiter der Materialbewirtschaftung Süd sei sie von anderen Firmen abhängig gewesen und diese Zusammenarbeit sei immer konstruktiv gewesen und habe nie zu Schwierigkeiten geführt (Vernehmlassungsbeilage 3). Daraus ergibt sich, dass das Referenzprojekt allenfalls problematisch sein könnte, wenn es um die Materialbewirtschaftung gehen würde, was aber nicht der Fall ist. Ausserdem wird die tragende Rolle der "Firma G. \_\_\_\_\_" hervorgehoben und darauf hingewiesen, dass in der ARGE neben der "Firma G. \_\_\_\_\_" ausschliesslich lokale, also im Zweifel nicht in vergleichbarer Weise spezialisierte Bauunternehmen beteiligt gewesen sind. Daraus dürfte die Vergabestelle prima facie, ohne dabei ihr Ermessen zu überschreiten, den Schluss ziehen, dass das Projekt MBK Raron auch insoweit als Nachweis dienen kann, auch wenn im Rahmen der Arbeitsteilung innerhalb der ARGE die in Frage stehenden Arbeiten teilweise durch die beschriebenen lokalen Bauunternehmen ausgeführt worden sind. Dazu passt auch die andere Referenzauskunft des ehemaligen Stellvertreters des Chefbauleiters des Tunnelloses Steg/Raron und Verantwortlichen für die Koordination zwischen diesem Los und dem Referenzprojekt MBK Raron, wonach nur die Betonherstellung von den Tunnellosen selber gemacht worden sei. Die MBK Raron habe jedoch die jeweiligen Betonanlagen mit Zuschlagstoffen versorgt. Das Ausbruchmaterial und die Zuschlagstoffe seien per Bahn von und nach den Tunnelbaulosen Ferden und Steg mit Ganzzügen und per Förderband von und nach dem Tunnelbaulos Raron transportiert worden (Vernehmlassungsbeilage 2). Hingegen enthält diese Referenzauskunft keine Angaben über die Rolle der "Firma G. \_\_\_\_\_" innerhalb der ARGE. Indessen ergibt sich aus der Evaluation, dass eine ergänzende telefonische Auskunft beim Bauleiter MBK Raron eingeholt worden ist (Beilage D zum Evaluationsbericht, S. 2 Anbieter A). Nach dieser hat die Gb. \_\_\_\_\_ AG auch den Betrieb der Aufbereitung in der ARGE MBK durchgeführt; andere Baufirmen haben nach den Angaben dieser Referenzperson innerhalb der ARGE nur Deponiebewirtschaftung "unter Aufsicht/Federführung Gb. \_\_\_\_\_" durchgeführt. Damit stimmen die Referenzauskünfte des Bauleiters und des ehemaligen CEO der BLS AlpTransit AG im Wesentlichen überein (vgl. zur Differenzierung zwischen der "Firma G. \_\_\_\_\_" und der Gb. \_\_\_\_\_ AG E. 7.6.4 hiervor). Daran ändert nichts, dass sich der Stellvertreter des Chefbauleiters des Tunnelloses Steg/Raron und Verantwortliche für die Koordination zwischen diesem Los und dem Referenzprojekt MBK Raron keine Aussage zur Rolle der "Firma G. \_\_\_\_\_" macht.

**8.8.5** Zusammenfassend enthalten die Referenzauskünfte des ehemaligen CEO der BLS AlpTransit AG und des Bauleiters MBK Raron genügend und

im Wesentlichen übereinstimmende Aussagen nicht nur dahingehend, dass das Referenzprojekt MBK Raron alle in Bst. a von Ziff. 3.8 der Ausschreibung genannten Themen abdeckt, sondern auch in Bezug auf die Rolle der "Firma G. \_\_\_\_\_" in diesem Zusammenhang, sodass die Vergabestelle den entsprechenden Nachweis ohne Überschreitung ihres Ermessens akzeptieren durfte. Dass diese Referenz auch gültig auf die Gb. \_\_\_\_\_ AG übertragen werden konnte, hat das Gericht bereits prima facie festgestellt (vgl. E. 7.8.3 hiavor). Demnach erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen auch in diesem Punkt prima facie als offensichtlich unbegründet. Da die beschriebene Teilleistung demnach durch das Projekt MBK Raron abgedeckt wird (vgl. zum Ineinandergreifen der beiden Referenzprojekte E. 6.1 i.V.m. E. 8.7.3 hiavor), braucht auch nicht weiter auf die Rüge der Beschwerdeführerinnen eingegangen zu werden, wonach die Referenz der O. \_\_\_\_\_ AG nicht alle Tätigkeiten enthalte, welche hinsichtlich der Referenz 2 für das EK1 erforderlich seien, und daher untauglich sei. Dies gilt namentlich für den Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen, dass die O. \_\_\_\_\_ AG ausschliesslich für die Organisation und Durchführung von Bahntransporten für den Abtransport des Ausbruchmaterials zuständig gewesen ist, jedoch nicht den Belad der einzelnen Wagen mit allen nötigen Sicherheits- und Gewichtskontrollen übernommen hat.

**8.9** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens prima facie ohne Weiteres zum Schluss kommen durfte, dass die beiden in zulässiger Weise kombinierten Referenzprojekte Nr. 1.2a MBK Raron und Nr. 1.2b "Los 211, GBT, Materialtransport u. Absatz Überschussmaterial" (Amsteg) zusammen die Anforderungen an die Referenz 2 zum EK1 erfüllen.

## **9.**

Zusammenfassend ist prima facie davon auszugehen, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen vom 15. November 2021 betreffend den Bezug von Leistungen gemäss dem aufgrund der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag dahin.

## **10.**

Schliesslich verlangen die Beschwerdeführerinnen Einsicht in sämtliche

Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden. Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise in das Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Bereich" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als den Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 17. November 2021 die Vernehmlassungsbeilagen 1-9, das Voraktenverzeichnis und das Dossier 7 ganz oder mit gewissen Abdeckungen übermittelt worden sind. Vor allem ist den Beschwerdeführerinnen anschliessend im Rahmen der Instruktion auch die geschwärzte Vorakte S. 2 der Beilage D des Dossiers 1, sowie das in der Vorakte Dossier 1, Beilage E2 aufgeführte, geschwärzte Dokument "Erfüllung Eignungskriterium EK1 Firmenerfahrung/-referenz, Referenz 2", unter Gewährung des diesbezüglichen Replikrechts, offengelegt worden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen können sich die Beschwerdeführerinnen demnach ohne Weiteres ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I" sowie die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

#### **11.**

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

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichtsantrag der Beschwerdeführerinnen wird einstweilen abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

**2.2** Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

**3.**

Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache befunden.

**5.**

Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verweisen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Andrea Giorgia Röllin

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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 Rechtsschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 22. April 2022

Zustellung erfolgt an:

- Die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- Die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 217357; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- Die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)