



Urteil 25. August 2021

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

Parteien

ARGE X. _____, bestehend aus:

1. **Y. _____ AG**,

2. **Z. _____ AG**,

vertreten durch die Rechtsanwälte
Mario Strebler und Fabian Koch,
CORE Rechtsanwälte AG,
Dufourstrasse 105, 8008 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Ufficio federale delle strade USTRA,

Filiale di Bellinzona,

Via C. Pellandini 2, 6500 Bellinzona,

Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen -
Zuschlag "N02 Secondo tubo San Gottardo – Los 204 –
Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" -
SIMAP-Meldungsnummer 1157713 und 1157719
(Projekt-ID 204934).

Sachverhalt:

A.

Am 28. Mai 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) einen Bauauftrag mit dem Projekttitel "NO2 Secondo tubo San Gottardo – Los 204 – Bauabwasserbehandlungsanlage Nord" im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1137271, Projekt-ID 204934).

B.

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE X._____, bestehend aus der Y._____ AG und der Z._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen).

C.

Am 6. Oktober 2020 publizierte die Vergabestelle den Zuschlag an die ARGE A._____, bestehend aus der B._____ und der C._____ AG, auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1157713 und 1157719, Projekt-ID 204934).

D.

Gegen diese Zuschlagsverfügung erhoben die Beschwerdeführerinnen am 26. Oktober 2020 mit folgenden Rechtsbegehren Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht:

Anträge:

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.

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

Verfahrensanträge:

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 zu schliessen.
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.

Zur Begründung führten die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, die Zuschlagsempfängerinnen würden das Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) nicht erfüllen, insbesondere sei das Bauvolumen von mindestens 10 Mio. Franken nicht erfüllt. Die Zuschlagsempfängerinnen seien deshalb auszuschliessen.

Zusätzlich sei die Vergabestelle bei der Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK 2 (Qualität, Plausibilität des Bauprogramms und der Bauabläufe) von falschen Tatsachen ausgegangen und habe die Bewertung – zumindest teilweise – willkürlich sowie unter Missachtung des Transparenzgebots vorgenommen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2020 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde vorerst superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und forderte die Vergabestelle auf, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Weiter lud es die Zuschlagsempfängerinnen ein, innert Frist bekannt zu geben, ob sie am vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerinnen teilnehmen möchten.

F.

Am 9. November 2020 verzichteten die Zuschlagsempfängerinnen schriftlich auf die Teilnahme am vorliegenden Verfahren.

G.

Die Vergabestelle reichte am 16. November 2020 ihre Stellungnahme mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

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, soweit darauf einzutreten ist.

Unter Kostenfolge [zu Lasten] der Beschwerdeführerinnen.

Zur Begründung führte die Vergabestelle im Wesentlichen aus, das von den Zuschlagsempfängerinnen genannte Referenzprojekt erfülle sehr wohl das Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz), insbesondere könne davon ausgegangen werden, dass auch das erforderliche Auftragsvolumen von mindestens 10 Mio. Franken übertroffen sei.

Zudem hätten die Angaben zu den Referenzprojekten sämtlicher Anbieter bereinigt werden müssen. Das habe damit zu tun gehabt, dass bei grossen Tunnelbauvorhaben üblicherweise die Behandlung von Bauabwasser direkt mit der Realisierung eines Tunnelbauloses ausgeschrieben werde. Im vorliegenden Fall habe sich die Vergabestelle jedoch entschlossen, ein separates Los "Bauabwasser" auszuschreiben, weshalb auch Anbieter zugelassen worden seien, die beim Referenzprojekt als Subunternehmer tätig gewesen seien. Wenn das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen nun ausgeschlossen werde, müsse konsequenterweise auch das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausgeschlossen werden; auch dieses sei nämlich unvollständig gewesen.

Im Übrigen sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen korrekt bewertet worden. Die Thematik "Ammonium" habe nicht schlüssig beantwortet werden können. Der Detaillierungsgrad des Bauprogramms sei gering ausgefallen, dem technischen Bericht würden wesentliche Angaben fehlen und die Risikoanalyse habe keinen tieferen Projektbezug.

H.

Mit Verfügung vom 18. November 2020 wies der Instruktionsrichter den Antrag der Vergabestelle, es sei ohne weiteren Schriftenwechsel über das Gesuch um die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden, ab. Gleichzeitig erhielten die Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

I.

Mit Eingabe vom 30. November 2020 brachten die Beschwerdeführerinnen vor, dass die teilweise offengelegten Akten, in Übereinstimmung mit den öffentlich verfügbaren Referenzen der Zuschlagsempfängerinnen, zusätzlich deutlich machen würden, dass die Zuschlagsempfängerinnen das Eignungskriterium EK 1 nicht erfüllen würden. Die C._____ AG habe beim genannten Referenzprojekt als Subunternehmerin hauptsächlich konzeptionelle Tätigkeiten geleistet, nicht aber – wie von der Ausschreibung verlangt – die Anlage zur Behandlung von Bauabwasser auch betrieben und unterhalten. Zudem habe die Bausumme für dieses (Teil-)Projekt auch nicht mindestens 10 Mio. Franken, sondern 1.5 Mio. Franken betragen.

Die Ausführungen der Vergabestelle, wonach es fraglich sei, ob die Beschwerdeführerinnen ihrerseits das Eignungskriterium EK 1 erfüllten, seien in aller Form zurückzuweisen und stünden im Übrigen auch im Widerspruch zum Evaluationsbericht.

Auch die Erläuterungen der Vergabestelle zur Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen seien nicht stichhaltig und gingen von teilweise falschen Tatsachen aus. Allerdings erübrige sich eine genauere Auseinandersetzung mit der Bewertung ihres Angebotes: Nach Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen aufgrund der fehlenden Eignung müsse der Zuschlag den zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen erteilt werden, auch ohne Neubewertung ihres Angebots.

J.

In ihrer zweiten Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 ergänzte die Vergabestelle, es gebe weiterhin keinen Grund, an der angegebenen Referenz der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der C._____ AG zu zweifeln. Die 1.5 Mio. Franken des (Teil-)Projektes hätten sich auf die Planung, Installation und Inbetriebnahme bezogen. Die C._____ AG habe sich aber auch am Betrieb und Unterhalt beteiligt. Angesichts des Gesamtbauvolumens von 326 Mio. Franken des Referenzprojektes und der Dauer und des Umfangs der geleisteten Arbeit sei ein Gesamtvolumen von mindestens 10 Mio. Franken der C._____ AG plausibel und nachvollziehbar.

Im Übrigen sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen, welches zusätzlich die D._____ AG als Subunternehmerin einbinde, vom Aufbau her gleich organisiert wie das Referenzprojekt und sei auch aus diesem Grund besonders überzeugend.

Des Weiteren halte sie daran fest, dass die Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen im Rahmen ihres Ermessens rechtmässig vorgenommen worden sei. In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführerinnen gehe aber auch sie davon aus, dass sich eine erneute Bewertung des Angebotes der Beschwerdeführerinnen in diesem Verfahren erübrige.

K.

Am 21. Dezember 2020 reichten die Beschwerdeführerinnen unaufgefordert eine Stellungnahme ein und wiesen zusätzlich darauf hin, dass der Bezug einer Subunternehmerin gemäss Ziff. 3.6 der Ausschreibung nur bis maximal 25 % zulässig sei. Sollte das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen vorsehen, dass die D. _____ AG den Betrieb und den Unterhalt der Bauabwasserbehandlungsanlage übernehme, verstosse das gegen die Ausschreibung.

L.

Mit Zwischenentscheid vom 17. März 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, gut.

M.

Mit der Vernehmlassung vom 1. Juni 2021 beantragte die Vergabestelle weiterhin die Abweisung der Beschwerde und stellte neu das Eventualbegehren, die Beschwerdeführerinnen seien vom Verfahren auszuschliessen und die Sache sei an die Vergabestelle zwecks erneuter Evaluation zurückzuweisen.

Zur Begründung führte sie erneut aus, die Zuschlagsempfängerinnen würden das Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) erfüllen. Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen sei festzuhalten, dass die C. _____ AG bzw. ihre Schlüsselperson seit 2016 insbesondere auch für den Betrieb und Unterhalt der Referenzanlage zuständig sei.

Hinsichtlich des notwendigen Auftragsvolumens machte die Vergabestelle erstmals geltend, das Bauvolumen des Referenzprojektes der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der C. _____ AG habe 10.3 Mio. Euro betragen. Die Zahl sei durch einen Vergleich mit dem ähnlichen Projekt "Belchen" plausibilisiert worden. Eine weitergehende Prüfung der Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme sei vorliegend auch nicht möglich gewesen, weil die Weitergabe einer Werkvertragssumme "Wirtschaftsgeheimnisse" verletzen und die Schlussrechnung noch nicht vorliegen würde. Im Übrigen

habe die Kontaktperson der Bauherrschaft des Referenzprojekts bestätigt, dass das Auftragsvolumen mehr als 10 Mio. Franken betragen habe.

Ihren Eventualantrag begründete die Vergabestelle damit, sie habe die drei eingegangenen Offerten im Rahmen ihres Ermessens "grosszügig" evaluiert. Nur deshalb habe sie darauf verzichtet, die Offerte der Beschwerdeführerinnen auszuschliessen. So hätten die Beschwerdeführerinnen das Leistungsverzeichnis ohne ausreichende Begründung an zahlreichen Stellen verändert. Auch fehlten Tabellen und Rechnungen, weswegen das Angebot teilweise nicht nachvollziehbar sei. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen nicht in Schichten, sondern – in Abweichung der Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen – nach Lohngruppen offeriert, weshalb die Offerte ohne weitere Abklärungen auch nicht vergleichbar gewesen sei. Weiter falle auf, dass die offerierten Preise systematisch tiefer ausfallen würden, als jene gemäss den Ansätzen aus den Kalkulationsschemen, was die Frage nach einer Spekulationsabsicht aufwerfe. Schlussendlich seien preisrelevante Berechnungen, eine Inventarliste sowie die Ersatzteilverhaltung nicht eingereicht worden.

Dem Angebot der Beschwerdeführerinnen könne im Übrigen auch nicht entnommen werden, ob ihr Referenzprojekt von ihnen selbst oder aber durch andere Mitglieder der damaligen ARGE ausgeführt worden sei.

Weil das Angebot der Beschwerdeführerinnen formelle Anforderungen nicht erfülle und es auch fraglich sei, ob die Beschwerdeführerinnen im Sinne von EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) geeignet seien, könne der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen nicht erteilt werden. Vielmehr seien sie vom Verfahren auszuschliessen. Sollte der angefochtene Zuschlag nicht bestätigt werden, sei das Geschäft der Vergabestelle zur erneuten Evaluation zurückzuweisen.

N.

In ihrer Replik vom 25. Juni 2021 wiesen die Beschwerdeführerinnen darauf hin, dass die von der Vergabestelle zusätzlich eingereichten Dokumente ihrer Meinung nach weiterhin nicht die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen beweisen würden. Die vorgenommene Schätzung bzw. Plausibilisierung sei nicht nachvollziehbar und widerspreche sowohl dem Transparenz- wie auch dem Gleichbehandlungsgebot. Die Zuschlagsverfügung sei deshalb aufzuheben und die Zuschlagsempfängerinnen seien vom Verfahren auszuschliessen.

Im Übrigen rechtfertige sich im vorliegenden Fall keine Rückweisung an die Vergabestelle. Als Zweitplatzierte würden die Beschwerdeführerinnen nach dem Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen gleichsam automatisch an deren Stelle treten. Ihr Angebot erfülle im Rahmen einer funktionalen Auslegung sämtliche formellen Anforderungen, was von der Vergabestelle im Verlauf der Evaluation auch festgestellt worden sei.

Entgegen der erst nachträglich vorgetragenen Ansicht der Vergabestelle bestünden keine Zweifel darüber, dass die Beschwerdeführerinnen die Anforderungen von EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) erfüllten und die erforderlichen Nachweise erbracht hätten.

Eine Rückweisung an die Vergabestelle sei im Übrigen auch deshalb problematisch, weil diese nach den Ausführungen im Beschwerdeverfahren offensichtlich nicht mehr in der Lage sei, eine Wiederholung der Evaluation unabhängig und ergebnisoffen durchzuführen.

O.

Am 14. Juli 2021 reichte die Vergabestelle ihre Duplik ein und ergänzte, zu keinem Zeitpunkt die formelle Richtigkeit der Offerte gegenüber den Beschwerdeführerinnen bestätigt zu haben. An ihrer Schlussfolgerung, wonach die Zuschlagsempfängerinnen das EK 1 erfüllen würden, halte sie weiterhin fest. Die Kosten für die Installation beim Tunnelbau würden sich erfahrungsgemäss im Bereich von 25 bis 35 % der Gesamtkosten bewegen. Für das Referenzprojekt sei deshalb von Kosten in der Höhe von rund 100 Mio. Euro für Installationen auszugehen, wobei mindestens 10 Mio. Euro für die Planung, den Bau, den Betrieb und den Unterhalt der Abwasserreinigungsanlage anfalle. Auch mit dieser Schätzung bzw. Plausibilisierung sei rechtsgenügend nachgewiesen, dass das Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerinnen das erforderliche Bauvolumen erreicht hätten.

Aufgrund einer vertieften Prüfung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens würde sich zudem die Frage stellen, ob die Beschwerdeführerinnen überhaupt in der Lage seien, die angebotene Leistung selber zu erfüllen. In diesem Zusammenhang sei nicht abschliessend geklärt, ob die Offerte der Beschwerdeführerinnen die Vorgabe von Ziff. 3.6 der Ausschreibung, wonach der Anteil der Subunternehmer maximal 25 % betragen dürfe, erfülle.

P.

Mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 26. Juli 2021 verwiesen die Be-

schwerdeführerinnen schliesslich auf die Beschaffungspraxis der Vergabestelle, wonach bei der Prüfung der Angebote keine Annahmen getroffen werden dürften und machten deutlich, dass die angeblichen formellen Mängel des von ihnen selbst eingereichten Angebots ihrer Meinung nach nur vorgeschoben seien.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 24. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

2.

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

2.2 Der Zuschlag im Vergabeverfahren gilt als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

2.3 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG,

SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

3.

3.1 Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Vergabestelle dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

3.2 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

3.3 Die vorliegende Beschaffung wurde als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang I Annex 5 des GPA 1994. Die Ausschreibung verlangt die Planung und Ausführung der Bauabwasserbehandlungsanlage Nord der zweiten Gotthardröhre. Dabei handelt es sich um einen "Bauftrag", was auch unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten blieb.

3.4 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Der Zuschlag im vorliegenden Verfahren wurde zu einem Preis von 20'554'965.45 Franken ohne MwSt. erteilt. Der Schwellenwert für Bauwerke wurde somit erreicht.

3.5 Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB.

3.6 Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

4.

4.1 Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, jedoch 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").

4.3 Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Zuschlagsverfügung – der Zuschlag wurde an Mitbewerberinnen erteilt – besonders berührt. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihnen zu erteilen. Würde das Gericht diesen Anträgen folgen, so hätten die zweitplatzierten Beschwerdeführerinnen eine reelle Chance, den Zuschlag selber zu erhalten. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H. "Monte Ceneri", Urteile des BVer B-6261/2020 vom 18. Mai 2021 E. 4.3 und B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

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

4.5 Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Zuschlagsempfängerinnen würden mit dem von ihnen genannten Referenzprojekt das Eignungskriterium EK 1 (Firmenreferenz/-eignung) nicht erfüllen. Aus der teilweise geschwärzten Angebotsbereinigung sowie aus den öffentlich verfügbaren Angaben der C. _____ AG gehe hervor, dass die C. _____ AG beim genannten Referenzprojekt hauptsächlich konzeptuelle Tätigkeiten übernommen habe und nicht auch – wie in den Ausschreibungsunterlagen gefordert – für den Betrieb und den Unterhalt der Anlage verantwortlich gewesen sei. Die Bausumme für dieses (Teil-)Projekt habe sich mutmasslich auf 1.5 Mio. Franken beschränkt, weshalb das geforderte Volumen von mindestens 10 Mio. Franken nicht erreicht worden sei. Soweit die Vergabestelle in ihrer zweiten Stellungnahme vom 11. Dezember 2020 erstmals ausführe, dass die D. _____ AG als Subunternehmerin vorgesehen sei, werde das bestritten, zumal es aus den bisher offen gelegten Akten nicht hervorgehe. Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass Subunternehmer gemäss der Ausschreibung ohnehin nur bis zu maximal 25 % beigezogen werden dürften.

5.2 Die Vergabestelle führte aus, es gäbe keinen Grund, an der Eignung der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der C. _____ AG zu zweifeln, weil es angesichts der Gesamtauftragssumme von 326 Mio. Franken für das Referenzprojekt und der Dauer sowie des Umfangs der geleisteten Arbeit nachvollziehbar sei, dass die von der C. _____ AG als Subunternehmerin geleistete Arbeit einen Gesamtwert von mehr als 10 Mio. Franken aufgewiesen habe. Die C. _____ AG sei nicht nur mit der Planung, Installation und Inbetriebnahme der Anlage betraut gewesen, sondern habe sich auch noch am Betrieb und Unterhalt beteiligt. Zudem sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen und ihrer Subunternehmer, unter anderem der D. _____ AG, ähnlich organisiert wie das Referenzprojekt und stelle deshalb eine eingespielte und bewährte Organisationseinheit dar. Auch aus diesem Grund sei das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen besonders überzeugend.

5.3

5.3.1 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, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (Art. 9 Abs. 1 aBöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA

1994) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 aBöB). 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 (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 564 ff.). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; 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).

5.3.2 Ein Anbieter kann sich allerdings 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-1600/2014 vom 2. Juni 2014 E. 4.4.3 "ERP alcosuisse"; 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.).

5.4

5.4.1 Die Vergabestelle gab in Ziff. 3.8 der Ausschreibung zum Eignungskriterium EK 1 (Firmenerfahrung/-referenz) nachfolgende Anforderungen und Nachweise vor:

Vergleichbare Referenz

Bei der Beurteilung der Eignung wird eine Referenz als vergleichbar anerkannt, wenn sie mindestens folgende Bedingungen erfüllt:

- a) Art der Infrastruktur: Autobahn, Kantonsstrasse, Bahn oder Serviceinfrastruktur;
- b) Art des Werkes: Bauabwasserreinigungsanlage mit mindestens 2 Linien mit 50 l/s je Linie, Schnittstellen mit Nebenunternehmern, funktionale Umsetzung der Anlage, inkl. Flächenherrichtung, Betrieb und Unterhalt;
- c) Tätigkeiten: Konzept, Ausführung, Installation, Betrieb und Unterhalt einer Bauabwasserreinigungsanlage;
- d) Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme > 10 Mio. Franken exkl. MwSt.;
- e) Die Anlage muss seit mindestens einem Jahr in Betrieb sein.

Im Fall von Arbeitsgemeinschaften kann die Referenz auch von einem einzelnen ARGE-Mitglied sein. Die von einer Firma oder von einem ARGE-Mitglied einer vorhergehenden ARGE dargelegten Referenz ist nur dann gültig, wenn die gleiche (Firma oder einzelnes ARGE-Mitglied) die in der Ausschreibung verlangten Arbeiten tatsächlich ausgeführt hat.

5.4.2 In Ziff. 3.6 der Ausschreibung wies die Vergabestelle zusätzlich darauf hin, dass Subunternehmer nur in beschränktem Umfang zugelassen sind:

Subunternehmer können zu max. 25 % beigezogen werden. Sie sind in den Angebotsunterlagen entsprechend aufzuführen. Angaben betreffend Subunternehmer werden mitbewertet.

5.5 Mit Zwischenentscheid vom 17. März 2021 machte das Bundesverwaltungsgericht in E. 7.6 die Vergabestelle darauf aufmerksam, dass dem Gericht bisher keine Unterlagen vorliegen, welche insbesondere das nötige Bauvolumen des Referenzprojekts der Zuschlagsempfängerinnen ausreichend dokumentieren. Mit Vernehmlassung vom 1. Juni 2021 reichte die Vergabestelle weitere Beweismittel ein, unter anderem die bereinigte Offerte der Zuschlagsempfängerinnen, eine DIN A4-Handnotiz mit dem Titel "Grobherleitung STB" sowie ein Bestätigungsschreiben einer Kontaktperson der Bauherrschaft des Referenzprojekts der Zuschlagsempfängerinnen.

5.5.1 In Bezug auf das erforderliche Bauvolumen ist unter den Verfahrensbeteiligten einzig die Summe von 1.5 Mio. Franken für die Projektierung und Erstellung der Berg- und Brauchwasseranlage unbestritten geblieben.

Diese Angaben decken sich auch mit den ursprünglichen Angaben der Zuschlagsempfängerinnen selbst. Für den restlichen Betrag von mindestens 8.5 Mio. Franken führt die Vergabestelle sinngemäss aus, dieser sei durch den Betrieb und Unterhalt der Anlage seit 2016 angefallen, wie eine entsprechende Schätzung bzw. Plausibilisierung mit dem vergleichbaren Projekt "Belchen" ergeben habe (Vernehmlassung vom 1. Juni 2021, Rz. 17). Die Vergabestelle verweist dafür auf die kopierte handschriftliche DIN A4-Seite "Grobherleitung STB", welche – undatiert, kaum lesbar, ohne Zeitangaben und ohne Unterschrift – ein Bauvolumen von ca. 13 Mio. Euro nennt (Beilage 14). Eine Herleitung oder eine Erläuterung der einzelnen Positionen fehlt, so dass die Berechnung nicht nachvollzogen werden kann.

5.5.2 Der Betrag von ca. 13 Mio. Euro steht auch im Widerspruch zu den Angaben der Vergabestelle in derselben Eingabe, wonach das relevante Bauvolumen des Referenzprojektes 10.3 Mio. Euro betragen hätte. Auch dieser Betrag ist indes weder belegt noch erläutert (Vernehmlassung vom 1. Juni 2021, Rz. 15).

5.5.3 Die von der Vergabestelle eingereichte Bestätigung einer Kontaktperson der Bauherrschaft des Referenzprojektes ist ebenfalls ungeeignet, das erforderliche Bauvolumen nachzuweisen (Beilage 15). Anders als die Vergabestelle es ausführt, bestätigt die Kontaktperson eben gerade *nicht* das nötige Bauvolumen von mindestens 10 Mio. Franken der Zuschlagsempfängerinnen bzw. der C._____ AG. Stattdessen bestätigt sie einzig, dass ihr allein zur Bauabwasserreinigungsanlage keine genauen Zahlen vorliegen würden, die Gesamtsumme des fraglichen Tunnelbau-Loses für die damalige ARGE aber über 300 Mio. Euro betragen habe, was unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten war.

5.5.4 In ihrer Duplik vom 14. Juli 2021 trug die Vergabestelle sodann erstmals vor, erfahrungsgemäss falle im Tunnelbau 25 bis 35 % des Auftragsvolumens für Installationen an. Basierend auf diesem Erfahrungswert sei bei einem Gesamtauftragsvolumen von 326 Mio. Euro von einem Installationsvolumen von 100 Mio. Euro auszugehen. Dabei würden 90 Mio. Euro für Installationen wie Betonanlagen, Krananlagen, Bohrgeräte, Pumpen, etc. verwendet. Der restliche Betrag von rund 10 Mio. Euro werde demnach für die Planung, den Bau, den Betrieb und den Unterhalt der Bauabwasserreinigungsanlage verwendet, weshalb das Referenzprojekt das nötige Bauvolumen erreicht habe (Duplik vom 14. Juli 2021, Ziff. IV). Allerdings

reicht auch diese sehr grobe Plausibilisierung für eine vergaberechtskonforme Prüfung des von der Vergabestelle festgesetzten Mindestbauvolumens gemäss EK 1 bei Weitem nicht aus.

5.5.5 Die Vergabestelle führte sodann mehrfach aus, eine genauere Prüfung gemäss dem klaren Wortlaut von Ziff. 3.8 Bst. d zu EK 1 der Ausschreibung, wonach das Bauvolumen mit einer "Werkvertrags- oder Schlussrechnungssumme" nachgewiesen werden müsse, sei auch deshalb nicht möglich gewesen, weil die entsprechenden Summen nicht verfügbar gewesen seien. Die Werkverträge würden Geschäftsgeheimnisse enthalten, weshalb sie nicht eingesehen werden könnten, und die Schlussrechnungen lägen noch nicht vor. Auch diese Argumentation ist unbehilflich: Die Vergabestelle hat die von den Anbieterinnen und Anbietern gemachten Angaben vertraulich zu behandeln, so dass die Weitergabe von vertraglich festgehaltenen Angaben zum Bauvolumen an die Vergabestelle selbst keine Verletzung von Geschäftsgeheimnissen zur Folge gehabt hätte (Art. 8 Abs. 1 Bst. d a BÖB). Sodann hätte es der Vergabestelle auch freigestanden, sich Belege ohne Geschäftsgeheimnisse zur Prüfung vorlegen zu lassen, wie beispielsweise Rechnungen oder Kontoauszüge.

5.5.6 Die Vornahme einer sehr groben Schätzung bzw. Plausibilisierung wiegt umso schwerer, als die Vergabestelle selbst gleichzeitig sinngemäss ausführte, dass fragliche Bauvolumen des Referenzprojektes habe die Anforderungen mit 13, 10.3 bzw. 10 Mio. Euro nur sehr knapp erfüllt. Entsprechend hätte auch die Prüfung angepasst werden müssen. Nicht von Belang ist der in diesem Zusammenhang mehrfach von der Vergabestelle wiederholte Hinweis, die Referenzanlage laufe zur vollsten Zufriedenheit der Bauherrschaft, was, soweit ersichtlich, unbestritten geblieben ist. Zu prüfen war vorliegend einzig, ob die von der Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens festgesetzten, möglicherweise zu hohen Anforderungen an das Bauvolumen des Referenzprojekts erreicht waren.

5.6 Zusammenfassend hat die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren nicht hinreichend darlegen können, dass das Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerinnen das erforderliche Bauvolumen von 10 Mio. Franken gemäss EK 1 erfüllt. Die weitere Prüfung der Anforderungen an das Referenzprojekt, insbesondere an die Art des Werkes, ist damit hinfällig geworden. Die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerinnen ist in diesem Punkt gutzuheissen. Der Zuschlag vom 6. Oktober 2020 ist folglich aufzuheben und das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen ist aus dem Verfahren auszuschliessen.

6.

6.1 Die Vergabestelle führte im Beschwerdeverfahren mehrfach aus, das Angebot der Beschwerdeführerinnen erfülle seinerseits die Eignung nicht und leide zusätzlich an formellen Mängeln. Insbesondere hätten die Beschwerdeführerinnen die Erfüllung des EK 1 nicht ausreichend belegt. In ihrem Angebot bleibe unklar, ob sie selbst oder andere Teilnehmer der damaligen ARGE die Arbeiten am Referenzprojekt geplant und durchgeführt hätten. Darüber hinaus seien die Ausschreibungsunterlagen nicht vollständig ausgefüllt (fehlende Kalkulationsschemen und BIV-Ansätze gemäss Beilage 19, fehlende Berechnungen gemäss Beilage 20, fehlende Geräte- und Maschinenliste gemäss Beilage 24) und mehrfach abgeändert worden (Auflistungen in Beilagen 17 und 20). Zusätzlich hätten die Beschwerdeführerinnen Vorgaben nicht beachtet (Lohngruppen statt Schichtarbeit gemäss Beilage 22) und widersprüchliche Angaben gemacht (offerierte Ansätze der Preisanalyse gemäss Beilage 23 fallen teilweise tiefer aus als diejenigen der Kalkulationstabelle gemäss Beilage 22).

6.2 Die Beschwerdeführerinnen hielten dem entgegen, die Sache sei spruchreif. Es lägen keine objektiven Gründe für eine Rückweisung und/oder einen Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vor. Das Angebot erfülle im Rahmen der funktionalen Auslegung sämtliche Anforderungen. Wenn die Vergabestelle nun erstmals im Beschwerdeverfahren formelle Mängel des Angebots und eine fehlende Eignung der Beschwerdeführerinnen geltend machen würde, seien das nur vorgeschobene Argumente, um den direkten Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen zu verhindern. Die Vergabestelle sei auf ihre ursprüngliche Feststellung im Evaluationsbericht, wonach sämtliche Anforderungen erfüllt seien, zu beharren.

6.3 Die Vergabestelle kann einen Anbieter, der die geforderten Eignungskriterien nicht erfüllt, vom Verfahren ausschliessen (vgl. Art. 11 Bst. a aBöB i.V.m. Art. 9 aBöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580). Ebenfalls zulässig kann ein Ausschluss sein, wenn ein Angebot an einem formellen Mangel leidet, beispielsweise, wenn wichtige Angaben oder Unterlagen fehlen oder Ausschreibungsunterlagen eigenmächtig verändert wurden (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). Der Ausschluss kann durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 450). Eine Pflicht dazu, sämtliche Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, in jedem Fall formell vom Verfahren auszuschliessen, auch wenn die Frage insofern in Bezug auf den

Zuschlag nicht relevant ist, weil ein anderer Anbieter, der seinerseits die Eignungskriterien erfüllt, das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat, ergibt sich weder direkt noch indirekt aus dem Gesetz, noch wird eine derartige Pflicht in Lehre oder Rechtsprechung propagiert (Urteil BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 2.2 "Umnutzung Bundesarchiv").

6.4 Die Vergabestelle begründete die Tatsache, ihre Vorbehalte gegenüber den Beschwerdeführerinnen erst im Beschwerdeverfahren vorgetragen zu haben damit, sie habe die Offerten "grosszügig" evaluiert, weil es ihr ein Anliegen gewesen sei, ein Maximum an Offerten im Verfahren zu halten, um den Wettbewerb zu fördern. Deshalb habe sie auch auf allfällige Ausschlüsse von Angeboten verzichtet. Wenn aber nun die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen in Frage stehe, so sei, um dem Grundsatz der Gleichbehandlung gerecht zu werden, derselbe Massstab auch für die beiden anderen Angebote anzuwenden, weshalb die Sache zur erneuten Evaluation an die Vergabestelle zurückzuweisen sei.

6.5 In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführerinnen hätte hier der Wettbewerb insbesondere auch durch die Formulierung von offeneren Eignungskriterien bzw. niedrigeren Auftragsvolumen gefördert werden können. Das von der Vergabestelle gewählte Vorgehen wäre zusätzlich dann problematisch, wenn ungeeignete Anbieter zu (kostenintensiven) Verhandlungen geladen würden (vgl. dazu Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 2.3 "Umnutzung Bundesarchiv"; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 211).

6.6 Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle nun im Beschwerdeverfahren überspitzte formelle Mängel bzw. Eignungsanforderungen geltend gemacht hat, sind aber nicht zu erkennen, dies trotz gewisser Widersprüche im Evaluationsbericht: Einerseits hält der Bericht fest, dass alle drei Angebote die Eignungskriterien erfüllt haben (vgl. dazu Ziff. 3.3 des Evaluationsberichts sowie der entsprechende Vermerk in der rechten Spalte der Evaluationsübersicht zu EK 1, Beilagen 3 und 3E). Andererseits hat die Vergabestelle mehrere Vorbehalte gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerinnen im selben Bericht festgehalten. So führte sie zur administrativen Prüfung der Angebote aus, die Beschwerdeführerinnen hätten das Leistungsverzeichnis angepasst, ohne die ergänzte Position zu begründen (Ziff. 3.2 des Evaluationsberichts). Auch würden Inventarlisten und Ersatzteilverhaltungen fehlen (Beilage 3D). Zusätzlich seien Kalkulationsschemen nicht eingereicht worden (Beilage 3D). Die Vergabestelle erkannte und benannte somit bereits während der Evaluation mehrere Vorbehalte

im Angebot der Beschwerdeführerinnen, die ihrer Ansicht nach problematisch waren. In der Folge verzichtete sie aber offensichtlich auf einen allfälligen Ausschluss, auch weil das Angebot ihrer Ansicht nach nicht das wirtschaftlich günstigste war. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich nachvollziehbar und in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

6.7 Nicht stichhaltig ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Argument der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle sei auf ihre Einschätzung, die Beschwerdeführerinnen nicht ausgeschlossen zu haben, zu behaften, die im Beschwerdeverfahren vorgetragene Vorbehalte seien nicht mehr zu hören. Anfechtungs- und Streitgegenstand im vorliegenden Verfahren ist der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerinnen und die darin implizit mitverfügte Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerinnen. Ob diese Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerinnen darauf zurückzuführen ist, dass die Zuschlagsempfängerinnen das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht haben, oder darauf, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen wegen formeller Mängel bzw. fehlender Eignung ausgeschlossen werden könnte (vgl. E. 6.3 hiervor), stellt demgegenüber eine reine Begründungsfrage dar (vgl. dazu auch das Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 2.7 "Umnutzung Bundesarchiv").

6.8 Grundsätzlich kann die Beschwerdeinstanz gemäss Art. 32 Abs. 1 aBöB einen reformatorischen Entscheid fällen, sofern die Umstände ausreichend klar sind (vgl. Urteil des BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021 E. 4 "Erneuerung Weissensteintunnel"). In Anbetracht des grossen Ermessensspielraums der Vergabestelle hat die Aufhebung der Zuschlagsverfügung (vgl. E. 5.6 hiervor) aber regelmässig die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Folge, allenfalls verbunden mit verbindlichen Weisungen für die erneute Evaluation (BGE 146 II 276 E. 6.2.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1396). Die vorliegende Konstellation ist nicht ausreichend geklärt. Die formelle Prüfung sowie die Prüfung der Eignung, unter Berücksichtigung des neuen Prüfmasstabes gemäss E. 5.5 hiervor, muss wiederholt werden, wobei die Wiederholung dieser Prüfung für sämtliche noch für den Zuschlag in Frage kommenden Angebote vorzunehmen ist (zur erga omnes Wirkung der Aufhebung der Zuschlagsverfügung vgl. BGE 146 II 276 E. 6.3.1).

6.9 Zusammenfassend ist deshalb die Beschwerde – in Bezug auf den Eventualantrag – teilweise gutzuheissen und die Sache zur erneuten Prüfung der formellen Anforderungen und der Eignung der für den Zuschlag in

Frage kommenden Angebote an die Vergabestelle zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

7.

7.1 Sowohl die Beschwerdeführerinnen wie auch die Vergabestelle wiesen bereits vor dem Entscheid zur aufschiebenden Wirkung darauf hin, dass die Rüge der unrechtmässigen bzw. zu tiefen Bewertung des Angebots für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens im Ergebnis nicht von Belang sei.

7.2 Daran hat sich mit dem vorliegenden Entscheid nichts geändert. Das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen ist aufgrund der fehlenden Eignung auszuschliessen, die Sache zur erneuten Prüfung der formellen Anforderungen und der Eignung an die Vergabestelle zurückgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen hatten ursprünglich das zweitplatzierte Angebot eingereicht. Nach dem Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen wäre ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste, auch ohne erneute (und allenfalls bessere) Bewertung, weshalb die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen zu tief bewertet wurde, offenbleiben kann.

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen praxisgemäss als überwiegend obsiegend, auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vergabestellen können keine Verfahrenskosten auferlegt werden (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

8.2 Eine ganz oder teilweise obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten, welcher der Vergabestelle aufzuerlegen sind (vgl. Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 VGKE).

Die Beschwerdeführerinnen haben keine Kostennote eingereicht, weshalb das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten festlegt (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Mit heutigem Urteil ergeht ein Entscheid nach abgeschlossenem

Hauptverfahren, in dem die Beschwerdeführerinnen neben der Beschwerde in einem doppelten Schriftenwechsel mehrfach Stellung genommen haben, vorab auch zur Stellungnahme der Vergabestelle zur aufschiebenden Wirkung. Es erscheint deshalb eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 10'000.– als angemessen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird – in Bezug auf den Eventualantrag – teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Zuschlag vom 6. Oktober 2020 wird aufgehoben und das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen wird ausgeschlossen.

2.

Die Sache wird zur erneuten Prüfung der formellen Anforderungen und der Eignung der übrigen Angebote im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 16'000.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

4.

Den Beschwerdeführerinnen wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 204934; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

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 BGG 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: 30. August 2021