



---

Abteilung II

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

**Geschäfts-Nr. B-5500/2021**  
stm/syr/bda

## **Zwischenentscheid vom 29. Juli 2022**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Christian Winiger, Richter Pietro Angeli-Busi,  
Gerichtsschreiber Cyrill Schäke,

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Matthias Schumacher,  
Strehlgasse 13, 6430 Schwyz,  
Beschwerdeführerin,  
gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Infrastruktur,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb, Felix Tuchschnid und  
Isabelle Hanselmann,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

---

und

**Z.\_\_\_\_\_ AG,**

vertreten durch  
Rechtsanwältin lic. iur. LL.M. Claudia Schneider Heusi,  
Schneider Rechtsanwälte AG,  
Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,  
Beschwerdegegnerin,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlag betreffend das  
Projekt "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020"  
(SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076),

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

**A.a** Am 30. Oktober 2020 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) unter dem Projekttitel "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" (Projekt-ID 209076) einen Lieferauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer: 1153229). Gegenstand der Ausschreibung sind verschiedene Module von Tunnelfunkanlagen sowie Design, Planung, Lieferung, Einbau, Inbetriebsetzung und Zusammenschaltung aller notwendigen Module in Zusammenarbeit mit den SBB-Fachdiensten und anderen Lieferanten der SBB AG zu einem funktionierenden Gesamtsystem. Zudem soll die Anbieterin über den gesamten Life Cycle (12 Jahre) Support und Unterhalt gewährleisten und die Möglichkeit bieten, die Tunnelfunkanlage auf dem Stand der Technik zu halten (Ziff. 2.6 der Ausschreibung).

**A.b** Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**A.c** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, von denen alle evaluiert wurden. Darunter befanden sich dasjenige der X. \_\_\_\_\_ AG und der Z. \_\_\_\_\_ AG.

**A.d** Am 26. November 2021 wurde der Zuschlag im Beschaffungsverfahren "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" an die Z. \_\_\_\_\_ AG erteilt und am 27. November 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1230069) publiziert. Als Preis (Gesamtpreis) wurden Fr. 72'769'402.67 ohne MWST angegeben (vgl. Ziff. 3.2 der am 27. November 2021 publizierten Zuschlagsverfügung).

**A.e** Anlässlich des Debriefings vom 6. Dezember 2021 erteilte die Vergabestelle der X. \_\_\_\_\_ AG ergänzende Auskünfte, insbesondere zum Bewertungsmodell und zur Begründung des Zuschlags (Vorakte 10 "Debriefing").

**B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 gelangte die X. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde gegen die am 27. November 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 26. November 2021 an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Rechtsbegehren:

**In der Sache**

1. Die Zuschlagsverfügung der Vorinstanz vom 27. November 2021 betreffend Projekt Nr. 209076 Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 im offenen Verfahren ist vollumfänglich aufzuheben.
2. Die Zuschlagsempfängerin ist vom Vergabeverfahren betreffend Projekt Nr. 209076 Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020 auszuschliessen.
3. a) Der Zuschlag ist der Beschwerdeführerin zu erteilen oder  
b) eventualiter ist die Streitsache zur Neuurteilung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlages an die Beschwerdeführerin an die Vorinstanz zurückzuweisen;  
c) subeventualiter ist die Streitsache zur Neuurteilung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlages nach den verbindlichen Vorgaben des angerufenen Gerichts zurückzuweisen;
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz, eventuell der Beschwerdegegnerin.

**Im Verfahren**

5. Der Beschwerde sei vorerst superprovisorisch bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Zwischenentscheides und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden.
7. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

**B.b** Zur Beschwerdelegitimation trägt die Beschwerdeführerin vor, sie sei Inhaberin des Tunnelfunksystems X. \_\_\_\_\_ Systemtechnik. Für die Teilnahme am Beschaffungsprojekt Nr. 209076 habe sie sich mit anderen Gesellschaften zum Kompetenznetzwerk XBCD zusammengeschlossen, bestehend aus der X. \_\_\_\_\_ AG, der B. \_\_\_\_\_ AG, der C. \_\_\_\_\_ GmbH

sowie der D. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerde, Rz. 3). Gemäss dem Debriefing vom 6. Dezember 2021 liege sie auf dem dritten Platz bei vier Teilnehmern. Indessen habe die Beschwerdeführerin und nicht die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin nicht alle Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt. Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde die Anbieterin nicht auf den zweiten Platz vorrücken, sondern als Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten (Beschwerde, Rz. 5 f.).

**B.c** Sie begründet ihre Beschwerde in materieller Hinsicht zunächst damit, dass das Zuschlagskriterium ZK01 von grosser Bedeutung sei, da mehr als ein Drittel der Punkte für den Entscheid über den Zuschlag von diesem Kriterium abhängen. Dabei spiele der Evaluationspreis, der sich aus dem Angebotspreis und den Kosten der SBB zusammensetze, eine zentrale Rolle. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich klar, dass der Evaluationspreis Basis für die Berechnung sein müsse. Die Vergabestelle habe nun offenbar jeweils den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat mit Punkten bewertet. Dies sei aber angesichts der massgebenden Formel unzulässig (Beschwerde, Rz. 23).

**B.d** Die Beschwerdeführerin habe mit Blick auf das Zuschlagskriterium ZK03 "Qualität der Referenzen" Grund zur Annahme, dass die Zuschlagsempfängerin nicht über die notwendigen Referenzen verfüge. Damit seien einerseits die Eignungskriterien EK01 und EK02 nicht erfüllt. Andererseits dürfe die Zuschlagsempfängerin unter dem ZK03 keine Punkte erhalten (Beschwerde, Rz. 26 ff.).

**B.e** Die Beschwerdeführerin legt zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" dar, sie habe Grund zur Annahme, dass es sich bei mindestens einem EK01 Referenzobjekt der Zuschlagsempfängerin um das Projekt "Ceneri-Basistunnel" handle. Die Beschwerdeführerin sei damalige Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ AG gewesen. Sie habe das Projekt ebenfalls als Referenzprojekt angegeben, nachdem sie für dieses Projekt die hauseigene Systemtechnik X. \_\_\_\_\_ geliefert habe. Die Beschwerdeführerin müsse bezweifeln, dass die Zuschlagsempfängerin beim Projekt "Ceneri-Basistunnel" eine tragende Rolle eingenommen habe (Beschwerde, Rz. 34).

**B.f** Sollte es sich bewahrheiten, dass die Zuschlagsempfängerin nicht über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verfügt, hätte dies zur

Folge, dass die Zuschlagsempfängerin auch das EK02 "Erprobte Anlage" sowie das ZK03 "Qualität der Referenzprojekte EK01" nicht erfüllt hat (Beschwerde, Rz. 35).

**B.g** Beim Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" habe die Beschwerdeführerin 0 Punkte erhalten. In den Ausschreibungsbedingungen werde ein Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI verlangt, wobei ein vergleichbarer Kodex zulässig sei. Sie habe das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" beigelegt und damit ZK05 erfüllt (Beschwerde, Rz. 31).

### **C.**

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2021 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine zweite Beschwerde ein gegen den Zuschlag vom 26. November 2021, der am 27. November 2021 publiziert wurde (SIMAP-Meldungsnummer 1230069; Projekt-ID 209076); diese wird im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5488/2021 behandelt.

### **D.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 20. Dezember 2021 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Ausserdem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 10. Januar 2022 zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie zur Frage, ob die Vergabe in den Staatsbereich fällt, Stellung zu nehmen. Zudem wurde sie ersucht, innert derselben Frist die vollständigen Akten einzureichen und von der Akteneinsicht auszunehmende Aktenstücke zu bezeichnen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen. Der Zuschlagsempfängerin wurde unter Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme einzureichen. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, bis zum 10. Januar 2022 einen Kostenvorschuss von Fr. 20'000.– in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten zu leisten.

### **E.**

Auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin hat die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. Januar 2022 Stellung genommen zur Frage einer allfälligen Vereinigung der beiden Parallelverfahren und ausgeführt, dass vorderhand kein Antrag auf die Vereinigung der Verfahren B-5488/2021 und B-5500/2021 gestellt werde.

**F.**

**F.a** Mit Verfügung vom 14. Januar 2022 wurde die Beschwerdeführerin ersucht, bis zum 20. Januar 2022 eine Stellungnahme zur Parteirolle der weiteren Unternehmen des Kompetenznetzwerks XBCD einzureichen.

**F.b** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 legte die Beschwerdeführerin dar, sie habe im Beschaffungsprojekt 209076 klar als Generalunternehmerin und nicht im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft oder in einer vergleichbaren Form der Zusammenarbeit offeriert. Sie verweist insbesondere auf den Begleitbrief, in dem von der Beschwerdeführerin einleitend auf das Angebot verwiesen werde, welches durch das Kompetenznetzwerk XBCD, bestehend aus den Firmen X.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zusammen ausgearbeitet worden sei. Im folgenden zweiten Absatz werde klar und unmissverständlich festgehalten, dass die Firma X.\_\_\_\_\_ als Generalunternehmerin die Führerschaft übernehme (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 2).

**G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 reichte die Vergabestelle innert erstreckter Frist ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie stellt folgendes Rechtsbegehren unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin:

Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen.
2. *Eventualiter*: Es sei der Vergabestelle für die Dauer des Verfahrens zu erlauben, der Zuschlagsempfängerin den Auftrag bis zu einem maximalen Auftragsvolumen von CHF 5,000,000.- zu erteilen.
3. Es sei für die Frage der aufschiebenden Wirkung kein weiterer Schriftwechsel durchzuführen.
4. Die Verfahren mit Geschäfts-Nr. B-5488/2021 und B-5500/2021 seien zu vereinen.

**G.b** Die Vergabestelle legt zur Beschwerdelegitimation dar, die Beschwerdeführerin sei mangels materieller Beschwerde nicht zur Beschwerde legitimiert. Der Zusammenschluss in einem Netzwerk zur Teilnahme an der Ausschreibung sei als einfache Gesellschaft zu qualifizieren. Die Beschwerdeführerin sei Teil der Bietergemeinschaft XBCD, wobei sich sämtliche Mitglieder verpflichtet hätten, den Auftrag als Arbeitsgemeinschaft mit gemeinsamen Kräften und Mitteln auszuführen. Im Widerspruch dazu liege der Beschwerde keine Erklärung der anderen drei Gesellschaften bei, wonach sich diese an der Beschwerde beteiligen würden (Vernehmlassung, Rz. 12).

**G.c** Weiter sei die Beschwerde aussichtslos, weil die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien erfülle (Vernehmlassung, Rz. 22 ff.). Zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Referenz 1 (Rosshäusern-Tunnel) sei dieser zurechenbar, weil sie idealtypisch die geforderte Erfahrung in der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Aktiv- und Passivkomponenten aufweisen würde (Vernehmlassung, Rz. 38). Als Referenz 2 (Ceneri-Basistunnel) habe die Zuschlagsempfängerin zudem ein Projekt angegeben, bei dem, wie von Referenz 2 gefordert, mehrere Funkdienste (Bahnkommunikation [GSM-R, Polycom] und öffentlicher Mobilfunk) installiert wurden (Vernehmlassung, Rz. 37 ff.).

**G.d** Das EK02 "Erprobte Anlage" fordere, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin die in der vorliegenden Ausschreibung angebotene Multiband Anlage oder ihre wesentlichen Komponenten bereits für einen Kunden in Betrieb genommen habe (als Pilot- oder Produktive Anlage), was die Zuschlagsempfängerin ohne Weiteres durch ihre Subunternehmerin erfülle (Vernehmlassung, Rz. 43 ff., Rz. 46).

**G.e** Die Vergabestelle äussert sich sodann zum ZK01 "Evaluationspreis". Sie führt dazu aus, sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen erschliesse sich, dass der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet würden (Vernehmlassung, Rz. 56 f.).

**G.f** Zum ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" lässt sie sich vernehmen, die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle keine stichhaltigen Angaben über die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex ge-

macht. Das von der Beschwerdeführerin als Nachweis dargelegte Dokument trage zwar den Titel "Sozial- und Verhaltenskodex"; ein materieller Nachweis finde sich jedoch nicht (Vernehmlassung, Rz. 89 f.).

**G.g** Zur Interessenabwägung im Rahmen des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung macht die Vergabestelle insbesondere geltend, sie und die schweizerische Öffentlichkeit hätten aufgrund der zahlreichen zeitkritischen Projekte, die im Rahmen der Ausschreibung vergeben werden (insbesondere der Gotthard-Scheiteltunnel, der Gotthard Basistunnel, das Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und der Obere Hauenstein Tunnel), ein grosses Interesse daran, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zeitnah abgeschlossen werde. Das erkläre auch den Antrag auf die Bewilligung eines Vorabbezugs (Vernehmlassung, Rz. 93 ff., Rz. 114 ff.).

**G.h** Zur Verfahrensvereinigung hält sie fest, aufgrund der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen und aus Gründen der Verfahrensökonomie beantrage die Vergabestelle die Verfahrensvereinigung. Es gehe inhaltlich um denselben Sachverhalt und es würden sich ähnliche, zuweilen sogar identische Rechtsfragen stellen und die Beschwerdeführerinnen hätten kongruente Rügen vortragen lassen (Vernehmlassung, Rz. 119).

## **H.**

**H.a** Mit Eingabe vom 20. Januar 2022 hat die Z. \_\_\_\_\_ AG innert erstreckter Frist ebenfalls zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung genommen. Die Zuschlagsempfängerin hat sich als Beschwerdegegnerin konstituiert und beantragt unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin Folgendes:

1. Auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Zuschlagsempfängerin sei für die Einreichung bzw. Ergänzung der Vernehmlassung zur Hauptsache eine angemessene Frist anzusetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin.

Weiter stellt sie folgende prozessualen Anträge:

1. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.

2. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
3. Über den Antrag der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht sei im Hauptverfahren zu entscheiden; eventualiter seien die von der Vergabestelle einzureichenden und/oder in vorliegender Vernehmlassung gekennzeichneten Geschäftsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin auszunehmen und vertraulich zu behandeln.

**H.b** Sie teilt zunächst die Auffassung der Vergabestelle, dass die Tatsache, dass die Beschwerde nur von der X. \_\_\_\_\_ AG und nicht von sämtlichen Mitgliedern einer Arbeitsgemeinschaft unterzeichnet und eingereicht worden sei, zu einem Nichteintreten mangels Legitimation führen müsse (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 10).

**H.c** Zur Vereinigung der Verfahren legt sie dar, die Beschwerdegegnerin stelle sich der Vereinigung der Verfahren B-5488/2021 und B-5500/2021 nicht entgegen (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 11).

**H.d** Materiell führt sie insbesondere aus, sie erfülle das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftrags Erfüllung". Sie habe als Generalunternehmerin für das Referenzprojekt 1 "BLS Doppelspurausbau Rosshäusern-Mauss" fungiert, wobei das damals zu realisierende Leistungspaket auch den Bereich Telekommunikation umfasste (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 28 f., Rz. 33).

Auch mit dem Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" halte sie die Anforderungen des EK01 ein und dieses sei ihr zurechenbar. Die diesbezügliche Referenz erfolge über ihre Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG, welche als Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ AG die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems übernommen habe. Schliesslich sei das Referenzprojekt 2 mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 f., Rz. 43 ff.).

## I.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Verfügung vom 21. Januar 2022 festgehalten, dass eine Vereinigung der Verfahren nicht sinnvoll erscheine. Dies insbesondere nachdem zusätzlich im vorliegenden Verfahren die Legitimation der Beschwerdeführerin bestritten worden sei, womit sich die Verfahren in einem weiteren Punkt unterscheiden würden. Indessen sei zwecks Vermeidung von widersprüchlichen Entscheiden derselbe Spruchkörper eingesetzt worden.

**J.**

Mit Eingabe vom 31. Januar 2022 reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zur Beschwerdelegitimation ein. Die Vergabestelle habe davon ausgehen müssen, dass das Kompetenznetzwerk XBCD das Begleitschreiben und damit das Angebot als Arbeitsgemeinschaft eingereicht habe. Es habe vor diesem Hintergrund nicht überrascht, dass sich das Kompetenznetzwerk in zahlreichen Unterlagen als ARGE bezeichne. Die Beschwerdeführerin, die allein und nur für sich handle, sei dementsprechend nicht zur Beschwerde legitimiert.

**K.**

**K.a** Mit Verfügung vom 2. Februar 2022 gingen Akten in abgedeckter Form gemäss Abdeckungsvorschlag vom 27. Januar 2022 (und den Ergänzungen der Beschwerdegegnerin und Vergabestelle vom 31. Januar 2022 bzw. 1. Februar 2022) an die Beschwerdeführerin.

**K.b** Mit Verfügung vom 7. Februar 2022 wurden der Beschwerdeführerin ausgewählte Beilagen der Vernehmlassung gemäss Abdeckungsvorschlägen der Vergabestelle vom 1. Februar 2022 zugestellt.

**L.**

**L.a** Mit Eingabe vom 21. Februar 2022 replizierte die Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist. Sie hält an ihren bisherigen Anträgen fest und stellt zudem folgende Anträge:

1. Der Beschwerde sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle bis dann alle Vollzugsverhandlungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, insbesondere der Abschluss eines Rahmenwerkvertrages für die Erstellung von Anlagen sowie einen Support- und Wartungsvertrag für diese Anlagen, oder entsprechende Teil- oder Vorverträge hierzu mit der Zuschlagsempfängerin, zu untersagen.
2. Die von der Vergabestelle mit Stellungnahme vom 20. Januar 2022 gestellten Rechtsbegehren sowie die prozessualen Anträge Ziff. 1 bis 4 seien – soweit diese zwischenzeitlich nicht bereits vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig entschieden worden sind – vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
3. Die von der Beschwerdegegnerin mit Stellungnahme vom 20. Januar 2022 gestellten Anträge Ziff. 1 bis 4 sowie die prozessualen Anträge 1 bis 3

seien – soweit diese zwischenzeitlich nicht bereits vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig entschieden worden sind – vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

4. Prozessual wird beantragt, dass in Zukunft unaufgeforderte Eingaben von allen Parteien aus dem Recht gewiesen werden.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle und/oder der Beschwerdegegnerin.

**L.b** Die Beschwerdeführerin führt zur Eingabe der Vergabestelle vom 31. Januar 2022 insbesondere aus, als der strittige Vergabeauftrag am 9. Januar 2020 auf SIMAP vorangekündigt worden sei, sei zuerst vorgesehen gewesen, dass das Kompetenznetzwerk XBCD als ARGE am Verfahren teilnehme. Diese Vorgehensweise sei schnell wieder zugunsten der Generalunternehmen-Lösung verworfen worden. Versehentlich seien wenige, vereinzelte ARGE-Bezeichnungen in den Unterlagen verblieben (Replik, Rz. 4).

**L.c** Zum Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die Beschwerdeführerin habe offensichtlich eine untaugliche Referenz 2 eingereicht, weil ihre erst am [...] September 2019 ins Handelsregister eingetragene Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG die kumulativ geforderten Leistungsteile Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten im Ceneri-Basistunnel nicht erbracht habe (Replik, Rz. 17 ff.).

**L.d** Weiter lässt sie sich vernehmen, es bestünde keine zeitliche Dringlichkeit. Die Vergabestelle zeige nicht auf, dass mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Tunnelfunk in den betroffenen Tunneln gefährdet wäre (Replik, Rz. 31).

**L.e** Zum Eventualantrag, wonach für die Dauer des Verfahrens die von der Vergabestelle eventualiter beantragte Bewilligung eines Vorabbezugs im Umfang von Fr. 5 Mio. abzuweisen sei, hält sie fest, der von der Vergabestelle beantragte Teilzuschlag hätte offensichtlich negative präjudizierende Wirkung (Replik, Rz. 40).

#### **M.**

Am 3. März 2022 reichte die Vergabestelle ihre Duplik ein. Sie hält fest, die vorliegend für das EK01 relevante und im Markt nur schwer zu substituierende Erfahrung liege bei der Schlüsselperson F. \_\_\_\_\_. F. \_\_\_\_\_ sei vom Mai 2018 bis September 2019 als Projektleiter bei der ARGE

G.\_\_\_\_\_ für das Projekt Ceneri-Basistunnel angestellt und als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen. Es sei gemäss Referenzauskunft hauptsächlich F.\_\_\_\_\_ zu verdanken, dass im Ceneri-Basistunnel ein funktionierendes Gesamtsystem für die Tunnelfunkanlage entstanden sei (Duplik Vergabestelle, Rz. 9 ff.). F.\_\_\_\_\_ habe sich während der Dauer des Referenzprojektes selbstständig gemacht, indem er sein Know-how in die neu gegründete Firma D.\_\_\_\_\_ AG eingebracht habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 12).

#### **N.**

Am 3. März 2022 reichte die Beschwerdegegnerin ihre Duplik ein. Sie hält zum EK01, Referenz 2, fest, es sei zwar korrekt, dass die D.\_\_\_\_\_ AG erst im Verlauf des Projekts Ceneri-Basistunnel gegründet worden sei. Die Beschwerdeführerin übersehe bei ihrer Argumentation aber, dass die erforderliche Erfahrung und Fachkompetenz bezüglich Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage durch den Gründer und Geschäftsführer der D.\_\_\_\_\_ AG, Herrn F.\_\_\_\_\_, der D.\_\_\_\_\_ AG und somit der Beschwerdegegnerin als sogenannte "personenbezogene Referenz" zuzurechnen sei (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 8 f.).

#### **O.**

Mit Eingabe vom 11. März 2022 reichte die Beschwerdeführerin ihre Stellungnahme zur Duplik ein. Zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" hält sie fest, die Ausschreibungsbedingungen könnten nur als unternehmensbezogene Referenz und nicht als personenbezogene Referenz verstanden werden. Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin sei die D.\_\_\_\_\_ AG und weder F.\_\_\_\_\_ noch die E.\_\_\_\_\_ AG (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 4). Es sei von einer untauglichen Referenz auszugehen (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 6a).

#### **P.**

Mit Eingabe vom 21. März 2022 reichte die Beschwerdegegnerin ihre beschränkte Stellungnahme zur abschliessenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin ein. Sie legt dar, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin sei es zur Erfüllung des EK01 nicht wesentlich, ob F.\_\_\_\_\_ tatsächlich bereits in der Konzeptphase an der Planung mitgewirkt habe. Namentlich zeuge eine komplette Überarbeitung der Dokumente gerade davon, dass F.\_\_\_\_\_ über genügend Fachkompetenz zur Planung einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten verfüge, wäre es ihm doch sonst nicht gelungen, diese so erfolgreich umzusetzen (Stellungnahme vom 21. März 2022, Rz. 1 f.).

**Q.**

Mit Eingabe vom 22. März 2022 reichte die Vergabestelle ihre beschränkte Stellungnahme zur abschliessenden Stellungnahme der Beschwerdeführerin ein. Insbesondere sei es erstellt, dass die Planung der Tunnelfunkanlage vor der Anstellung von F.\_\_\_\_\_ grobe Mängel aufwies. Das Linkbudget zur Tunnelfunkanlage, die zentrale und wichtigste Planungsgrundlage, sei am 21. Februar 2018 mangelhaft (nicht prüfbar) gewesen. F.\_\_\_\_\_ habe das Detailprojekt, insbesondere das Linkbudget und das Realisierungspflichtenheft, während seiner Tätigkeit ab Mai 2018 komplett überarbeitet (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 1 ff.).

**R.**

Mit Verfügung vom 23. März 2022 wurde festgehalten, dass ein weiterer Schriftenwechsel im Zwischenverfahren zur aufschiebenden Wirkung nicht vorgesehen sei.

**S.**

Mit Zwischenverfügung vom 6. April 2022 verfügte der Instruktionsrichter bezüglich des Eventualantrags der Vergabestelle, dass es der Vergabestelle erlaubt werde, entsprechend dem Betrag von Fr. 1.5 Mio. bzw. dem Anbieterpreis für den "Gotthard-Scheiteltunnel" nach ihrer Wahl entweder Leistungen bei der Beschwerdegegnerin zu beziehen oder bei der bisherigen Betreiberin/Hardware-Lieferantin Wartungsdienstleistungen oder eine neue Anlage zu beziehen (Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Betreffend das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" werde es der Vergabestelle erlaubt, entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. Leistungen von einer am strittigen Beschaffungsverfahren teilnehmenden Anbieterin nach ihrer Wahl zu beziehen. Soweit die Vergabestelle zwei Anbieterinnen berücksichtigen bzw. zwei Vorprojekte erarbeiten wolle, erhöhe sich der Betrag entsprechend. Soweit der Aufwand für das "Vorprojekt Gotthard Basistunnel" Fr. 3.5 Mio. übersteigen sollte, sei dies dem Gericht unaufgefordert anzuzeigen (Ziff. 2 und 3 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Soweit weitergehend werde der Antrag auf Erlaubnis eines Vorabbezugs von Teilleistungen abgewiesen (Ziff. 4 der Zwischenverfügung vom 6. April 2022). Diese Verfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**T.**

Am 20. Juli 2022 wurden der Beschwerdeführerin mit dem Einverständnis

von Vergabestelle und Beschwerdegegnerin weitere Aktenstücke betreffend eine Referenzauskunft zum Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" der Beschwerdegegnerin für das EK01 zugestellt.

## **U.**

Nachdem die Beschwerdegegnerin und die betroffenen Subunternehmerinnen C. \_\_\_\_\_ GmbH und B. \_\_\_\_\_ AG ihr Einverständnis erklärt hatten, wurde der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. Juli 2022 offenlegt, dass besagte Subunternehmerinnen im strittigen Vergabeverfahren an drei Offerten mitbeteiligt sind.

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

### **1.**

**1.1** Am 1. Januar 2021 ist 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 GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]), in Kraft getreten. 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]"; Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 1 "Google / Public Cloud").

**1.2** Der hier zu beurteilende Auftrag "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" wurde am 30. Oktober 2020 im offenen Verfahren ausgeschrieben (Projekt-ID 209076; Meldungsnummer: 1153229). Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden.

**1.3** Folglich ist auf das hier zu beurteilende, mit Publikation der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 eingeleitete und mit am 16. Februar 2021 einzig hinsichtlich der Eingabefrist und der Offertöffnung berichtigte Verfahren prima facie das alte Recht anwendbar (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff.] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [aVöB; AS 1996 518 ff. bzw. AS 2009 6149 ff.]).

## **2.**

**2.1** Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und Bst. d aBöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

**2.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**2.3** 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. dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

## **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. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**3.2** Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen die Zwischenentscheide des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 4.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

**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-Services 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten,

gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "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 25. November 1994 in der Fassung vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) 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 "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609 ff.]) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 2.3 "Google / Public Cloud").

#### **4.**

In einem ersten Schritt ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

**4.1** Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 1994 unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.1 "Produkte zur Innenreinigung II"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 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.

**4.2** Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen

Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [SR 0.172.052.68]) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1483/2022 vom 13. Juli 2022 E. 1.2.1 "Erneuerung Weissensteintunnel II").

**4.3** Die Vergabestelle ist die SBB AG, also eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB). Vorliegend ist unbestritten, dass die Lieferung von Tunnelfunkanlagen funktionell mit dem Bereich Verkehr zu tun hat und die Leistungen dem Bahnbetrieb zumindest funktionell dienen. Die Vergabestelle ist demnach insoweit nicht vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommen.

**4.4** Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich in den Staatsvertragsbereich fällt und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA 1994). Ein Lieferauftrag ist gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a aBöB ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich unter anderem um die Lieferung von Modulen von Tunnelfunkanlagen (Ziff. 2.6 der Ausschreibung), womit insofern ein Lieferauftrag ausgeschrieben wurde. Da die Ausschreibung auch den Ersatz bestehender Tunnelfunkanlagen und den Einbau und die Inbetriebsetzung der neuen Tunnelfunkanlagen in Tunneln vorsieht (Ziffer 2.6 der Ausschreibung), stellt sich die Frage, ob jedenfalls insoweit von Bauarbeiten auszugehen ist. Massgebend ist die zentrale Produktklassifikation (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). Namentlich könnte bei der Tunnelinstallation eine Leistung im

Sinne der CPC Gruppe 516 "Einrichtungsarbeiten von Installationen" gegeben sein (vgl. das Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 1.8 "Lüftung Belchentunnel", wonach bei der Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung der Lüftungssteuerung in einem Tunnel von einem Bauauftrag ausgegangen wurde). Im vorliegenden Zusammenhang kann allerdings mit Blick auf die nachstehenden Ausführungen betreffend Schwellenwert offenbleiben, ob die Leistungen als Lieferung oder als Bauarbeiten zu qualifizieren sind. Soweit auch Unterhaltsarbeiten Teil der nachgefragten Leistung sind, sind diese im Vergleich zu Lieferung bzw. Einbau im Rahmen einer gemischten Leistung jedenfalls von untergeordneter Bedeutung.

Der im Zuschlag angegebene Preis von Fr. 72'769'402.67 (Zuschlag, Ziff. 3.2) liegt deutlich über dem Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2019 4104]). Zugleich wäre auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8.7 Mio (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 aVöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021) überschritten.

**4.5** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor.

**4.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die angefochtene Ausschreibung prima facie in den Anwendungsbereich des aBöB fällt.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass in der Ausschreibung (Ziff. 1.9), der Berichtigung (Ziff. 1.5) und die Publikation des Zuschlags (Ziff. 1.5) jeweils "Staatsvertragsbereich Nein" angegeben war und dies in Ziff. 4.4 des Zuschlags ausformuliert wurde. Folgerichtig begründet die Vergabestelle die falsche Bezeichnung "Staatsvertrag Nein" mit einem Systemupdate von SIMAP (Vernehmlassung, Rz. 6 f.). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**5.**

**5.1** Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen

Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management" und B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA"; vgl. E. 3.3 hiervor).

**5.2** 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 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" 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).

### **5.3**

**5.3.1** Zur Legitimation bringt die Beschwerdeführerin namentlich vor, gemäss Aktennotiz Debriefing vom 6. Dezember 2021 liege sie auf dem dritten Platz bei vier Teilnehmern. Indessen habe die Beschwerdeführerin und nicht die Beschwerdegegnerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Ferner habe die Beschwerdegegnerin nicht alle Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt. Bei Gutheissung der vorliegenden Beschwerde würde die Beschwerdegegnerin ausgeschlossen werden und Beschwerdeführerin nicht nur auf den zweiten Platz vorrücken, sondern als Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag erhalten. Sie habe daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sei (Beschwerde, Rz. 5 f.).

**5.3.2** Zur Beschwerdelegitimation ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin formell beschwert ist, denn sie hat als Anbieterin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich berührt, weil ihr der Zuschlag nicht erteilt wurde.

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

Die Frage, ob der Beschwerdeführer eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rendre vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 5.1.2 "Elementsysteme ETH").

**5.3.4** Im vorliegenden Fall beantragt die im dritten Rang platzierte Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde, der Zuschlag sei aufzuheben (1), die Zuschlagsempfängerin auszuschliessen (2), der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen oder eventualiter die Streitsache an die Vergabestelle zur Neubeurteilung zurückzuweisen oder subeventualiter nach verbindlichen Vorgaben des Gerichts zurückzuweisen (3). Die Beschwerdeführerin rügt insbesondere, die Beschwerdegegnerin sei vom Verfahren auszuschliessen, weil sie das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht erfülle (Beschwerde, Rz. 33 ff.). Ferner habe die Vergabestelle das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" vergaberechtswidrig angewandt, indem sie entgegen den Ausschreibungsunterlagen sowohl den Angebotspreis als auch die "SBB-Kosten" mit Punkten bewertet habe (Beschwerde, Rz. 23 ff.) und unter dem ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" hätte die Beschwerdeführerin mindestens sechs Punkte erhalten sollen (Beschwerde, Rz. 31).

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Ausschlussrüge nicht durchdringen würde, müsste sie bei einer Gesamtpunktzahl von 500 Punkten als

Dritte (324 Punkte) weitere 15 Punkte erhalten, um die Anbieterin auf dem ersten Platz (338 Punkte) einzuholen. Die Beschwerdeführerin erhielt unter ZK01 "Evaluationspreis" 112 von 200 Punkten und könnte aufgrund ihres kompetitiven Evaluationspreises bei anderer Berechnung bis zu 88 zusätzliche Punkte, jedenfalls aber so viele Punkte erhalten, dass sie dank der Neubewertung unter ZK01 "Evaluationspreis" sowohl die Beschwerdegegnerin als auch die zweitplatzierte Anbieterin überholt. Unter dem ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" hat sie 0 von 10 Punkten erhalten, womit noch 10 Punkte erreichbar wären (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Bewertung Mastertabelle", "TFK 2020 Übersicht Zuschlagskriterien"). Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertung unter ZK01 und ZK05 rügt, hätte die Beschwerdeführerin, die den dritten Platz einnimmt, nebst der Aufhebung des Zuschlags auch eine Chance auf Anpassung der Ausschreibungsunterlagen, was ihr im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens die Möglichkeit eines neuen Angebots und die Erzielung der 15 Punkte für den ersten Platz und somit eine reelle Chance auf den Zuschlag im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eröffnen würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 "Monte Ceneri" sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 "IT-Dienste ASALfutur", je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin weist demnach Aussichten auf Erhalt des Zuschlags auf, womit sie insofern zur Beschwerde legitimiert ist.

## **5.4**

**5.4.1** Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin aber auch mit der Begründung, bei einer ARGE müssten alle Mitglieder gemeinsam Beschwerde führen, was vorliegend nicht geschehen sei. Es liege keine Erklärung der anderen drei Beteiligten des Bieternetzes XBCD bei (Vernehmlassung, Rz. 12). Zur Begründung verweist sie auf das Begleitschreiben vom 27. April 2021 zum Angebot der Beschwerdeführerin. Sie hält fest, die Unterzeichnung des Begleitschreibens vom 27. April 2021 und damit des Angebots durch Vertreter aller vier Unternehmen mache deutlich, dass diese das Angebot zusammen als Teil einer Arbeitsgemeinschaft einreichen wollten und eingereicht haben (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 2). Auf den weiteren von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Dokumenten "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout" (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 13 und 13a) und "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 14) sowie auf zahlreichen anderen Dokumenten finde sich

stets auf der zweiten Seite eine Workflow Tabelle, in welcher angegeben werde, dass das Dokument vom sogenannten XBCD freigegeben wurde, was für eine Arbeitsgemeinschaft spreche (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 3). Auf Folie fünf der Anbieterpräsentation vom 23. Juni 2021 werde zwischen Eigenleistung XBCD und Fremdleistung Subunternehmen unterschieden, womit die XBCD Subunternehmen beiziehe, was ebenfalls auf eine ARGE deute (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 6). In mehreren Dokumenten bezeichne das Kompetenznetzwerk XBCD schliesslich das Angebot als dasjenige einer ARGE. Die D.\_\_\_\_\_ AG habe ausserdem in der Selbstdeklaration angegeben, Mitglied einer ARGE zu sein (Stellungnahme vom 31. Januar 2022, Rz. 4 f.). Davon geht im Ergebnis auch die Beschwerdegegnerin aus (Stellungnahme Beschwerdegegnerin vom 20. Januar 2022, Rz. 7).

**5.4.2** Die Beschwerdeführerin entgegnet, sie habe als Generalunternehmen am Beschaffungsprojekt Nr. 209076 teilgenommen. So sei im Begleitbrief des Angebots einleitend auf das durch das Kompetenznetzwerk XBCD ausgearbeitete Angebot verwiesen worden. Im zweiten Absatz werde im zweiten Satz klar und unmissverständlich festgehalten: "Die Führerschaft als Generalunternehmerin übernimmt die Firma X.\_\_\_\_\_". Das Schreiben sei von den jeweiligen Geschäftsführern (CEO) des XBCD unterzeichnet worden (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 2). Weiter sei im Dokument "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout TFK 2020" vom 27. April 2021 in Ziffer 3.1 unmissverständlich festgehalten worden, dass die Beschwerdeführerin für das TFK-Rahmenabkommen beziehungsweise die einzelnen Objekt-Projekte die Generalunternehmerfunktion übernehme (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 3 f.). Auch im Dokument "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, TFK2020 /02.06.03" vom 27. April 2021 werde in Ziffer 1 statuiert, dass die Beschwerdeführerin im Kompetenznetzwerk den wesentlichen Lieferanteil haben wird und somit als Generalunternehmer (GU) am Ausschreibungsverfahren teilnimmt (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 4 f.). Schliesslich sei auch auf die Empfangsbestätigung "Abgabe TFK2020 Angebot der X.\_\_\_\_\_ AG" vom 27. April 2021 zu verweisen, wonach die SBB AG den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen des Kompetenznetzwerks XBCD mit der X.\_\_\_\_\_ als federführende Generalunternehmerin bestätigt. Zudem habe die Vergabestelle ausschliesslich die Beschwerdeführerin als Anbieterin im "Fragenkatalog Block 2" aufgeführt (Replik, Rz. 4). Ferner handle es sich beim Begriff "Kompetenznetzwerk XBCD" um eine marketingtechnische Aussendarstellung, verwendet für eine Zusammenarbeit zwischen Generalunternehmen und Sublieferanten (Eingabe vom 20. Januar 2022, Rz. 5).

### 5.4.3

**5.4.3.1** Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin als Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft oder als Generalunternehmen an der Ausschreibung teilgenommen hat.

**5.4.3.2** Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts können Mitglieder einer nicht berücksichtigten Arbeitsgemeinschaft nur gemeinschaftlich gegen einen Vergabeentscheid Beschwerde führen (BGE 131 I 153 E. 5 "Progiel financier"). Dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesverwaltungsgericht in Abweichung von der Praxis der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) angeschlossen (BVGE 2008/7 E. 2.2.2 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Seither ist diese Rechtsprechung mehrfach bestätigt worden (Urteile des BVGer B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 2 "Klimatisierung Guisanplatz", B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 2.1 "Entwicklungshilfe", B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 3.2 "Serviceanlage Herdern"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1308 mit Hinweisen; MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungswesen des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020, Rz. 192; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 4.6.1 "Weichenschleifleistungen"). Soweit ein Anbieter demgegenüber als Generalunternehmung ein Angebot einreicht, reicht es im Beschwerdeverfahren aus, wenn der Anbieter Beschwerde führt und darzulegen vermag, dass er als Generalunternehmen handelt.

**5.4.3.3** Zur Beurteilung der Prozessrolle der Beschwerdeführerin bzw. derjenigen der XBCD ist im Folgenden auf die einschlägigen Vorakten einzugehen. Das Begleitschreiben zum Angebot des Kompetenznetzwerks XBCD "Offerte für das Projekt Mobilfunk in Bahntunneln TFK2020", datierend vom "27.04.201", womit prima facie der 27. April 2021 gemeint ist, wurde von Vertretern sämtlicher Teilnehmer des Kompetenznetzwerkes XBCD unterschrieben. Es enthält folgende Ausführungen zur Rolle der Beschwerdeführerin in der XBCD (Vorakte 6 "Angebote", "TFK2020 XBCD Begleitbrief"; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 20. Januar 2022, Beilage 12):

"Gerne erhalten Sie beiliegend unser Angebot, welches das Kompetenznetzwerk XBCD, bestehend aus den Firmen X.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, und D.\_\_\_\_\_, zusammen ausgearbeitet hat. [...] Die Führerschaft als Generalunternehmerin übernimmt die Firma X.\_\_\_\_\_."

Auch im Dokument "Beschreibung Zusammenarbeit & Rollout TFK 2020" vom 27. April 2021 wird in Ziffer 3.1 (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 13 und 13a) und im Dokument "EK03 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, TFK2020 /02.06.03" vom 27. April 2021 in Ziffer 1 (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Beilage 14) auf die Rolle der Beschwerdeführerin als Generalunternehmen hingewiesen.

**5.4.3.4** Ferner wurden die Anbieterinnen zur Selbstauskunft aufgefordert, ob sie ein "Einzelunternehmer", "Gesamtunternehmer GU", "Federführendes Unternehmen einer ARGE", "Mitglied einer ARGE" oder "Subunternehmerin" sind. Die X.\_\_\_\_\_ AG bezeichnet sich in der Selbstauskunft (ohne Datum) als "Gesamtunternehmer GU" und die " C.\_\_\_\_\_ GmbH" ordnet sich mit Auskunft ohne Datum als Subunternehmerin ein. Die B.\_\_\_\_\_ AG bezeichnet sich in der Auskunft vom 16. April 2021 als "Einzelunternehmer" (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft"; Replik, Beilagen 18-20a). Die Selbstauskunft der D.\_\_\_\_\_ AG vom 26. April 2021 hält fest, die D.\_\_\_\_\_ AG sei ein Mitglied einer ARGE (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft").

**5.4.3.5** Die Beschwerdeführerin reicht schliesslich die Bestätigung der SBB AG vom 27. April 2022 ein, mit welcher sie den Empfang des Angebots der XBCD bestätigt. Dabei äussert sie sich zur Rolle der Beschwerdeführerin wie folgt (Replik, Beilage 15, Auszug):

"Die SBB AG bestätigt den Erhalt der kompletten und ausgefüllten Ausschreibungsunterlagen des Kompetenznetzwerks XBCD mit der X.\_\_\_\_\_ AG [...] als federführende Generalunternehmerin."

**5.4.3.6** Zur Beurteilung, ob die XBCD mit einer Generalunternehmung oder als Arbeitsgemeinschaft ihr Angebot eingereicht hat, ist somit darauf zu verweisen, dass sich aus dem Begleitschreiben zum Angebot der Beschwerdeführerin, der Vorakte "Zusammenarbeit & Rollout" (vgl. E. 5.4.3.3 hiervor) und der Selbstauskunft der am XBCD Netzwerk Teilnehmenden X.\_\_\_\_\_ AG und C.\_\_\_\_\_ GmbH (vgl. E. 5.4.3.4 hiervor) ergibt, dass ausdrücklich vorgesehen und erklärt worden war, dass die XBCD ein Angebot einreicht und von den XBCD Mitgliedern die X.\_\_\_\_\_ als Generalunternehmerin und die weiteren XBCD Mitglieder als Subunternehmen auftreten. Zudem hat auch die Vergabestelle dies so bestätigt (vgl. E. 5.4.3.5 hiervor).

Demgegenüber hat sich die D.\_\_\_\_\_ AG mit ihrer Selbstauskunft als ARGE-Mitglied bezeichnet, und die B.\_\_\_\_\_ AG benennt sich als Einzelunternehmen (Vorakte 6 "Angebot", "Nachweis Eignungskriterien", "Selbstauskunft"; Replik, Beilage 19 / 19a). Auch in den weiteren Unterlagen des Angebots der XBCD wird vereinzelt der Begriff der ARGE verwendet, namentlich in den Kopfzeilen des "Prüfprotokoll saubere Spektren, TFK2020, 03.04.01 A07" und in einzelnen Kopfzeilen im "Technischen Lösungskonzept", TFK2020, 03.03.01" sowie bei der Beschreibung des weiteren Vorgehens im "Protokoll - Konzept, TFK2020, 03.04.01 A59".

**5.4.3.7** Das Gesamtbild zeigt prima facie, dass im in Frage stehenden Angebot in Bezug auf die Prozessrolle unterschiedliche Angaben gemacht werden, worauf die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend hinweisen. Indessen kommt dem Begleitschreiben, in welchem ausgeführt wird, dass die X.\_\_\_\_\_ AG als Generalunternehmerin fungiert, eine nicht unerhebliche Bedeutung zu. Damit kann prima facie jedenfalls entgegen der Auffassung der Vergabestelle nicht davon ausgegangen werden, dass das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht einzutreten ist mit der Begründung, es liege eine ARGE vor, wobei sich nicht alle Mitglieder derselben als Beschwerdeführerinnen konstituiert hätten.

## **6.**

**6.1** Die Beschwerdeführerin rügt ferner eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) und Akteneinsichtsrechts. Sie begründet diese damit, dass sich die Vergabestelle geweigert habe, nach Art. 23 Abs. 2 Bst. c und e aBöB nähere Angaben zum Evaluationspreis der Beschwerdegegnerin bekannt zu geben. Auch anlässlich des Debriefings vom 6. Dezember 2021 habe die Beschwerdeführerin keine Angaben erhalten, die es ihr erlaubt hätten, ihr Argument zur Falschberechnung des ZK01 "Evaluationspreis" durch die Vergabestelle mit der Zusammensetzung des Evaluationspreises der anderen Anbieter, insbesondere der Beschwerdegegnerin bzw. der von dieser erhaltenen Anzahl Punkte zu vergleichen (Beschwerde, Rz. 12).

**6.2** Die Vergabestelle entgegnet, Anbieterinnen könne kein unbeschränkter Zugang zu vertraulichen Informationen gewährt werden. Das Absageschreiben vom 27. November 2021 erfülle die Anforderungen gemäss Art. 23 aBöB. Es sei zulässig, die Zuschlagsverfügung im Rahmen eines Debriefings zu begründen, sofern das Briefing zeitnah nach dem Zuschlag

erfolge. Nach dem Debriefing vom 6. Dezember 2021 habe sich ein Vertreter der Beschwerdeführerin gemeldet und auf ein nachträglich reduziertes Angebot der Beschwerdeführerin hingewiesen. Erst durch dieses Telefon habe die Vergabestelle erkannt, dass im physischen Ordner zwei Versionen der Preisblätter eingefügt waren. Aufgrund des Hinweises habe die Vergabestelle eine Neuberechnung getätigt und am 8. Dezember 2021 ein erneutes Debriefing durchgeführt (Vernehmlassung, Rz. 80 ff.).

**6.3** Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen namentlich zu begründen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1071). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a aBöB enthält Art. 23 aBöB eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 aBöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 aBöB; BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3 "pianificatore generale Bellinzona"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019 "Betankungsanlagen", auszugsweise publiziert in BVGE 2019 IV/2, nicht publizierte E. 3.3; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243 f.; siehe zum Ganzen die Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I").

**6.4** Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den Zuschlag im Rahmen der Zuschlagspublikation (Ziffer 3.3) dahingehend begründet, dass das berücksichtigte Angebot das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss den publizierten Zuschlagskriterien sei. Der Beschwerdeführerin ist dahingehend beizupflichten, dass diese Leerformel allein nach der Rechtsprechung auch den nicht sehr hohen Anforderungen an eine summarische Begründung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 aBöB nicht genügt (BVGE 2018 IV/11

E. 2.3 "pianificatore generale Bellinzona"). Indessen hat die Beschwerdeführerin darüber hinaus ein individuelles Absageschreiben vom 27. November 2021 erhalten, mit welchem darauf hingewiesen worden ist, dass die Zuschlagsempfängerin für ZK01 die meisten Punkte und für ZK05 fünf Punkte mehr als die Beschwerdeführerin erhalten hat. Damit sind insgesamt die Anforderungen an die summarische Begründung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 aBöB prima facie erfüllt.

**6.5** Mit Debriefing vom 6. Dezember 2021 wurde der Beschwerdeführerin der Preis des berücksichtigten Angebots mitgeteilt, ohne dass die beiden Komponenten "Angebotspreis" und die "SBB-Kosten" mitgeteilt worden wären (Vorakte 10 "Debriefing", "Debriefing vom 6. Dezember 2021").

Die Beschwerdeführerin hat dagegen die Bekanntgabe des aufgeschlüsselten Angebotspreises, namentlich der einzelnen Kostenkomponenten "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" gefordert, um ihre Bewertungsrüge betreffend das ZK01 "Evaluationspreis" zu begründen. Klar ist zunächst, dass die Gesamtsumme von Preis und Kosten mitgeteilt worden ist. Es stellt sich indessen die Frage, ob die SBB-Kosten gestützt auf Art. 23 Abs. 2 aBöB nicht separat mitzuteilen gewesen wären. Dazu ist erstens festzuhalten, dass die Kosten nicht zum Beschaffungspreis im klassischen Sinne gehören (Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1") und zweitens, dass für Preis und Kosten separate Gewichtungen vorgesehen waren, womit die Vergabestelle im Übrigen auch begründet, dass Preis und Kosten separat zu bewerten waren (vgl. dazu E. 9.2.1 hiernach). Auch in Bezug auf Art. 23 Abs. 3 Bst. b aBöB stellt sich die Frage, ob die Offenlegung der Summe der SBB-Kosten bereits berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Zuschlagsempfängerin zuwidergelaufen wäre, da in der Regel vor allem Detailkalkulationen als Geschäftsgeheimnis zu qualifizieren sind (Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin nicht als offensichtlich unbegründet. Indessen wäre selbst für den Fall, dass insoweit von einer Gehörsverletzung auszugehen sein sollte, diese prima facie jedenfalls nicht von einer Schwere, die als solche bereits die Aufhebung des Zuschlags oder die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde (vgl. das Urteil B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.4 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"). Ausserdem sind der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren die SBB-Kosten der Beschwerdegegnerin separat offen gelegt worden. Angesichts dieser Ausgangslage ist schliesslich in Bezug auf den von der Beschwerdeführerin

gestellten Antrag insbesondere auf Parteibefragung darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Zwischenverfahrens zur aufschiebenden Wirkung in der Regel keine Einvernahmen durchgeführt werden (Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.10 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten").

## **7.**

**7.1** Die Beschwerdeführerin fordert sodann den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vom Beschaffungsverfahren mit der Begründung, sie erfülle die Eignungskriterien EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" und EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" nicht.

## **7.2**

**7.2.1** Gemäss Art. 9 Abs. 1 aBöB kann die Vergabestelle die Anbieter auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 aVöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 aVöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Eignungskriterien beziehen sich auf die Person des Anbieters, auf dessen Organisation, das Personal und allgemein auf dessen Leistungsfähigkeit (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.5 "Produkte zur Innenreinigung III").

**7.2.2** Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 aBöB). So ist es der Vergabe-

behörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel").

**7.2.3** Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (vgl. den neurechtlichen Art. 27 Abs. 2 BöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.1 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). 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 zu sichern 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). Als Nachweise 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. nach neuem Recht Art. 27 BöB und Anhang 3 Ziff. 12 VöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.3 und E. 5.4 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.3** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht zunächst, die Beschwerdegegnerin erfülle das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht (Replik, Rz. 14 ff.). Zur Prüfung der Rüge ist vorab auf das EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" einzugehen. Das Eignungskriterium EK01 wurde in Ziffer 3.7 der Ausschreibung wie folgt konkretisiert:

EK01 Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

#### Referenz 1

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit Passiv- + Aktivkomponenten

#### Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als 8 Jahre zurückliegen.

Der damalige Kunde muss mit Namen und Kontaktangaben aufgeführt sein, so dass allfällige Rückfragen direkt beim Kunden eingeholt werden können.

## 7.4

**7.4.1** Die Beschwerdeführerin legt dar, die Beschwerdegegnerin halte das Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht ein, weil die Beschwerdegegnerin für das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" ihre Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG beigezogen habe, die beim Projekt Ceneri-Basistunnel vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 als Subunternehmerin der Firma E. \_\_\_\_\_ AG die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems übernommen habe. Die D. \_\_\_\_\_ AG habe daher im Ceneri-Basistunnel keine *Planungs- und Realisierungsarbeiten* erbracht, wie sie für den Referenznachweis gemäss EK01 verlangt würden. Dies werde dadurch belegt, dass die D. \_\_\_\_\_ AG erst am [...] September 2019 gegründet worden sei. Die Einbauarbeiten der Bahntechnik und der Telekom- und Funkanlagen im Ceneri-Basistunnel sowie die Inbetriebnahme, bestehend aus Einschalten der Anlage, Funktionsprüfung und Einpegeln der Signale, seien schon vor ihrem Gründungsdatum beendet worden. Vielmehr sei die ARGE G. \_\_\_\_\_ (...) im Ceneri-Basistunnel für das Los Bahntechnik und die Gesamtkoordination verantwortlich gewesen. Die D. \_\_\_\_\_ AG sei weder auf der Website der ARGE G. \_\_\_\_\_ noch in der Medienmitteilung erwähnt worden (Replik, Rz. 14 ff, 19 ff.; Beschwerde, Rz. 34).

Demgegenüber werde in der von der Vergabestelle eingereichten undatierten Referenz der D.\_\_\_\_\_ AG (Vernehmlassung, Beilage 12) festgehalten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG folgende Leistungen erbracht habe: "Projektleitung und Koordination Tunnelfunksystem mit den Providern (GSMR, Polycorn und den öffentlichen Systemen) sowie gegenüber dem Bauherrn ATG". Die D.\_\_\_\_\_ AG habe diese Aufgabe von H.\_\_\_\_\_ übernommen, der von Mai 2018 bis September 2019 als Bereichsleiter Funk seitens der ARGE G.\_\_\_\_\_ für die Firma E.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei. Die D.\_\_\_\_\_ AG könne diese Leistungen daher erst ab September 2019 erbracht haben. Nachdem in diesem Zeitpunkt bereits sämtliche Fahrleitungs-, Bahnstrom- sowie Stromversorgung, Kabel-, Telekom- und Funkanlagen im Ceneri-Basistunnel eingebaut waren, liege es auf der Hand, dass es in Bezug auf die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems nur noch um den Vollzug bereits erbrachter Leistungen gegangen sei (Replik, Rz. 21).

**7.4.2** Die Beschwerdeführerin begründet weiter, die Ausschreibungsbedingungen gemäss EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" könnten nur als **unternehmensbezogene Referenz** und nicht als personenbezogene Referenz verstanden werden. Die relevante Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin sei damit nicht F.\_\_\_\_\_ oder die E.\_\_\_\_\_ AG, sondern die D.\_\_\_\_\_ AG. Dieser Schluss sei zu ziehen, weil bei EK06 "Sprache" explizit Sprachkenntnisse für Schlüsselpersonen verlangt würden, wohingegen bei EK01 keine Schlüsselpersonen erwähnt würden. Dafür spreche auch, dass sich die Fachkompetenz einer Unternehmung nicht nur im Kopf einer Person abspiele, sondern auch in Geschäftsgeheimnissen, Schutzrechten und Erfindungen verwirkliche, welche dem Arbeitgeber gehörten. Es könne nicht gesagt werden, die Erfahrung und Fachkompetenz aus dem Ceneri Projekt sei mit F.\_\_\_\_\_ vollständig von der E.\_\_\_\_\_ AG auf die D.\_\_\_\_\_ AG übergegangen. Beim Umfang und der Dauer des vorliegenden Vergabeprojekts könnte es auch kaum angehen, dass dieses auf den Schultern einer einzigen Schlüsselperson laste (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 4).

**7.4.3** Selbst wenn die **personenbezogene Referenz** zugelassen würde, sei die Referenz von F.\_\_\_\_\_ untauglich. So sei F.\_\_\_\_\_ zwar ab Mai 2018 bei der E.\_\_\_\_\_ AG als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen. Es sei aber falsch, wenn behauptet würde, die Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aufgrund einer Bestelländerung der Bauherrin ATG ab dem 12. Januar 2018 in Angriff genommen worden. Das technische Systemkonzept sei schon deutlich vor

2018 erarbeitet worden, was mit einem Auszug des Realisierungspflichtenhefts vom 18. Mai 2017 belegt werde. H.\_\_\_\_\_ habe das Realisierungspflichtenheft offenbar am 15. Mai 2017 kontrolliert. F.\_\_\_\_\_ beziehungsweise die D.\_\_\_\_\_ AG könnten damit nicht für sich beanspruchen, eigentliche Planungsarbeiten im Ceneri-Basistunnel erbracht zu haben (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 6a-c).

**7.4.4** Schliesslich sei der Einwand unbehelflich, die Beschwerdeführerin verhalte sich widersprüchlich, wenn sie behaupte, die Erfahrung der D.\_\_\_\_\_ AG im Ceneri Projekt reiche zur Erfüllung der Eignungskriterien EK01 nicht aus, sie aber gleichzeitig davon ausgehe, dass **ihr selbst** das Know-how der D.\_\_\_\_\_ AG aus dem Ceneri-Projekt zurechenbar sei. Die D.\_\_\_\_\_ AG werde im Angebot der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin je durch einen Mitarbeiter in Doppelfunktion zusammen mit einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin die Gesamt- und die Objektprojektleitung im TFK 2020 übernehmen. Für dieses Teilprojekt weise die D.\_\_\_\_\_ AG die geforderte Erfahrung auf. Diese Aufgabe könne nicht mit der geforderten Erfahrung und Fachkompetenz als Nachweis für EK01 verglichen werden (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 7). Dass die Beschwerdeführerin im Dokument "EK01 – Referenz 1 – CBT" auch von Planungsarbeiten von F.\_\_\_\_\_ spreche, ändere nichts an der Tatsache, dass diese Planungsarbeiten bereits vor Eintritt von F.\_\_\_\_\_ bei der E.\_\_\_\_\_ AG im Mai 2019 weitestgehend beendet gewesen seien (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 8).

## 7.5

**7.5.1** Die Vergabestelle entgegnet, bei EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" gehe es einzig darum, dass die Anbieterin oder ein Subunternehmer nachweisen könne, dass sie über Erfahrung im Planen und Realisieren von vergleichbaren Referenzprojekten mit mehreren Funkdiensten verfügte. Es sei irrelevant, ob das Unternehmen im Zeitpunkt des Referenzprojekts bereits als wirtschaftlich selbstständige Organisationseinheit bestanden habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 9 f., Rz. 13 f.).

**7.5.2** Die vorliegend für das EK01 relevante und im Markt nur schwer zu substituierende Erfahrung liege bei der Schlüsselperson F.\_\_\_\_\_. F.\_\_\_\_\_ sei vom Mai 2018 bis September 2019 als Projektleiter bei der ARGE G.\_\_\_\_\_ für das Projekt Ceneri-Basistunnel angestellt und als Projektleiter für den Bereich Tunnelfunk "LP70" verantwortlich gewesen.

Zwar sei das Projekt Ceneri-Basistunnel wie von der Beschwerdeführerin korrekt bemerkt bereits im Jahr 2012 gestartet. Die Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aufgrund einer Bestelländerung der Bauherrin ATG ab dem 12. Januar 2018 in Angriff genommen worden (Duplik Vergabestelle, Rz. 10). F. \_\_\_\_\_ habe sich während der Dauer des Referenzprojektes selbstständig gemacht, indem er sein Know-how in die neu gegründete D. \_\_\_\_\_ AG eingebracht habe. Die D. \_\_\_\_\_ AG habe in der Folge das Projekt Ceneri-Basistunnel als Subunternehmerin der ARGE G. \_\_\_\_\_ weitergeführt und zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht. Folglich sei davon auszugehen, dass das unter EK01 relevante Know-how im Zeitpunkt ihrer Gründung auf die D. \_\_\_\_\_ AG übergegangen sei und diese sich die Leistungen von F. \_\_\_\_\_ ab Mai 2018 und damit auch das Projekt Ceneri-Basistunnel als Referenzprojekt anrechnen lassen kann (Duplik Vergabestelle, Rz. 12).

**7.5.3** Die Projektorganisation der ARGE G. \_\_\_\_\_ sei gemäss Referenzauskunft des Projektleiters zur Zeit des Projekts Ceneri-Basistunnel insgesamt mangelhaft gewesen und das Detailprojekt habe vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ erhebliche fachliche und werkvertragliche Mängel aufgewiesen. Es sei gemäss Referenzauskunft vom 22. Juni 2021 hauptsächlich F. \_\_\_\_\_ zu verdanken, dass im Ceneri-Basistunnel ein funktionierendes Gesamtsystem für die Tunnelfunkanlage entstanden sei, da er die Mängel in der Organisation und die Ressourcenknappheit mit viel Fachwissen, richtiger Prioritätensetzung und Engagement kompensiert und das Detailprojekt komplett überarbeitet und zum Erfolg geführt habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 11).

Es sei zwar zutreffend, dass bereits vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ ein Realisierungspflichtenheft entworfen worden sei. Allerdings sei es erstellt, dass die Planung der Tunnelfunkanlage vor der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ grobe Mängel aufwies und die Auftraggeberin sei mit den Leistungen von H. \_\_\_\_\_ nicht zufrieden gewesen, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme (Rz. 6c) selbst zugebe, sodass dieser als Projektleiter ersetzt werden musste. Das Linkbudget zur Tunnelfunkanlage, die zentrale und wichtigste Planungsgrundlage, sei am 21. Februar 2018 mangelhaft (nicht prüfbar) gewesen. F. \_\_\_\_\_ habe das Detailprojekt, insbesondere das Linkbudget und das Realisierungspflichtenheft, während seiner Tätigkeit ab Mai 2018 komplett überarbeitet (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 3 f.).

**7.5.4** Ferner gehe offenbar auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass das Know-how aus dem Projekt Ceneri-Basistunnel der D. \_\_\_\_\_ AG zu-rechenbar sei. Die Beschwerdeführerin führe in ihrem eigenen Angebot nämlich aus, dass ihre ARGE-Partnerin D. \_\_\_\_\_ AG mit F. \_\_\_\_\_ Pro-jektdienstleistungen im Auftrag der ARGE G. \_\_\_\_\_ ausgeführt habe (Duplik Vergabestelle, Rz. 16 f.).

## **7.6**

**7.6.1** Schliesslich äussert sich die Beschwerdegegnerin zum Referenz-projekt 2 unter EK01. Sie führt aus, die D. \_\_\_\_\_ AG habe im Projekt "Ceneri-Basistunnel" als Subunternehmerin der E. \_\_\_\_\_ die Projektlei-tung und Organisation des Tunnelbaus übernommen. Der Einbau des Tun-nelfunksystems sei in Zusammenarbeit mit der Subunternehmerin B. \_\_\_\_\_ AG erfolgt, welche ebenfalls im Angebot der Beschwerdegeg-nerin für das vorliegende Projekt beigezogen werde. Der Nachweis der Er-füllung des Eignungskriteriums EK01, Referenz 2, diene in erster Linie der Sicherstellung, dass die Anbieterin über die nötige Erfahrung verfüge, eine Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten zu planen, zu realisieren und in Betrieb zu nehmen. Zwar sei korrekt, dass die D. \_\_\_\_\_ AG erst im Verlauf des Projekts Ceneri-Basistunnel gegründet wurde. Die erforder-liche Erfahrung und Fachkompetenz bezüglich Planung und Realisierung der Tunnelfunkanlage sei aber durch den Gründer und Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ AG, Herrn F. \_\_\_\_\_, der D. \_\_\_\_\_ AG und somit der Be-schwerdegegnerin als sogenannte "personenbezogene Referenz" zuzu-rechnen (Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 21. März 2022, Rz. 2; Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 6 ff.; Stellungnahme der Beschwer-degegnerin, Rz. 40 ff.).

**7.6.2** F. \_\_\_\_\_ habe zuerst als Angestellter und ohne Frage auch als Schlüsselperson der E. \_\_\_\_\_ AG sowie später als Gründer und Ge-schäftsführer der D. \_\_\_\_\_ AG bedeutend zum Erfolg des gesamten Ceneri-Basistunnels beigetragen (Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 11). Bezeichnend sei die Aussage in der Referenzauskunft, dass das gesamte Projekt im Zeitpunkt der Anstellung von F. \_\_\_\_\_ erhebliche fachliche und werkvertragliche Mängel aufgewiesen habe und es ihm zu verdanken sei, dass es schliesslich technisch freigegeben werden konnte (Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 12; Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 21. März 2022, Rz. 2).

**7.6.3** Schliesslich legt sie dar, es sei überraschend, dass sich die Beschwerdeführerin überhaupt auf diesen Standpunkt stellt, die Leistungen von F.\_\_\_\_\_ seien der D.\_\_\_\_\_ nicht zurechenbar, habe sie sich in ihrem Angebot als Teil der ARGE XBCD doch sogar selbst auf die Erfahrung der D.\_\_\_\_\_ AG im Projekt Ceneri-Basistunnel bezogen (Duplik der Beschwerdegegnerin, Rz. 16).

## **7.7**

**7.7.1** 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 (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk A9"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 31 aBöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 der IVöB 1994/2001 das Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). 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"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

**7.7.2** 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. 1 Abs. 1 Bst. b aBöB) 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 Basistunnel"; siehe zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.3 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

## 7.8

**7.8.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01, Referenz 2, nicht, weil die angegebene Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin nicht über die notwendige Erfahrung verfüge, ist vorab auf den Wortlaut der Ausschreibung einzugehen. Dieser lautet hinsichtlich des EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" auszugsweise wie folgt (Ziff. 3.7 der Ausschreibung, vgl. E. 7.3 hiervor):

"Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. [...]."

In Bezug auf diese Ziffer 3.7 der Ausschreibung zum EK01 ist im Folgenden mit Blick auf die für Eignungskriterien geltenden Regeln (vgl. E. 7.7 hiervor) durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Unternehmens- oder Schlüsselpersonenreferenz gefordert wurde.

**7.8.2 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. S 276 mit Anmerkung MARTIN BEYELER). Wurde also ein Referenzobjekt einer Anbieterin zugeschlagen, ging dann aber der für die Objektausführung relevante Bereich 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. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 mit Hinweisen "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen").

**Schlüsselpersonenreferenzen** sind dagegen 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, S. 208 Anmerkung zu S 276; vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

## 7.9

**7.9.1** Der Wortlaut der Ziffer 3.7 der Ausschreibung hält fest, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin einen Erfahrungsnachweis zu erbringen hat. Prima facie ist demnach gestützt auf den Wortlaut von der Vorgabe einer Unternehmensreferenz auszugehen. Sowohl die Z. \_\_\_\_\_ AG als auch die am Angebot beteiligte D. \_\_\_\_\_ AG sind Unternehmen im beschriebenen Sinne (vgl. E. 7.8.2 hiervor). Damit ist auch die von der D. \_\_\_\_\_ AG eingereichte Referenz als Unternehmensreferenz zu beurteilen.

**7.9.2** Im Folgenden ist weiter darauf einzugehen, **welche Leistung** von der Referenz 2 unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" abzudecken ist und ob die angegebene Subunternehmerin D. \_\_\_\_\_ AG diese Leistungen erfüllt.

Das EK01 verlangt für die Referenz 2 gemäss den Ausschreibungsunterlagen das Folgende (Ausschreibung, Ziffer 3.7 [Auszug], vgl. bereits hiervor, E. 7.3):

Die Anbieterin muss den Nachweis erbringen, dass sie selber (mind. ein ARGE-Mitglied bei einer ARGE) oder ihre Subunternehmerin über Erfahrungen im Planen und Realisieren von vergleichbaren Projekten verfügt. Der Nachweis ist mit zwei vergleichbaren Referenzen zu belegen.

Eine Referenz gilt als vergleichbar, wenn die Referenzprojekte über folgende Eigenschaften verfügt:

[...]

#### Referenz 2

Planung, Realisierung und Inbetriebnahme einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten

Bei beiden Referenzen darf der Zeitpunkt der Inbetriebnahme nicht länger als acht Jahre zurückliegen.

**7.9.3** Demnach gilt nach Ziffer 3.7 der Ausschreibung eine Referenz als geeignet und vergleichbar, wenn die Anbieterin oder Subunternehmerin aufgrund des Referenzprojekts nach den allgemeinen Ausführungen über Erfahrung im "Planen" und "Realisieren" vergleichbarer Projekte verfügt, wobei für die Referenz 2 über die "Planung" und "Realisierung" hinaus die "Inbetriebnahme" einer Tunnelfunkanlage mit mehreren Funkdiensten verlangt wird.

**7.9.4** Zu klären bleibt, ob F. \_\_\_\_\_ im Sinne des EK01, Referenz 2, ausreichend an der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" mitgewirkt hat.

**7.9.4.1** Zur Beurteilung, ob die D. \_\_\_\_\_ AG im Sinne des EK01, Referenz 2, ausreichend an der Planung, Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" mitgewirkt hat, ist vorab darauf hinzuweisen, dass es unbestritten ist, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen des Projektes Ceneri-Basistunnel ab Mai 2018 bei der E. \_\_\_\_\_ AG (Duplik Vergabestelle, Rz. 10; Duplik Beschwerdegegnerin, Rz. 11) und danach bei der D. \_\_\_\_\_ AG tätig war. Die D. \_\_\_\_\_ AG übernahm ferner unbestrittenermassen vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems im Ceneri-Projekt (vgl. die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 40 f.).

**7.9.4.2** Aus den Vorakten ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin als Nachweis zum EK01, Referenz 2, ein mehrseitiges Dokument einreichte, welches die Referenzprojekte der vorliegend im Angebot der Beschwerdegegnerin beteiligten D.\_\_\_\_\_ AG beschreibt. Neben anderen Referenzen der D.\_\_\_\_\_ AG wird auch die Projektleitung für das Referenzprojekt 2 "Ceneri-Basistunnel" beschrieben (vgl. Vorakte 6 "Angebote", "Nachweis der Eignungskriterien", "Projektreferenzen D.\_\_\_\_\_"; Vernehmlassung, Beilage 12). Weiter hat die D.\_\_\_\_\_ AG gemäss Antworten zum Fragekatalog der Vergabestelle an die Beschwerdegegnerin vom 12. Mai 2021 sowohl die Planung einzelner Schritte der Tunnelfunkanlage als auch die Projektleitung und Koordination des Tunnelfunksystems zu verantworten (Vorakte "Evaluation", "Rückfragen an Anbieter", "Fragen EK").

**7.9.4.3** Ferner ergibt sich aus dem E-Mailverkehr vom 18. Juni 2021 und vom 22. Juni 2021 (Vernehmlassung, Beilage 13), dass die Vergabestelle die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels mittels eines Fragebogens um eine Referenzauskunft ersucht hat. Mit E-Mail vom 22. Juni 2021 reichte die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels den Fragekatalog (hiernach: Fragekatalog vom 22. Juni 2021) ein (vgl. Vorakte 8 "Evaluation", "Eignungsprüfung", "Referenzauskünfte"; Vernehmlassung, Beilagen 13 und 14). Aus dem E-Mailverkehr und dem Fragekatalog ergeben sich folgende Hinweise zum Aufgabenbereich von F.\_\_\_\_\_ und zu seiner Aufgabenerfüllung:

- Im begleitenden E-Mail vom 22. Juni 2021 zu ihren Angaben im Fragekatalog hält die Projektleitung des Ceneri-Basistunnels fest, dass F.\_\_\_\_\_ massgeblich dazu beitrug, das Projekt "Ceneri-Basistunnel" schlussendlich **erfolgreich abzuschliessen** (vgl. Vernehmlassung, Beilage 13).
- In dem von der Projektleitung beigelegten ausgefüllten Fragebogen vom 22. Juni 2021 nahm die Referenzauskunftsgeberin zu den Angaben des Anbieters Stellung. Darin nimmt sie wiederholt auf F.\_\_\_\_\_ Bezug. Sie hält fest, F.\_\_\_\_\_ habe massgebend zur Behebung von Mängeln an **der Aufbau- und Ablauforganisation** beigetragen und er sei für das **Projektmanagement** verantwortlich gewesen (vgl. Vernehmlassung, Beilage 14).

**7.9.4.4** Sodann ist auf das von der Vergabestelle vorgelegte Linkbudget einzugehen. Diesbezüglich bringt die Vergabestelle vor, das Realisierungspflichtenheft habe am 12. Februar 2018 noch 190 Mängel und Planungs-

fehler aufgewiesen (Stellungnahme vom 22. März 2022, Rz. 3). Die entsprechende Darstellung erscheint prima facie auch vor dem Hintergrund plausibel, dass der Vorgänger von F.\_\_\_\_\_ offenbar als Projektleiter hat ersetzt werden müssen.

**7.9.4.5** Es ist daher im Sinne eines Zwischenergebnisses festzuhalten, dass die D.\_\_\_\_\_ AG mit F.\_\_\_\_\_ einen Mitarbeiter aufweist, der prima facie massgeblich zum Erfolg des Projektes betreffend die Tunnel-funkanlage im Ceneri-Basistunnel beigetragen hat.

**7.9.4.6** Soweit infrage steht, welche Arbeiten F.\_\_\_\_\_ einerseits bei der E.\_\_\_\_\_ AG und andererseits bei der D.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen des Projekts "Ceneri Basistunnel" übernommen hat, ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt des Eintritts von F.\_\_\_\_\_ im Mai 2018 bei der ARGE G.\_\_\_\_\_, namentlich bei der E.\_\_\_\_\_ AG, prima facie bereits Arbeiten im Bereich des Einbaus der Bahntechnik und Telekom- und Funkanlagen begonnen hatten. Gemäss der Medienmitteilung der ARGE G.\_\_\_\_\_ vom 3. September 2019 (Replik, Beilage 28) wurden die Einbauarbeiten im Ceneri-Basistunnel im August 2019 erfolgreich abgeschlossen. F.\_\_\_\_\_ trat demnach während der Einbauarbeiten als Angestellter der E.\_\_\_\_\_ AG ins Projekt ein und wirkte prima facie vor allem im Rahmen der Tätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ AG auch an den Einbauarbeiten der Anlage bis zum Abschluss im August 2019 mit.

Die D.\_\_\_\_\_ AG hat demgegenüber vom 1. Oktober 2019 bis zum 31. Dezember 2020 prima facie die Projektleitung und Koordination des Tunnel-funksystems im Ceneri-Projekt übernommen (vgl. Antwort zur Frage 2 im Fragekatalog vom 12. Mai 2021 und die Stellungnahme der Beschwer-degegnerin, Rz. 40 f.).

**7.9.4.7** Zur Beurteilung, ob die D.\_\_\_\_\_ AG die Voraussetzungen für die Tunnel-funkanlage im Ceneri-Basistunnel, namentlich für die **Realisierung und Inbetriebnahme** der Tunnel-funkanlage, erfüllt, ist weiter darauf hinzu-weisen, dass sich aus den Vorakten, namentlich dem durch die Beschwer-degegnerin ausgefüllten Fragenkatalog vom 12. Mai 2021, ergibt, dass der D.\_\_\_\_\_ AG Aufgaben im Bereich der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnel-funkanlage zugekommen sind. Die D.\_\_\_\_\_ AG hat gemäss Auskünften vom 12. Mai 2021 etwa die Planung und Koordination mit den Providern übernommen oder die Funkmessungen geplant und durchge-

führt. Ebenso erschliesst sich aus den Angaben der Projektleitung des Ceneri-Basistunnels vom 22. Juni 2021, dass der D. \_\_\_\_\_ AG eine solche Rolle zuzuschreiben ist.

Zwar unterscheidet die Projektleitung in ihrer Auskunft vom 22. Juni 2021 nicht durchgehend zwischen der D. \_\_\_\_\_ AG und F. \_\_\_\_\_, womit zumindest teilweise keine klare Zuordnung der Tätigkeit von F. \_\_\_\_\_ zur D. \_\_\_\_\_ AG möglich ist. So wird bei der Auskunft zu R\_1\_001 Ablauforganisation zwar auf "D. \_\_\_\_\_ (F. \_\_\_\_\_)" Bezug genommen, welche in der Projektorganisation viel zu einem funktionierenden Gesamtsystem in Bezug auf die Tunnelfunkanlage beigetragen habe. An anderer Stelle, namentlich beim Projektmanagement R\_1\_004, wird dagegen "F. \_\_\_\_\_" alleine genannt, der Planungsmängel wettgemacht habe. Selbst wenn die Zuordnung von einzelnen Tätigkeiten von F. \_\_\_\_\_ zur D. \_\_\_\_\_ AG mangels genauer Bezeichnung nicht detailliert vorgenommen werden kann, ergibt sich prima facie das Gesamtbild, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen seiner Tätigkeit für das Projekt Ceneri-Basistunnel vom Mai 2018 bis Dezember 2020 und auch nach Gründung der D. \_\_\_\_\_ AG zahlreiche substantielle Aufgaben im Sinne der Behebung von offenbar gravierenden Mängeln wahrgenommen hat, die nach dem Ablaufplan in dieser Phase prima facie normalerweise nicht mehr anfallen. Von blossem Vollzug, wie die Beschwerdeführerin diese Phase beschreibt, kann mit Blick auf die konkreten Umstände demnach prima facie keine Rede sein. Vielmehr fallen prima facie auch zahlreiche Aufgaben in den Zeitraum seiner Tätigkeit für die D. \_\_\_\_\_ AG für die Zeit von Anfang Oktober 2019 bis Ende Dezember 2020, die fast die Hälfte der gesamten Zeit vom Mai 2018 bis Ende Dezember 2020, in der F. \_\_\_\_\_ für das Projekt tätig war, ausmacht. Prima facie erfüllt die D. \_\_\_\_\_ AG demnach die Vorgabe, an der Realisierung und Inbetriebnahme der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel teilgenommen zu haben.

**7.9.4.8** Zu prüfen bleibt, ob der D. \_\_\_\_\_ AG die **Planung** im Projekt Ceneri-Basistunnel zuzurechnen ist. Der D. \_\_\_\_\_ AG kann vorderhand keine Erfahrung im Rahmen der Planung des Einbaus der Tunnelfunkanlage im Ceneri-Basistunnel zugerechnet werden, weil der Einbau bereits im August 2019 erfolgt ist. Entgegen der Feststellung, dass die D. \_\_\_\_\_ AG nicht an der Planung für den Einbau der Tunnelfunkanlage mitgewirkt hat, zeigen die Vorakten, dass die D. \_\_\_\_\_ AG nach dem Einbau mehrere Planungsarbeiten im Rahmen der Mängelbehebung wahrgenommen hat. Die Antworten der Vertreter des Ceneri Projektes auf den Fragebogen vom 22. Juni 2021 zeigen namentlich, dass die D. \_\_\_\_\_ AG mit

F.\_\_\_\_\_ Mängel in der Aufbau- und Ablauforganisation im Projekt Ceneri-Basistunnel für die Tunnelfunkanlage durch Fachwissen und Einsatz kompensiert und behoben hat (S. 5). Ausserdem wird mit Bezug auf F.\_\_\_\_\_ ausgeführt, dass dieser Planungsmängel behoben hat. Das gilt offenbar auch für die Zeit, in der F.\_\_\_\_\_ bei der D.\_\_\_\_\_ AG beschäftigt war. Im Rahmen des Projektmanagements hat er offenbar im Sinne einer Krisenbewältigung – also nicht zu vergleichen mit der üblichen Situation bei der blossen Umsetzung bereits abgeschlossener Planung – in einem Umfang Konzeptarbeit geleistet hat, der prima facie zum Schluss führt, dass F.\_\_\_\_\_ auch die Mängel des Projektdesigns und -managements im Rahmen seiner Tätigkeit für die D.\_\_\_\_\_ AG behoben hat.

Prima facie ergibt sich demnach, dass die D.\_\_\_\_\_ AG eine Reorganisation der Aufbau- und Ablauforganisation sowie die Behebung von Mängeln des Projektmanagements bewerkstelligt hat. F.\_\_\_\_\_ sind damit prima facie Aufgaben im Bereich der Planung zugekommen, die zwar nicht den Einbau der Anlage, wohl aber die Projektplanung betreffen.

**7.9.5** Nach dem Gesagten stand es jedenfalls mit Blick auf den engen Anbietermarkt im Bereich der Tunnelfunkanlagen (vgl. dazu E. 7.7.2 hiervor) offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle, das Referenzprojekt – obwohl die ursprüngliche Planung und wohl auch wesentliche Elemente des Einbaus der (...) E.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen sind – auch der D.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen. Damit kann offenbleiben, ob der Argumentation der Beschwerdegegnerin folgend (vgl. E. 7.6.1 hiervor) in der vorliegend zu beurteilenden Situation – im Ergebnis hat sich prima facie eine Schlüsselperson während laufendem Projekt selbständig gemacht – darüber hinaus auch die Unterscheidung zwischen Unternehmensreferenz und Referenz von Schlüsselpersonen relativiert werden könnte.

**7.10** Somit kann in Bezug auf die Zurechenbarkeit der unter dem Eignungskriterium EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" eingereichten Referenzprojekte festgehalten werden, dass die Vergabestelle ihr Ermessen jedenfalls unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Anbietermarktes prima facie nicht überschritten hat, indem sie diese als der Beschwerdegegnerin respektive ihrer Subunternehmerin zurechenbar beurteilt hat. Damit erweist sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin prima facie als offensichtlich unbegründet.

**8.**

**8.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" sei nicht erfüllt worden. Sie bringt vor, sollte sich bewahrheiten, dass die Beschwerdeführerin nicht über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des Eignungskriteriums 1 verfüge, hätte dies zur Folge, dass sie auch das Eignungskriterium 2 nicht erfülle (Beschwerde, Rz. 35).

**8.2** Die Vergabestelle hält zum EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" fest, dieses fordere, dass die Anbieterin selber oder ihre Subunternehmerin, die in der vorliegenden Ausschreibung angebotene Multi-band Anlage oder ihre wesentlichen Komponenten bereits für einen Kunden in Betrieb genommen hat (als Pilot- oder Produktive Anlage). Um den Anbieterinnenkreis nicht auf die bestehenden Hardware-Lieferantinnen zu beschränken und auch neuen Anbieterinnen eine Chance zu geben, sei das Kriterium offen formuliert. Die Zuschlagsempfängerin erfülle mit der erprobten Anlage ihrer Subunternehmerin ohne Weiteres auch EK02 (Vernehmlassung, Rz. 43 ff.).

**8.3** Da die Beschwerdegegnerin unter EK02 "Erprobte Technologie der angebotenen Anlage" ein anderes Referenzprojekt als die Projekte unter EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" eingereicht hat, ist der Argumentation der Beschwerdeführerin, soweit das EK01 nicht erfüllt wäre, wäre auch das EK02 nicht gegeben, nicht zu folgen. Ausserdem verfügt die Beschwerdegegnerin prima facie über die notwendigen Referenzen zur Erfüllung des EK01 (vgl. E. 7.8 hiavor). Die Rüge, das Eignungskriterium 2 sei nicht erfüllt, ist daher prima facie offensichtlich unbegründet.

## **9.**

**9.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" sei nicht vergaberechtskonform ausgelegt und evaluiert worden. Sie begründet ihre Rüge betreffend das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" damit, dass dieses von grosser Bedeutung sei, weil mehr als ein Drittel der Punkte für den Entscheid über den Zuschlag von diesem Kriterium abhängen. Dabei spiele der Evaluationspreis, der sich aus dem Angebotspreis und den Kosten der SBB zusammensetze, eine zentrale Rolle. Die Vergabestelle habe nun offenbar jeweils den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat mit Punkten bewertet, obwohl sich aus den Ausschreibungsunterlagen klar ergebe, dass der Evaluationspreis Basis

für die Berechnung sein müsse. So ergebe sich aus der für die Preisbewertung gemäss den Ausschreibungsbedingungen massgebenden Berechnungsformel unter Punkt 3.4.2.1 klar, dass der Evaluationspreis Basis für die Berechnung sein müsse (Beschwerde, Rz. 23).

## 9.2

**9.2.1** Die Vergabestelle entgegnet, als ZK01 werde der gesamte Evaluationspreis (TCO) genannt, wobei die Ausschreibung den Nachweis mittels ausgefülltem Preisblatt verlange und als Bewertungsgrundlage den Angebotspreis und die "SBB-Kosten" aufführe, mit einer Gewichtung von 25 Prozent bzw. 15 Prozent und den entsprechenden Punktemaxima von 125 und 75 Punkten. Wie sich sowohl aus der SIMAP-Publikation als auch aus den Ausschreibungsunterlagen erschliesse, werden der Angebotspreis und die "SBB-Kosten" separat bewertet. Im Kapitel 3.4.1 der Ausschreibungsbedingungen erläutere die Vergabestelle die gewählte Methode der Preisbewertung. Daraus ergebe sich, dass *jeweils* das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten "SBB-Kosten" das Punktemaximum erhält (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.1.). Ferner sei in der Übersicht zu den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsbedingungen die pro Subkriterium mögliche Höchstpunktzahl ersichtlich, die 125 Punkte für den Angebotspreis und 75 Punkte für die "SBB-Kosten" betrage (Vernehmlassung, Rz. 55 ff.).

Die Unterscheidung zwischen dem Kostenblock "Angebotspreis" und dem Kostenblock "SBB-Kosten" werde auch im Preisblatt konsequent vollzogen. Diese Abgrenzung sei nicht nur auf der Titelseite ersichtlich, wo zwei Spalten die individuell errechneten Totale der detaillierten Arbeitsblätter zusammenfassen, sondern auch in den hinteren Arbeitsblättern werde der Unterschied zwischen Angebotspreis und den "SBB-Kosten" verdeutlicht, indem diese optisch getrennt aufgeführt und auch inhaltlich unterschieden würden (Vernehmlassung, Rz. 58).

**9.2.2** Es sei die transparente Absicht der Vergabestelle gewesen, dass unter dem Oberbegriff "Evaluationspreis" festgesetzte Preiskriterium mittels den beiden Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" zu bewerten. Keine der Anbieterinnen habe gegen diese Bewertungsmethodik opponiert. Die Rüge der Beschwerdeführerin gegen ZK01 sei daher verspätet (Vernehmlassung, Rz. 66).

**9.3** Schliesslich lässt sich die Beschwerdegegnerin zum Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" vernehmen. Sie legt dar, aus den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 ergebe sich eindeutig, dass das zu bewertende Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" aus zwei Komponenten bestehe, welche jeweils separat mit Punkten bewertet würden, namentlich aus dem "Angebotspreis" mit 25 Prozent und den "SBB-Kosten" mit 15 Prozent Gewichtung. Dies ergebe sich noch eindeutiger aus den allgemeinen Ausführungen zur Preisbewertung in Ziff. 3.4.2.1, wo festgehalten werde, dass das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten "SBB-Kosten" jeweils das Punktemaximum erhält (Stellungnahme der Beschwerdegegnerin, Rz. 63 ff.).

## 9.4

**9.4.1** Zur Beurteilung der Rüge der Beschwerdeführerin, beim ZK01 "Evaluationspreis" sei die "Total Cost of Ownership"-Methode nicht angewandt worden, weil zwei Kostenblöcke gebildet worden seien, sind im Folgenden die relevanten Passagen aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen vorab darzustellen. Die Ausschreibung umschreibt das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" wie folgt (Ausschreibung Ziff. 2.10):

"ZK 1: Evaluationspreis  
Angebotspreis Gewichtung 25  
SBB-Kosten Gewichtung 15"

**9.4.2** In den Ausschreibungsbedingungen vom 15. Oktober 2020 wurde das Zuschlagskriterium "ZK01 Evaluationspreis" weiter wie folgt zusammengefasst (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4 "Zuschlagskriterien" 3.4.1 "Übersicht", Auszug).

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
ZK 1	Evaluationspreis (TCO)	Ausgefülltes Preisblatt Angebotspreis SBB-Kosten	25% 15%	125 75

**9.4.3** Weiter wurden in den Ausschreibungsbedingungen folgende Ausführungen zum Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" gemacht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2 "Preisbewertung", Ziff. 3.4.2.1 "Allgemein", Ausschnitte):

#### **3.4.2.1 Allgemein**

In der Preisbewertung wird der Ansatz der Total Cost of Ownership (TCO) angewandt, um die Kosten der Angebote über den ganzen Life Cycle miteinander vergleichen zu können.

Die Ausschreibung basiert auf einer modularen Beschreibung des Tunnelfunksystems (siehe Dokument B1 Kap. 3.3), aufgrund dessen die Anbieterin einen entsprechenden Produktkatalog offerieren soll, welcher alle Modulkombinationsvarianten abdeckt. Für die Preisbewertung werden die offerierten Preise der Anbieterin aus dem Produktkatalog und für weitere Leistungen mit Hilfe eines angenommenen, hypothetischen Gesamtmengengerüsts zu einem Evaluationspreis hochgerechnet. Darin fliessen gemäss dem Ansatz des Total Cost of Ownership auch die definierten Kosten ein, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (SBB-Kosten).

Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB Kosten erhält jeweils das Punktemaximum. Angebote, die 75% über dem tiefsten Angebotspreis bzw. den tiefsten SBB Kosten liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear.

Für die Punktevergabe kommt die Taxonomie gemäss nachstehender Formel zur Anwendung, wobei jeweils auf ganze Punkte auf- oder abgerundet wird.

$$Punkte = M * \left[ \frac{P_{max} - P}{P_{max} - P_{best}} \right]$$

#### **Legende**

M = Maximale zu vergebende Punktezahl

P = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes

Pbest = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes

Pmax = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet

[...]

#### **3.4.2.2 Berechnung des Evaluationspreises**

Der Evaluationspreis setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis der Anbieterin und den SBB-Kosten zusammen, welche die offerierten Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seite SBB verursachen (Ansatz des TCO). Welche Kosten dies beinhaltet, ist im Dokument B1 unter der Ziff. 4ff beschrieben.

Die Vergabesumme setzt sich aus nachfolgend aufgeführten Kostenblöcken des offerierten Angebotspreises der Anbieterin zusammen.

- Initiale Kosten

- Betriebskosten (über 12 Jahre je Anlage)

Das folgende Schema gibt einen Überblick, wie sich der Evaluationspreis zusammensetzt.

[...]

**9.4.4** Sodann weist das Preisblatt TFK 2020 vom 1. September 2020 auf dem Arbeitsblatt 1 "Summary Evaluationspreis" den Titel "Summary Evaluationspreis" aus. Das Titelblatt ist unterteilt in die Spalten "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung SBB-Kosten (Ansatz Total Cost of Ownership)" (Vorakte 4 "Ausschreibungsdokumente", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1 Summary Evaluationspreis).

## 9.5

**9.5.1** Zur Beurteilung der Rüge betreffend das ZK01 "Evaluationspreis", es hätten keine Kostenblöcke gebildet werden dürfen, ist auf die Auslegung der Formel zur Berechnung der Punkte innerhalb des Zuschlagskriteriums ZK01 "Evaluationspreis" einzugehen.

**9.5.2** Gemäss Art. 21 Abs. 1 aBöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit und technischer Wert. Die Vergabebehörde hat daher für jedes Beschaffungsgeschäft einen Katalog von Zuschlagskriterien festzulegen (vgl. Art. 21 Abs. 2 aBöB und Art. 27 Abs. 1 Satz 1 aVöB; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen; man spricht diesbezüglich auch von der relativen Natur der Zuschlagskriterien (vgl. ELISABETH LANG, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, 2005, S. 124). Als Beurteilungsmatrix wird in der Praxis das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien inklusive der für jedes Kriterium festgelegten Gewichtung bezeichnet (vgl. Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 4.1 "Casermettatunnel" und das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I").

**9.5.3** Die Zuschlagskriterien sind im Einzelfall zu bestimmen und unter Angabe ihrer Gewichtung bekannt zu geben (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3 "Strombeschaffung für die Post" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.1 "Kurierdienst BAG I"; MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1405 ff., S. 1406; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 831). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausgestaltung der Bewertungsmethode (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 7.2 "Produkte zur Innenreinigung I", Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; vgl. auch Art. 31 aBöB und dazu wiederum GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388 und 1390 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 4.2.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I"). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 aBöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388).

**9.5.4** Im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Art. 21 aBöB) sind grundsätzlich sowohl die Kosten als auch der Anschaffungspreis konkret-wirtschaftlich im Sinne eines pekuniären Vorteils für die Auftraggeberin zu verstehen (MARC STEINER, Nachhaltige öffentliche Beschaffung, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 149 ff., insb. S. 165). Die Gesamtkosten setzen sich namentlich aus dem Preis im Sinne der Beschaffungskosten und den weiteren Kosten, etwa den Unterhaltskosten, zusammen. Die Kosten können demnach als

Zuschlagskriterium verstanden werden, das den Preis (Beschaffungskosten) und beispielsweise die Unterhaltskosten als Subkriterien beinhaltet. Ebenso ist es möglich, sowohl den Preis (Beschaffungskosten) als auch die Kosten (ohne Beschaffungskosten) je separat als Zuschlagskriterien vorzusehen (Urteil des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 7.4.2.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"). Die Kosten (ohne Beschaffungskosten) können demgegenüber nicht Teil des Kriteriums Preis (Beschaffungskosten) sein.

**9.5.5** Die Vergabestelle wählte im vorliegenden Fall den "Total Cost of Ownership (TCO)" Ansatz, mit dem die Kosten des Angebotes über den gesamten Life Cycle betrachtet werden (Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 3.4.2.1). Die Vergabestelle verwendet dabei für die "Kosten", namentlich für den Preis (Beschaffungskosten) zusammen mit den weiteren Kosten, den Begriff "Evaluationspreis". Der "Evaluationspreis" setzt sich aus dem offerierten Angebotspreis und den SBB-Kosten zusammen (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.2.2). Die SBB-Kosten betreffen Kosten, die Produkte und Lösungen der Anbieterin auf Seiten der SBB verursachen (Ausschreibungsbedingungen, S. 15). Zu den SBB-Kosten zählen initiale und jährliche Kosten der Bahninfrastruktur wie der Energiebedarf der TFK-Anlage (Leistungsumfang, Ziff. 9.4).

**9.5.6** Der Ansatz der "Total Cost of Ownership" bedeutet, dass eine gesamtheitliche Bewertung der Kosten anvisiert ist. Da der Begriff insoweit nicht eine präzise Methodik dieser Bewertung beinhaltet, ist prima facie die Umsetzung mit oder ohne Subkriterienbildung zulässig (vgl. E. 9.5.4 hier vor). Es ist demnach mittels Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen namentlich noch zu ermitteln, ob das Zuschlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" aufgrund der Ausschreibung so zu verstehen ist, dass die Punktevergabe einmal für den "Angebotspreis" und einmal für die "SBB-Kosten" entsprechend der Formel nach Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen vorzunehmen ist, oder ob aus dem "Angebotspreis" und den "SBB-Kosten" eine Summe ("Evaluationspreis") zu bilden ist, auf welche die Punktevergabe entsprechend der Formel anzuwenden ist (vgl. E. 9.6 hiernach). Dabei sind Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen systematisch auszulegen (vgl. dazu etwa das Urteil des BGer 2C\_1078/2019 vom 22. Juni 2021 E. 5.2.3 "corso di formazione").

## **9.6**

**9.6.1** Die Beschreibung der Preisberechnung in Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen sieht vor, dass Angebote mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten jeweils das Punktemaximum erhielten. Prima facie sollen demnach zwei Resultate durch die Anwendung der Preisformel (aus der die Punkte resultieren) erzielt werden.

Im Widerspruch dazu steht unter Ziffer 3.4.2.1, dass für die Preisbewertung die Preise zu einem Evaluationspreis hochgerechnet werden. In die Berechnung würden auch die "SBB-Kosten" einfließen. Dabei bedient sich die Formel in Ziffer 3.4.2.1 der Ausschreibungsbedingungen des Begriffes "Evaluationspreis" und damit des Oberbegriffes der beiden Begriffe "Angebotspreis" und "SBB-Kosten". Die Legende zur Formel in Ziff. 3.4.2.1 listet namentlich die Preise, die in die Preisformel eingesetzt werden sollen, auf, wobei  $P$  = Evaluationspreis des zu bewertenden Angebotes  $P_{best}$  = Evaluationspreis des günstigsten Angebotes und  $P_{max}$  = Evaluationspreis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet, gilt. Damit zieht die Formel als Grundlage den Evaluationspreis als Oberbegriff von Angebotspreis und SBB-Kosten bei und das Resultat ist die Punktzahl.

Dies steht prima facie im Widerspruch dazu, dass die Bewertung des Angebotspreises von den SBB-Kosten getrennt erfolgen und demnach mit zwei Punktergebnissen versehen werden sollte. Insbesondere die Formel isoliert interpretiert spricht demnach prima facie für die von der Beschwerdeführerin vertretene Auffassung.

**9.6.2** Zur Auslegung, wie die Berechnung der Preise vorgenommen werden soll, ist insbesondere ausschlaggebend, dass in der Ausschreibung für beide Kategorien (Angebotspreis und SBB-Kosten) jeweils eine separate Gewichtung von 25 für den Angebotspreis und 15 für die SBB-Kosten angegeben ist (vgl. Ziff. 2.10 der Ausschreibung). Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich sodann, dass der Gewichtung von 25 Prozent bzw. 15 Prozent eine entsprechende Punktvergabe mit 125 und 75 einhergeht (Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 3.4.1). Schliesslich wird in der Ausschreibung für das ZK01 "Evaluationspreis" keine Gewichtung von 40 Prozent (bzw. 200 Punkte) angegeben, sondern die Gewichtung der Unterkriterien wird direkt mit Angebotspreis 25 und SBB-Kosten 15 festgehalten. Demnach sollen der Angebotspreis 25 und die SBB-Kosten 15 nicht mit einer Formel modifiziert werden, da ansonsten dasselbe Ergebnis resultieren würde, wie wenn nur die Kosten insgesamt mit 40 Prozent gewichtet

worden wären. Dies deutet prima facie darauf hin, dass Unterkriterien (einmal für den Angebotspreis und einmal für die SBB-Kosten) gebildet und separat bewertet werden sollten.

**9.6.3** Ferner wird in den Ausschreibungsbedingungen die Zusammensetzung des Angebotspreises von der Zusammensetzung der SBB-Kosten getrennt aufgeführt (Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 3.4.2.2). Entsprechend ist auch das Preisblatt TFK 2020 so ausgestaltet, dass zwei Spalten, nämlich "Zusammenfassung Angebotspreis" und "Zusammenfassung SBB-Kosten (Ansatz Total Cost of Ownership)" vorgesehen werden (Vorakte "Angebote", "Z-Preise", Preisblatt vom 1. September 2020, Blatt 1). Auch insofern wird der Trennung zwischen Angebotspreis und SBB-Kosten eine gewisse Bedeutung zugemessen, was prima facie zum Schluss führt, dass nach dieser Passage der Ausschreibungsbedingungen die Formel separat auf Einkaufspreis und SBB-Kosten anzuwenden ist.

**9.6.4** Trotz der uneinheitlich verwendeten Terminologie lässt eine systematische Auslegung der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen nach dem Vertrauensprinzip (vgl. dazu E. 7.7.1 hiervor) demnach prima facie keine andere Auslegung der Ausschreibung (Ziff. 2.10) und der Ausschreibungsunterlagen zu, als dass die Punktevergabe jeweils separat für den Angebotspreis und für die SBB-Kosten zu erfolgen hat. Wäre eine andere Preisformel und Preiskurve gewünscht, hätte die Vergabestelle keine Subkriterien aufgestellt. Ausserdem ist auch die Beschreibung der Preisbewertung (vgl. E. 9.4.3 hiervor) diesbezüglich klar, wenn dort erläuternd ausgeführt wird, dass "das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis und den tiefsten SBB-Kosten *jeweils* (Hervorhebung durch das Gericht) das Punktemaximum" erhalten soll. Folgerichtig wäre allerdings die Formel gemäss der Ziffer 2.10 selbst prima facie entsprechend anzupassen gewesen (vgl. E. 9.6.1 hiervor). Um völlige Klarheit herzustellen, wäre das ZK01 ausserdem möglicherweise besser mit dem Begriff "Evaluationskosten" als mit dem Begriff "Evaluationspreis" beschrieben worden (vgl. E. 9.5.4 hiervor).

**9.6.5** Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vergabestelle vorliegend ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie die Bewertungsformel jeweils separat auf die Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" angewendet hat. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Bewertung sei nicht korrekt, weil Subkriterien "Angebotspreis" und "SBB-Kosten" gebildet wurden, ist insofern prima facie offensichtlich unbegründet. Nach dem Gesagten kann im Übrigen offenbleiben, wie die Punkteverteilung unter dem Zu-

schlagskriterium ZK01 "Evaluationspreis" ausgesehen hätte, wäre die entsprechende Formel anders, nämlich dem Verständnis der Beschwerdeführerin entsprechend, angewendet worden.

## **10.**

**10.1** Die Beschwerdeführerin rügt auch die Punktevergabe bei weiteren Zuschlagskriterien. Sie bringt zunächst vor, unter dem ZK03 "Qualität der Referenzen" habe sie hinsichtlich des Zuschlagskriteriums ZK03 "Qualität der Referenzen" Grund zur Annahme, dass die Beschwerdegegnerin nicht über die notwendigen Referenzen verfüge, wobei sie zur Begründung auf ihre Rüge zum EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" verweist (Beschwerde, Rz. 26 ff.).

**10.2** Da sich die Rüge, der Beschwerdegegnerin seien die Referenzprojekte unter EK01 "Hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung" nicht zurechenbar, als prima facie offensichtlich unbegründet erweist (vgl. E. 7.5 hiervor), besteht auch keine Grundlage für die gegen die Punktevergabe unter ZK03 "Qualität der Referenzen" gerichtete Rüge, womit sich auch diese (in Bezug auf die eigentliche Bewertung ansonsten nicht substantiierte) Rüge als prima facie offensichtlich unbegründet erweist (vgl. auch E. 8.3 hiervor).

## **11.**

**11.1** Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Bewertung unter ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" sei nicht vergaberechtskonform. Es sei gegenüber der Vergabestelle offen gelegt worden, dass die Beschwerdeführerin nach Erhalt des Zuschlags die Zertifizierung nach dem Standard SA2008:2014 umsetzen werde mit dem Ziel, die Zertifizierung innert sechs Monaten nach Vertragsunterzeichnung zu erhalten (Beschwerde, Rz. 31).

## **11.2**

**11.2.1** Zur Beurteilung der Rüge sind vorab die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen wiederzugeben. Die Ausschreibung enthält unter Ziffer 2.10 das Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" mit der Gewichtung "2". Die Ausschreibungsbedingungen konkretisieren das ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" und verlangen das Folgende (Ausschreibungsbedingungen, S. 15, Auszug):

	<b>Zuschlagskriterien</b>	<b>Nachweis / Bewertungsgrundlage</b>	<b>Gewichtung</b>	<b>Max. Punkte</b>
<b>ZK5</b>	Einhaltung des Sozial- und Verhaltens-Kodex (beispielsweise amfori BSCI gemäss Beilage)	Unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.)	2%	10

**11.2.2** Diesem Bewertungsschema lag folgende Taxonomie zugrunde (Ausschreibungsbedingungen, S. 19):

Note 5	Bereits implementierter Sozial- und Verhaltenskodex auf gutem Niveau (z.B. amfori BSCI Auditresultat A oder B)
Note 3	Bereits implementierter Sozial- und Verhaltenskodex jedoch noch nicht auf gutem Niveau implementiert (Auditresultat C oder tiefer bei amfori BSCI oder gleichwertiger Standard)
Note 1	Unterschriebene Umsetzungsbedingungen als Akzeptanz des Sozial- und Verhaltenskodexes
Note 0	Ablehnung oder keine Angaben bezüglich Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex (amfori BSCI oder gleichwertiger Standard)

Die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung ergibt die Punktzahl für das ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" (Ausschreibungsbedingungen, S. 19).

### 11.3

**11.3.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung der Vergabestelle unter ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex". Sie bringt vor,

entgegen der Beurteilung der Vergabestelle habe sie mindestens sechs Punkte unter dem ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" erhalten sollen. Sie begründet dies damit, die Ausschreibung liesse den Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb zu (z.B. SA8000). Diesen Nachweis habe die Beschwerdeführerin mit der Bestätigung im Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" erbracht. Dies gelte erst recht, wenn auch die ISO Zertifizierungen aufgrund der Bestätigung der Beschwerdeführerin im ebenfalls eingereichten Dokument "EK07-Qualitätsmanagement V1.0" akzeptiert würden. Mit dem Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" bestätige sie auf Seite 4 zum Abgabetermin der Ausschreibung, dass die beschriebenen Grundsätze eingehalten würden. Sie habe das Dokument "A01 Sozialkodex SA800 V1.0" rechtzeitig zusammen mit den übrigen Angebots-Unterlagen eingereicht (Beschwerde, Rz. 31).

**11.3.2** Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe der Vergabestelle keine stichhaltigen Angaben über die Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex gemäss ZK05 "Einhaltung des Sozial- und Verhaltenskodex" gemacht. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Dokument trage zwar den Titel "Sozial- und Verhaltenskodex", ein materieller Nachweis finde sich jedoch nicht. Bereits die dem Angebot beiliegende Unterlage zeige keine Unterschrift und keinen formellen Nachweis. Die Beschwerdeführerin beteuere lediglich, dass sie die Zertifizierung umsetzen wolle. Dies zeige zugleich, dass sie die Zertifizierung im Zeitpunkt der Offerteinreichung noch nicht hatte (Vernehmlassung, Rz. 89 f.).

## **11.4**

**11.4.1** Zur Beurteilung der Rüge, die Beschwerdeführerin habe die Voraussetzungen des ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" erfüllt, sind vorab die einschlägigen Elemente der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen wiederzugeben. In der Ausschreibung wird unter Ziffer 2.10 das Zuschlagskriterium ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" aufgeführt. Gemäss Ausschreibungsbedingungen wird für die Note 1 folgende Anforderung an den Kodex gestellt (S. 15):

"[...] Unterschriebene Umsetzungsbedingungen zum Sozial- und Verhaltenskodex amfori BSCI oder Nachweis des Vorhandenseins eines vergleichbaren zertifizierten Standards beim Produktionsbetrieb (z.B. SA8000 usw.)."

Auch für die Punktevergabe unter der Note 1 werden "[u]nterschiedene Umsetzungsbedingungen als Akzeptanz des Sozial- und Verhaltenskodexes" gefordert. Namentlich der Vergleich zur Note 3 und zur Note 5, die einen implementierten Standard verlangen, könnte darauf hindeuten, dass für die Note 1, bei der keine Anmerkung zur Implementierung angebracht wird, noch keine Umsetzung erforderlich ist.

**11.4.2** Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem Angebot das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" eingereicht (Vorakte 6 "Angebote", "Einsichtsrecht Beilagen", "Nachweise Zertifikate"). Im Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" legt sie dar, der Standard SA8000:2014 (Internationaler Standard zur sozialen Verantwortung) decke die soziale Verantwortung bei der Herstellung von Produkten sowie auch die Ausführung von Dienstleistungen ab. Ferner wird festgehalten, die XBCD bestätige zum Abgabetermin der Ausschreibung, dass diese beschriebenen Grundsätze eingehalten werden. Dem Dokument ist schliesslich zu entnehmen, die X. \_\_\_\_\_ werde nach Erhalt des Zuschlags die Umsetzung starten. Zudem ist der "SA8000 – Internationaler Standard zur sozialen Verantwortung von Social Accountability International vom Juni 2014" beigelegt (Vorakte 6 "Angebote", "Einsichtsrecht Beilagen", "Nachweis Zertifikate"). Dabei ist im Folgenden von der Prämisse auszugehen, dass die Auftraggeberin den Standard SA8000:2014 als mit einer Mitgliedschaft bei amfori BSCI gleichwertig beurteilt hat.

**11.4.3** Da seitens der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nur eine Zusicherung vorliegt, für den Erhalt des Zuschlags die Bedingungen einzuhalten bzw. die Zertifizierung anzustrengen, ist prima facie offensichtlich, dass ihr Angebot weder mit der Note 5 noch mit der Note 3 bewertet werden kann. Unabhängig von der Frage, ob diesbezüglich bereits Audit-Resultate vorliegen müssen (vgl. dazu Vernehmlassung, Rz. 89), ergibt sich jedenfalls klar, dass die Vergabestelle für die Vergabe von 3 oder 5 Punkten e maiore ad minus jedenfalls für die Anbietenden erkennbar erwartet, dass der entsprechende Nachweis bei Einreichung der Offerte bereits vorliegt. Damit bleibt im vorliegenden Zusammenhang lediglich zu beurteilen, ob **unterschiedene Umsetzungsbedingungen** vorliegen, so wie dies die Ausschreibungsbedingungen (S. 15) fordern. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass das Dokument "A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" Teil des Angebots bildet. Im Dokument A01 Sozialkodex SA8000 V1.0" wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nach Erhalt des Zuschlags mit der Umsetzung des Standards SA8000:2014 beginne. Damit könnte die Rüge, wonach damit eine "unterschiedene Umsetzungsbedingung als Akzeptanz

des Sozial- und Verhaltenskodexes" gemäss der Note 1 der Taxonomie von ZK03 (Ausschreibungsbedingungen, S. 19) vorliege, als prima facie nicht offensichtlich unbegründet erscheinen. Dadurch könnten der Beschwerdeführerin indessen höchstens 2 Punkte mehr zuerkannt werden. Eine Bewertungsrüge kann indessen nur erfolgreich sein, wenn sie dazu führt, dass sich die Rangfolge zugunsten der betroffenen Anbieterin ändert, wovon im vorliegenden Fall keine Rede sein kann (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4158/2021 vom 21. Februar 2022 E. 7.3.2 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 II).

## 12.

**12.1** Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls nicht bereits mit der Begründung abzuweisen ist, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Namentlich ist nicht so klar, wie das die Vergabestelle behauptet, dass die XBCD gegenüber der Auftraggeberin als ARGE aufgetreten ist und damit nur gemeinsam Beschwerde führen kann (vgl. E. 5.4 hiervor). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind prima facie erfüllt. Die Rüge der Beschwerdeführerin, das rechtliche Gehör sei verletzt worden, weil der Beschwerdeführerin der (aufgeschlüsselte) Zuschlagspreis der Zuschlagsempfängerin und derjenige der weiteren Anbieterinnen nicht offengelegt wurde, ist zwar prima facie nicht offensichtlich unbegründet, kann aber allein nicht zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen (vgl. E. 6 hiervor). Des Weiteren erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK01 nicht, weil das angegebene Referenzprojekt der Beschwerdegegnerin nicht zurechenbar sei, als prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 7, insb. E. 7.9.5 f. hiervor). Das Gericht ist insbesondere mit Blick auf den engen Anbietermarkt und die besondere Situation im Projekt zum Schluss gekommen, dass es offensichtlich im Ermessen der Vergabestelle gestanden hat, das Projekt Ceneri-Basistunnel der D.\_\_\_\_\_ AG zuzurechnen (E. 7.7 ff.). Ausserdem erweist sich auch die Rüge, das ZK01 "Evaluationspreis" sei falsch bewertet worden, weil der Beschaffungspreis und die SBB-Kosten nicht hätten separat bewertet werden dürfen, ist mit Blick auf die systematische Auslegung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen als prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 9.6 und 9.6.5 hiervor). Weiter ist die Rüge, die Beschwerdegegnerin hätte unter dem ZK03 weniger Punkte erhalten müssen, prima facie offensichtlich unbegründet (vgl. E. 7.9.4.7 hiervor). Die Rüge der Beschwerdeführerin, sie habe unter der Bewertung nach ZK05 "Einhaltung Sozial- und Verhaltenskodex" eine

höhere Punktzahl erhalten müssen, könnte dagegen prima facie teilweise begründet sein. Indessen ist ihr Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls prima facie offensichtlich unbegründet, weil die Gesamtrechnung ergibt, dass die Beschwerdeführerin selbst bei erneuter Punktevergabe gesamthaft weniger Punkte erreicht als die Beschwerdegegnerin (vgl. E. 11.4 hiervor). Die Beschwerde erweist sich demnach als prima facie offensichtlich unbegründet.

**12.2** Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss (vgl. E. 3.3. hiervor). Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht den entsprechenden Argumenten der Vergabestelle im Rahmen der Vorabbezugsbewilligung bzw. der diese beinhaltenden Zwischenverfügung vom 6. April 2022 Rechnung getragen hat. Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen der Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2021 betreffend das Unterbleiben aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrags mit der Zuschlagsempfängerin, dahin.

### **13.**

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden (Beschwerde, Antrag Nr. 8). Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise mit Schwärzungen, zugestellt wurden. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild 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.

**14.**

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

**15.**

Dieser Zwischenentscheid ergeht am gleichen Tag wie der Zwischenentscheid im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-5488/2021. Mit Blick auf die Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin wird der Beschwerdeführerin der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen nur im Dispositiv zugestellt und nach erfolgter Bereinigung begründet eröffnet, was wiederum die Beschwerdefrist auslöst.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

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

**2.**

**2.1** Der Akteneinsichtsanspruch der Beschwerdeführerin 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 Endentscheid befunden.

**5.**

Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

**6.**

Der Beschwerdeführerin wird der vorliegende Zwischenentscheid einstweilen lediglich im Dispositiv eröffnet.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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 Dispositiv: 3. August 2022

Versand begründeter Entscheid: 8. August 2022