



Abteilung II
B-6366/2020

Urteil 9. Juni 2021

Besetzung

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

Parteien

ARGE X. _____, bestehend aus:

1. **A.** _____ **AG**,
2. **B.** _____ **AG**,
3. **C.** _____ **AG**,
4. **D.** _____ **AG**,

alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

Gegenstand

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

Sachverhalt:**A.**

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

Die Angebote waren bis zum 15. Mai 2020 einzureichen. Mit Berichtigung vom 28. März 2020 (SIMAP-Meldungsnummer 1127875) verschob die Vergabestelle drei Fristen auf einen späteren Zeitpunkt, darunter die Frist für die Einreichung des Angebotes, für welche sie neu den 5. Juni 2020 festlegte (Berichtigung, Ziff. 4.2). Die Arbeiten sollten in der Zeit vom 1. November 2020 bis zum 31. Mai 2023 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.13).

A.b In der Folge gingen sechs Angebote von fünf Anbietern ein, darunter ein Angebot für den Amtsvorschlag sowie ein Angebot für eine Unternehmervariante der ARGE X._____, bestehend aus der A._____ AG, der B._____ AG, der C._____ AG und der D._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen).

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

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

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

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

A.f Am 1. Oktober 2020 fand ein Debriefing bei der Vergabestelle statt.

B.

Gegen diesen Zuschlag erhoben zwei Anbieterinnen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, nämlich die Bietergemeinschaft Y. _____ am 8. Oktober 2020 (Beschwerdeverfahren B-4991/2020) und die Beschwerdeführerinnen am 12. Oktober 2020 (Beschwerdeverfahren B-5064/2020).

C.

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

D.

Mit Eingabe vom 21. Oktober 2020 beantragte die Vergabestelle, die beiden Beschwerdeverfahren seien nach diesem Widerruf als gegenstandslos abzuschreiben.

Mit Stellungnahme vom 3. November 2020 widersetzten sich die Beschwerdeführerinnen dem Antrag der Vergabestelle auf Abschreibung des Verfahrens nicht, führten aber aus, die Verfügung der Vergabestelle vom 21. Oktober 2020 könne erst dann zur Gegenstandslosigkeit führen, wenn sie in Rechtskraft erwachsen sei.

Mit Eingabe vom 12. November 2020 legte die Vergabestelle dar, der Widerruf der Zuschlagsverfügung sei inzwischen in Rechtskraft erwachsen.

E.

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

F.

Am 3. Dezember 2020 reichte die Vergabestelle eine vorsorgliche Beschwerdeantwort ("Schutzschrift") ein und beantragt, auf eine allfällige Beschwerde der ARGE X. _____ sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, und ein allfälliges Gesuch der ARGE X. _____ um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

G.

Am 10. Dezember 2020 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren B-5064/2020 als gegenstandslos ab.

H.

Gleichentags übermittelte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen die vorsorgliche Beschwerdeantwort samt Beilagen, nachdem die Vergabestelle auf telefonische Anfrage erklärt hatte, dass sie im Interesse der Verfahrensbeschleunigung damit einverstanden sei, dass diese Schutzschrift ausnahmsweise bereits in diesem Zeitpunkt durch das Gericht den Beschwerdeführerinnen zugestellt werde.

I.

Mit Eingabe vom 17. Dezember 2020 erheben die Beschwerdeführerinnen gegen die Zuschlagsverfügung vom 27. November 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren B-6366/2020). Sie stellen die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Die angefochtene Verfügung sei aufzuheben;
2. es sei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen,

eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Neubewertung der Angebote und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerinnen,

subeventualiter sei das Vergabeverfahren abubrechen,

subsubeventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zum Abbruch des Vergabeverfahrens,

subsubsubeventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen;

3. der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

4. der Vorinstanz sei bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Anträge 1 und 2 superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen;

5. es sei den Beschwerdeführerinnen vor Fällung des Entscheides über die aufschiebende Wirkung die Gelegenheit einzuräumen, zur Vernehmlassung der Vorinstanz hierzu ergänzend Stellung zu nehmen;

6. es seien die Vorakten sowie die Akten des Verfahrens Nr. B-5064/2020 beizuziehen und es sei den Beschwerdeführerinnen umfassende Akteneinsicht zu gewähren;

7. es sei den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zu geben, die Beschwerde nach der Akteneinsicht zu ergänzen und zu einer allfälligen Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle."

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zum Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen oder zum Abbruch des Verfahrens führen müssten. Das Projekt und die Leistungsverzeichnisse wiesen schwere Mängel auf. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse, insbesondere seien zu wenig Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders aufwendigen Typs G4 ausgeschrieben worden. Die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Vorausmassen auf. Der vorgegebene strikte Zeitplan mit zeitlich begrenzter Sperrung des Bahnverkehrs lasse sich nicht einhalten. Die Mängel der Ausschreibung hätten die Vergabestelle veranlasst, nachträglich (nach Ablauf der Angebotsfrist und nach

Eingang der Angebote) vier zusätzliche "Optionen" zu formulieren, darunter eine Bauzeitverlängerung um 12 Wochen, und die Anbieter einzuladen, hierfür eine zusätzliche Offerte einzureichen. Diese nachträglich angefragten Optionen seien rechtlich unzulässig, sie würden auch nur einen Teil der Mängel beheben. Einzig die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen erlaube, die Arbeiten technisch einwandfrei, innert dem Zeitplan und zudem wesentlich günstiger auszuführen.

J.

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2020 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Z. _____ AG, zu unterbleiben hätten.

K.

Mit Eingabe vom 12. Januar 2021 teilte die Z. _____ AG mit, dass sie auf eine Teilnahme als Beschwerdegegnerin verzichte.

L.

Mit Stellungnahme vom 15. Januar 2021 beantragt die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Vergabestelle insbesondere, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen.

M.

Mit Eingabe vom 25. Januar 2021 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Rechtsbegehren fest.

N.

Die Vergabestelle erklärt mit Eingabe vom 29. Januar 2021, dass sie die Beschwerde als unbegründet erachte, an ihren Rechtsstandpunkten festhalte und auf eine erneute Eingabe verzichte.

O.

Mit Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

P.

Mit Verfügung vom 12. April 2021 setzte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen eine kurze Frist für einen allfälligen Beschwerderückzug oder eine Ergänzung der Beschwerde.

Q.

Mit Eingabe vom 15. April 2021 halten die Beschwerdeführerinnen an ihrer Beschwerde fest und ersuchen darum, dass ihnen nach Eingang der Vernehmlassung der Vergabestelle eine Frist für die Beschwerdeergänzung und Stellungnahme zu den Vernehmlassungen angesetzt werde.

R.

Mit Urteil vom 20. April 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Bietergemeinschaft Y._____ im Parallelverfahren B-4991/2020 gut, hob den Zuschlag an die Z._____ AG auf und erteilte ihn der Bietergemeinschaft Y._____. Das Urteil wurde auch der ARGE X._____ eröffnet.

S.

Mit Eingabe vom 4. Mai 2021 beantragt die Vergabestelle die kostenfällige Abweisung der Beschwerde im vorliegenden Verfahren und verzichtet auf weitere Ausführungen.

T.

Mit Verfügung vom 5. Mai 2021 schloss die Instruktionsrichterin den Schriftenwechsel.

U.

Mit Eingabe vom 6. Mai 2021 beanstanden die Beschwerdeführerinnen eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs und ersuchen um Ansetzung einer Frist bis zum 26. Mai 2021 für eine Stellungnahme zu den allfälligen Auswirkungen des Urteils im Parallelverfahren B-4991/2020 auf das vorliegende Beschwerdeverfahren sowie zu den Vernehmlassungen der Vergabestelle.

V.

Mit Verfügung vom 10. Mai 2021 gab die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, sich zu den allfälligen Auswirkungen des Urteils im Parallelverfahren B-4991/2020 auf das vorliegende Beschwerdeverfahren zu äussern und wies ansonsten das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Ansetzung einer Frist für eine weitere Stellungnahme in der Sache ab.

W.

Mit Beschwerden vom 11. Mai 2021 beziehungsweise 20. Mai 2020 erhoben die Z._____ AG und die Beschwerdeführerinnen gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2021 im Parallelverfahren B-4991/2020 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahren 2C_399/2021 beziehungsweise 2C_427/2021).

X.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2021 beantragten die Beschwerdeführerinnen, ihrer Beschwerde sei aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. April 2021 im Verfahren B-4991/2020 die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei der Vergabestelle bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu untersagen, den Vertrag mit der Z._____ AG abzuschliessen.

Y.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2021 gab die Instruktionsrichterin dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 20. Mai 2021, der Vergabestelle sei superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit der Z._____ AG abzuschliessen, nicht statt.

Z.

Mit Zwischenentscheid vom 25. Mai 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 20. Mai 2021, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ab, soweit es darauf eintrat.

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

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

nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

1.3 Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

1.3.1 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [SR 0.172.052.68]) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158).

Die Vergabestelle befindet sich zu 50.05% im Eigentum des Bundes. Damit handelt es sich bei ihr um eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB).

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

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

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

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

1.5.1 Das aBöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1296).

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

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

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

Die Frage, ob der unterlegene, beschwerdeführende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"). Beantragt der beschwerdeführende Anbieter nicht nur die Aufhebung des Zuschlags, sondern des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags, und würde ihm dies die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, so gilt sein Interesse als schutzwürdig (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basis-tunnel"; Zwischenverfügung des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 5.4.4.2 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder").

1.5.5 Vorliegend rügen die Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung enthalte zahlreiche und so wesentliche Mängel, dass das Projekt nicht wie ausgeschrieben realisiert werden könne. Mit den in ihrer Unternehmervariante vorgesehenen Anpassungen am Projekt und in der Ausführung seien die konzeptionellen Fehler der Amtslösung ausgebügelt worden. Der Ausschluss ihrer Unternehmervariante sei zu Unrecht erfolgt. Da ihre Unternehmervariante das wirtschaftlich günstigste Angebot darstelle, sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei das Verfahren wegen der wesentlichen Mängel der Ausschreibung abubrechen und das Projekt sei neu auszuschreiben.

Der unter Berücksichtigung der nachofferierten Optionen überarbeitete Preis der Unternehmerofferte der Beschwerdeführerinnen ist günstiger als das entsprechende Angebot der Z. _____ AG. Würde die Unternehmervariante nicht ausgeschlossen, sondern mit diesem Preis in die Bewertung einbezogen, so wäre sie im ersten Rang zu platzieren und die Beschwerdeführerinnen hätten eine reelle Chance darauf, den Zuschlag zu erhalten. Auch wenn das Gericht lediglich der Eventualargumentation der Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung habe so viele und so gravierende Mängel aufgewiesen, dass das Verfahren abubrechen und das Projekt neu auszuschreiben sei, folgen würde, würde dies den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen, was praxisgemäss für die Legitimation ausreicht.

1.5.6 Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil B-4991/2020 vom 20. April 2021 die Zuschlagsverfügung an die Z. _____ AG aufgehoben und den Zuschlag der Bietergemeinschaft Y. _____ erteilt. Sowohl die Z. _____ AG (Beschwerde vom 11. Mai 2021, Verfahren 2C_399/2021) wie auch die Beschwerdeführerinnen (Beschwerde vom 20. Mai 2021, Verfahren 2C_427/2021) haben gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht erhoben. Ob ein direkter Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen oder ein Abbruch des Verfahrens noch möglich sind, ist daher zurzeit noch offen. Selbst wenn das Bundesgericht aber auf die Beschwerden nicht eintreten oder die aufschiebende Wirkung nicht gewähren würde, wären die Rügen noch materiell zu prüfen im Hinblick auf eine allfällige Feststellung, ob beziehungsweise inwiefern die angefochtene Zuschlagsverfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Art. 32 Abs. 2 aBöB). Die Beschwerdeführerinnen sind daher zur Beschwerde legitimiert.

1.6 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen

haben sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.7 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

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

2.1 Im öffentlichen Beschaffungswesen bestimmt das aBöB, dass der Zuschlag durch summarisch begründete Verfügungen eröffnet werden kann (Art. 23 Abs. 1 aBöB i.V.m. Art. 29 aBöB). Demgegenüber muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen auf Gesuch hin – unter anderem – die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 2 Bst. d aBöB) und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (Art. 23 Abs. 2 Bst. e aBöB) umgehend bekanntgeben. Die Anforderungen an die summarische Begründungspflicht gemäss Art. 23 Abs. 1 aBöB sind nach der Praxis nicht

sehr hoch (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243). Die Vergabestelle hat sodann die Wahl, ob sie von Anfang an die Informationen nach Art. 23 Abs. 2 aBöB als Begründung mitliefern oder erst ein entsprechendes Gesuch abwarten will (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1244; GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1194).

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

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

2.4 Die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Rüge, die Vergabestelle habe ihre Begründungspflicht verletzt, erweist sich daher als unbegründet.

3.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zum Zuschlag an die Beschwerdefüh-

rerinnen oder zum Abbruch des Verfahrens führen müssten. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial.

Die Vergabestelle begründet den Ausschluss der Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen damit, dass der Vorschlag der Beschwerdeführerinnen erhebliche Unklarheiten und Risiken enthalte. Die ausgeschriebene Amtsvariante berücksichtige den zeitlichen Abstand zwischen Erstellungszeitpunkt des Berichts zum Tunnelzustand und der Submission und berücksichtige entsprechend Risikopuffer. Demgegenüber stütze sich die Variante auf die Angaben im Bericht ohne Risikopuffer und auf eigene Einschätzung der Beschwerdeführerinnen. Sodann würden die Beschwerdeführerinnen in einem Abschnitt von 449m, der gemäss Amtsvariante nach dem Typ G2 zu sanieren sei, diese Massnahme als nicht ausreichend einschätzen und dort den Typ G4 empfehlen, ohne die entsprechenden Kosten aber im Angebotspreis einzurechnen. Diese Kosten von rund 10 Mio. Fr. würden lediglich als "Option" offeriert. Andererseits seien in der Unternehmervariante Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15,8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis eliminiert und im Gesamtangebot finanziell nicht berücksichtigt worden. Mit dem Nachreichen der verlangten Optionen sei das Angebot der Beschwerdeführerinnen nochmals überarbeitet worden, woraus ein deutlich tieferer Angebotspreis resultiert sei. Dies sei nach Auffassung der Vergabestelle aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig. Hätte sie sich für diese Unternehmervariante entscheiden wollen, wäre aufgrund der erheblichen Differenzen zwischen Auflageprojekt und Unternehmervariante eine erneute Plangenehmigung des BAV erforderlich gewesen.

Die Beschwerdeführerinnen machen dagegen geltend, die Ausschreibungsunterlagen liessen Varianten ausdrücklich zu, sofern sie zusätzlich zur Amtslösung angeboten und als separates vollständiges Dossier eingereicht würden, es sich nicht ausschliesslich um unterschiedliche Preisarten handle und weder zu einer Untererfüllung noch zu einer Übererfüllung der Projektanforderungen führen würden. Die eingereichte Unternehmervariante erfülle diese Voraussetzungen. Der Amtsvorschlag entspreche nicht dem Stand der Technik und beinhalte untragbare Risiken sowie ein erhebliches Optimierungspotenzial. Die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Vorausmassen auf. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. Zudem

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

3.1 Es ist unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen darin verlangte Leistungen reduziert haben. So führten beispielsweise die von der Vergabestelle zugezogenen Experten in ihrem Expertenbericht vom 13. Januar 2021 (im Folgenden: Expertenbericht II) aus:

"Während mit G2 bei der Amtslösung über weite Strecken ein neues zusätzliches Tragelement (Betontragrippen mit Gitterträger im Abstand von 3 m) eingeführt wird, ist dieses bei der Unternehmervariante nicht vorhanden. Das Weglassen bzw. die Reduktion dieser Gewölbeverstärkungen (Amtslösung: G2) auf mehr als einem Kilometer Tunnellänge stellen einen geringeren Erfüllungsgrad in Bezug auf den geforderten Ausbauwiderstand dar. Die stattdessen von X. _____ in der UN-Var. eingeführten G1a- und G1b-Massnahmen vermögen hinsichtlich Tragfähigkeit die G2-Massnahme nicht zu kompensieren (geringere Spritzbetonstärke, keine Verstärkungsrippen, keine Gitterträger) und stellen somit eine Untererfüllung dar. Die Gleichwertigkeit zur Amtslösung ist nicht gegeben." (Expertenbericht II, S. 42)

Diese Beurteilung ist nachvollziehbar und wird von den Beschwerdeführerinnen auch nicht konkret bestritten. Sie verteidigen ihre Lösung diesbezüglich lediglich damit, dass und warum ihrer Meinung nach in diesem Bereich Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 gar nicht erforderlich, sondern sogar kontraindiziert seien. Dieses Argument ändert indes nichts daran, dass die Massnahmen von Typ G2 für diesen Tunnelabschnitt in den Ausschreibungsunterlagen konkret verlangt waren und

aufwendiger sind als die von den Beschwerdeführerinnen stattdessen vorgesehenen Massnahmen von verschiedenen Unterkategorien des Typs G1.

Die Vergabestelle macht geltend, in der Unternehmervariante seien Leistungen, die in der Amtslösung enthalten und verlangt worden seien, im Gesamtbetrag von 15,8 Mio. Fr. im Leistungsverzeichnis und in der Folge in der Preisberechnung eliminiert worden. Aber auch die Beschwerdeführerinnen führen selbst ausdrücklich aus, aufgrund ihrer Korrektur der "Ausmassfehler" der Vergabestelle hätten sie eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offerieren können. Es ist insofern unbestritten, dass der günstige Preis der Unternehmervariante in ganz erheblichem Ausmass darauf zurückzuführen ist, dass die Beschwerdeführerinnen in den Ausschreibungsunterlagen verlangte beziehungsweise im Vorausmass angenommene und damit für die Berechnung eines vergleichbaren Angebotspreises vorgegebene Leistungen reduziert haben. Die von den Beschwerdeführerinnen empfohlene Erhöhung der Menge der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 ist dagegen in den Preis ihrer Unternehmervariante nicht eingerechnet.

3.2 Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt. Mit der submissionsrechtlichen Beschwerde kann deshalb nicht verlangt und erreicht werden, dass die Gerichte der Verwaltung vorschreiben, ein anderes Produkt zu beschaffen als dasjenige, das sie zu beschaffen beabsichtigt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 3.2 "Reinigungsprodukte für Schienenfahrzeuge"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38 E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich auch für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid B-822/2010 E. 4.2 f. "Rohre für Kühlwasser" m.H.) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 aBöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen"

(BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, Baurecht 2001, S. 65).

3.3 Welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen an welchen Stellen des Tunnels zweckmässig sind, ob das geplante Projekt dem Stand der Technik entspricht und ob die finanziellen Risiken sich in einem annehmbaren Rahmen halten, sind derartige Fragen, deren Beantwortung im Ermessen der Vergabestelle liegt, denn es ist grundsätzlich an ihr zu beurteilen, ob der Beschaffungsgegenstand ihren Bedürfnissen entspricht oder nicht, und ihn entsprechend zu definieren. Ob die Beschwerdeführerinnen für die Leistungsreduktion in ihrer Unternehmervariante überzeugende technische Gründe vorbringen können oder nicht, ist daher nicht entscheidend. Die Beschwerdeführerinnen haben daher keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Vergabestelle eine Variante mit wesentlich reduzierten Leistungen in die Evaluation einbezieht, selbst wenn die reduzierte Variante technisch zweckmässiger wäre als die ausgeschriebene Amtslösung.

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

3.5 Die Rüge, die Vergabestelle habe die Unternehmervariante zu Unrecht ausgeschlossen, erweist sich daher als unbegründet.

4.

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vergabe habe von Anfang an unter schweren Mängeln gelitten, die zur Aufhebung des angefochtenen

Entscheidungs und, wenn nicht zum Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen, eventualiter zum Abbruch des Verfahrens führen müssten.

4.1 Das Gesetz äussert sich nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen eine Vergabestelle eine Ausschreibung abbrechen muss. Die Verordnung sieht diesbezüglich lediglich vor, dass die Vergabestelle das Verfahren abbricht, wenn sie das Projekt nicht verwirklicht (Art. 30 Abs. 1 aVöB). Andere Gründe, welche einen Abbruch rechtfertigen, werden dagegen lediglich als Kann-Vorschrift formuliert, welche die Vergabestelle zu einem Abbruch ermächtigen, aber nicht verpflichten (vgl. Art. 30 Abs. 2 und 3 aVöB). Selbst wenn derartige Gründe gegeben sind, steht es daher im Ermessen der Vergabestelle, ob sie das Verfahren abbrechen will oder nicht (BGE 141 II 353 E. 6.3).

Nach der Rechtsprechung ist eine Vergabestelle zum Abbruch des Verfahrens nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sofern das ausgeschriebene Projekt wesentlich geändert werden soll. Von einer wesentlichen Projektänderung in diesem Sinn ist in der Regel dann auszugehen, wenn die Modifikation wettbewerbswirksam ist, das heisst, wenn sie als geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu beeinflussen. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Modifikation eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten lässt, wenn sie sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkt beziehungsweise deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zieht. Demgegenüber sind nicht wesentliche Leistungsänderungen im laufenden Verfahren erlaubt, sofern die Vergabestelle dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einhält und allen Anbietern Gelegenheit bietet, ihre Offerten entsprechend anzupassen (BGE 143 I 177 E. 2.3.1; BGE 141 II 353 E. 7.3; Urteil des BVGer B-6274/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 4.6 "Airborne Laserscanning swisstopo"; Zwischenentscheid des BVGer B-5108/2019 vom 3. September 2020 E. 4.4.1 "Sonderabfälle"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 809, 829; MARTIN BEYELER, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 786 Rz. 10; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, 2010, Rz. 251; HUBERT STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, Baurecht 1/2002, S. 15).

In gleicher Weise wie bei der erstmaligen Festlegung des Beschaffungsgegenstandes (vgl. E. 3.2 hievore) liegt es auch im Ermessen der Vergabe-

stelle darüber zu befinden, ob Anlass für eine Änderung des Projekts besteht oder ob andere sachliche Gründe vorliegen, das Vergabeverfahren im öffentlichen Interesse abubrechen (BGE 134 II 192 E. 2.3 "INSIEME").

4.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen Massnahmen vorgegeben, mit denen sich das Ziel einer nachhaltigen Sanierung des Tunnels nicht erreichen lasse. So weise die Amtslösung die geplanten Massnahmen falschen Bereichen im Tunnel zu. Im Gewölbesanierungsbereich G2 sei der Zweck der standardmässigen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen nicht ersichtlich, da das Gewölbe im Bereich G2 nur untergeordnete Mauerwerkschäden aufweise. Diese Injektionen seien sogar technisch kontraproduktiv. Insbesondere aber seien zu wenig Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders aufwendigen Typs G4 ausgeschrieben worden. Die Risikobewertungen und technischen Berichte der Beschwerdeführerinnen zeigten, dass die Vergabestelle nur mit halb so vielen Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des besonders anspruchsvollen und kostenintensiven Typs G4 (Gewölbeerneuerung inkl. Auflager und Erneuerung des Sohlgewölbes) gerechnet habe wie effektiv notwendig seien. Statt der auf einer Länge von 1'550m vorgesehenen Gewölbemassnahmen G2 seien auf circa 400m Massnahmen nach dem Typ G4 und auf circa 1'150m Massnahmen nach dem Typ G1 erforderlich. Dies werde zu Mehrkosten von mehreren Millionen Franken führen und erfordere zusätzliche Bauzeit, die der Amtsvorschlag nicht zulasse. Der vorgegebene strikte Zeitplan mit zeitlich begrenzter Sperrung des Bahnverkehrs lasse sich nicht einhalten. Die Mängel der Ausschreibung hätten die Vergabestelle veranlasst, nachträglich (nach Ablauf der Angebotsfrist und nach Eingang der Angebote) vier zusätzliche "Optionen" zu formulieren, darunter eine Bauzeitverlängerung um 12 Wochen, und die Anbieter einzuladen, hierfür eine zusätzliche Offerte einzureichen. Diese nachträglich angefragten Optionen seien rechtlich unzulässig gewesen und sie würden auch nur einen Teil der Mängel beheben.

4.2.1 Welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen an welchen Stellen des Tunnels zweckmässig sind, ob das geplante Projekt dem Stand der Technik entspricht und ob die finanziellen Risiken sich in einem annehmbaren Rahmen halten, sind Fragen, deren Beantwortung im Ermessen der Vergabestelle liegt, denn es ist grundsätzlich an ihr zu beurteilen, ob der Beschaffungsgegenstand ihren Bedürfnissen entspricht oder nicht, und ihn entsprechend zu definieren (vgl. E. 3.3. hievor). Ein Rechtsanspruch eines Anbieters darauf, dass die Vergabestelle ihr Verfahren – entgegen ihrem

eigenen Willen – abbrechen müsste, liesse sich nur begründen, wenn aufgezeigt werden könnte, dass das ausgeschriebene Projekt derart mangelhaft wäre, dass die Vergabestelle es notwendigerweise später ändern müsste und diese Änderungen als wesentlich im dargelegten Sinn (vgl. E. 4.1) einzustufen wären.

Ob die von den Beschwerdeführerinnen gerügten Mängel hinreichend belegt und relevant sind, wird daher im Folgenden in diesem Kontext zu prüfen sein.

4.2.2 In dem von der Vergabestelle eingereichten Expertenbericht I werden die Gründe, warum in den Ausschreibungsunterlagen Injektionsmassnahmen und Gewölbeverstärkungsmassnahmen im Gewölbesanierungsbereich G2 verlangt worden waren, dargelegt:

"Die Hinterfüllung des Mauerwerks stellte vor 100 Jahren die einzig mögliche Ausführung dar, um ein gemauertes Tunnelgewölbe kraftschlüssig im Gebirge zu betten. Die Injektionen sichern und verbessern diese weiterhin erforderliche Randbedingung, z.B. in Zonen, welche Gewölbeschäden verzeichnen. Es geht bei den vorgesehenen Injektionen keinesfalls um eine abdichtende Massnahme. Die Injektionen dienen nur der Sicherstellung und Verbesserung der Gewölbebettung, indem sie in Bauzuständen bei Eingriffen in die bestehende Tragstruktur die Stabilität und Tragsicherheit des Gewölbes durch Erhalt der Bettung sicherstellen (Verhinderung Herausfallen von Mauerwerkssteinen, Stabilisierung des Gelenktraginges), aber auch längerfristig die Bettung erhalten oder verbessern. Wir erachten zu diesem Zweck diese Injektionen, wir würden präziser von Verfestigungs- oder Stabilisierungsinjektionen sprechen (Verfestigung des Lockermaterials der Hinterfüllung), für erforderlich, um örtliche Niederbrüche, oder gar ein Gewölbeversagen zu verhindern und damit nicht zuletzt auch die Arbeitssicherheit zu gewährleisten." (Expertenbericht I, S. 26)

Zur Frage der Vorausmasse wird im Bericht ausgeführt:

"Die Vorausmasse wurden nach Angabe des Projektverfassers risikobasiert und konservativ ermittelt, womit der Eindruck von Ausmass- oder Bauherrenreserven entstehen könnte. Faktisch dienen sie aber der Abdeckung der üblichen Unsicherheiten bei Instandsetzungsprojekten (Bauen im Bestand) resp. der noch verbleibenden Unbekannten bezüglich des Zustandes resp. der erst beim Bauen feststellbaren Erkenntnisse und Aufschlüsse des Gewölbes (Mauerwerksgefüge, Steine), der Hinterfüllung und der Geologie." (Expertenbericht I, S. 27)

4.2.3 Die Vergabestelle hat damit nachvollziehbar dargelegt, dass sie in diesen Punkten aus sachlichen Gründen entsprechende Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellt hat. Ob diese Massnahmen

technisch die zweckdienlichsten sind, kann offengelassen werden, da jedenfalls kein Anlass ersichtlich ist, um der Vergabestelle vorzuwerfen, sie habe das ihr zustehende Ermessen ohne sachliche Gründe und damit rechtsfehlerhaft ausgeübt.

4.2.4 Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Einreichung ihres Angebots für die Amtslösung ausdrücklich bestätigten, "im Falle eines positiven Zuschlagsbescheides den Auftrag mit den angegebenen Ressourcen fristgerecht und nach aktuellem Stand der Technik erfüllen zu können". Bei der Darstellung der aus ihrer Sicht bestehenden Risiken führten sie aus, es bestehe das Risiko, dass das Wasser aus Quellen mit der vorgesehenen Entwässerung nicht vollständig erfasst und die angenommenen Leistungen für einzelne Arbeitsgänge nicht erreicht werden könnten. Auch könnte das Sohlgewölbe sich in Teilabschnitten anders darstellen als dies in den vorliegenden Bestandsplänen ausgewiesen sei. Beide Risiken hätten eine Eintretenswahrscheinlichkeit von je 50%.

Eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 50% ist klarerweise nicht so hoch, als dass sie die Folgerung erlauben würde, es stehe bereits fest, dass die Vergabestelle ihr Projekt aus diesem Grund notwendigerweise in wesentlichem Ausmass später ändern müsse.

Ob die erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Kritik allenfalls verwirkt ist, weil die Beschwerdeführerinnen nach Treu und Glauben gehalten gewesen wären, derartige Einwände bereits vor, oder jedenfalls anlässlich ihrer Offerteingabe gegenüber der Vergabestelle vorzubringen, so dass diese darauf hätte reagieren und die Ausschreibungsunterlagen entsprechend hätte anpassen können, kann vorliegend offengelassen werden. Wenn die Beschwerdeführerinnen nun aber erstmals in ihrer Beschwerde geltend machen, das ausgeschriebene Projekt sei derart mangelhaft, dass es objektiv gar nicht möglich sei, den Tunnel so zu sanieren, nachdem sie in ihrer Offerte zum Amtsvorschlag noch ausdrücklich versichert hatten, im Falle eines positiven Zuschlagsbescheides könnten sie den Auftrag fristgerecht und nach aktuellem Stand der Technik erfüllen, dann beeinträchtigt dieses *venire contra factum proprium* die Glaubwürdigkeit ihrer nunmehrigen Behauptungen in relevanter Weise.

4.2.5 Mit E-Mail vom 6. August 2020 lud die Vergabestelle die Anbieter ein, vier zusätzliche Optionen anzubieten, darunter auch eine Option mit einer Bauzeitverlängerung um 12 Wochen und eine Option, welche eine Verschiebung der Gewölbeinstandsetzungsmaßnahmen auf einer Länge von

insgesamt 400m vom Typ G2 zum Typ G4 vorsah. Die Beschwerdeführerinnen erachten das Einholen dieser Optionen als unzulässig, bestreiten aber nicht, dass damit zwei ihrer Kritikpunkte berücksichtigt würden.

Die Beschwerdeführerinnen machen zu Recht nicht geltend, dass mit der Einladung zu Nachofferten für diese Optionen die Ausschreibung wettbewerbswirksam geändert worden sei, indem eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter zu erwarten gewesen wäre, oder dass diese Optionen sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter ausgewirkt beziehungsweise deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich gezogen hätten. Es ist auch unbestritten, dass die Vergabestelle bei der Einladung zu den Nachofferten die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz eingehalten und allen Anbietern Gelegenheit geboten hat, ihre Offerten entsprechend anzupassen.

Mit dieser Einladung zu Nachofferten für diese Optionen antizipierte die Vergabestelle damit eine allfällige spätere Änderung ihres Projekts in einer Weise, welche nach den dargelegten, in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. E. 4.1 hievore) eine zulässige Alternative zu einem Verfahrensabbruch darstellt. Ob die Kritik der Beschwerdeführerinnen bezüglich einer ungenügenden Länge der vorgesehenen Gewölbemassnahmen nach dem Typ G4 und bezüglich der erforderlichen Bauzeit begründet ist, kann daher offengelassen werden, da die Vergabestelle nach der Einholung dieser Nachofferten berechtigt ist, den Beschaffungsgegenstand um diese Optionen zu verändern, sofern sie dies zu einem späteren Zeitpunkt als notwendig erachten sollte.

Auf die Einholung der zu diesen Fragen beantragten Gutachten kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

4.3 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Ausschreibungsunterlagen seien auch insofern grob mangelhaft, als die Vergabestelle die vorgeschriebenen Fluchtnischen im Bereich des Gewölbes G4 vergessen habe. Zwar treffe es zu, dass das BAV anlässlich der Plangenehmigung eine Ausnahme von den einschlägigen Vorschriften bewilligt habe, wie die Vergabestelle geltend mache. Die Ausnahmegewilligung sei aber nur für die neu zu erstellenden Portalnischen beantragt worden. Im Weissensteintunnel bestünden bereits alle 55m Fluchtnischen. Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 würden zwingend dazu führen, dass bestehende

Fluchtnischen beseitigt würden, weshalb in diesem Bereich neue Fluchtnischen erstellt werden müssten. Das Leistungsverzeichnis hätte dies vorsehen müssen, was aber nicht der Fall sei und einen Planungsfehler darstelle. Würden diese Fluchtnischen nicht gebaut, wäre der Weissensteintunnel nicht bewilligungskonform.

4.3.1 In ihrer Offerte hatten die Beschwerdeführerinnen zu diesem Thema dargelegt: "Für den Sanierungstyp G4 ist die Ausbildung der Nischen (unverkleidet, Verkleidung mit Spritzbeton) im Leistungsverzeichnis nicht erfasst. Durch den Bauherrn sind hier Vorgaben über die Ausbildung der Nischen zu machen." Bei der Darstellung der aus ihrer Sicht bestehenden Risiken führten sie aus: "Der Ausbau der bestehenden Personenschutznischen im Typ G4 ist nicht definiert - die neuen Personenschutznischen werden in Ortbeton ausgebildet. Durch den Bauherrn ist zu definieren, wie die Nischen ausgebildet werden". Dieses Risiko habe eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 50% und könne zu möglichen Mehrkosten von Fr. 1'140'000.– führen.

4.3.2 Die erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung, die Sanierung des Gewölbes nach dem Typ G4 führe zwingend dazu, dass die bereits bestehenden Fluchtnischen beseitigt würden, stehen somit in offensichtlichem Widerspruch diesen Ausführungen in ihrer eigenen Offerte. Gemäss diesen Ausführungen geht es lediglich darum, dass eine mögliche Verkleidung der Nischen nicht geregelt ist und eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Bauherrin nachträglich noch eine Verkleidung in Ortbeton wünschen würde, was zu Mehrkosten führen würde. Diese Wahrscheinlichkeit wird aber in der Offerte der Beschwerdeführerinnen lediglich mit 50% eingestuft. Davon, dass dieser noch offene Punkt mit Sicherheit zu einer wesentlichen nachträglichen Änderung des Leistungsgegenstands führen würde, kann daher keine Rede sein.

4.4 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Leistungsverzeichnisse wiesen offenkundig falsche Vorausmassen auf. Das akzeptable Mass an Ungenauigkeit zwischen effektiven Ausmassen und Vorausmassen werde in der vorliegenden Ausschreibung überschritten. Ausmassfehler verunmöglichten die Vergleichbarkeit der Angebote und die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und würden zu unzulässigen Umlagerungen und Verschiebungen einladen. Es sei davon auszugehen, dass die Vergabestelle Fehler im Ausmass als für den Zuschlag unerheblich betrachte. Dies sei aber falsch, sofern die Ausmassfehler nicht nur von untergeordneter Bedeutung seien. Vorliegend werde die akzeptable Unschärfe

bei Weitem überschritten. Aufgrund der Ausmassfehler hätten die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmensvariante offerieren können. Es sei davon auszugehen, dass die Offerten der anderen Anbieterinnen, welche erheblich unter dem Angebot der Beschwerdeführerinnen für den Amtsvorschlag lägen, insbesondere das Angebot der Z. _____ AG, unzulässige Umlagerungen und Verschiebungen enthielten.

4.4.1 Wie viele Reserven eine Vergabestelle beim Vorausmass einplant, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen (vgl. E.3.2 hievor). Dass Fehler im Vorausmass dazu führen können, dass der Zuschlag nicht demjenigen Angebot erteilt wird, das bei zutreffenden Annahmen das wirtschaftlich Günstigste wäre, ist nachvollziehbar. Es liegt allerdings in der Natur der Sache, dass es nicht, oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist, im Voraus zu bestimmen, wo und wie gross die Unschärfe ist. Die Vereinbarung des Werkpreises nach Ausmass, wie im vorliegenden Fall, ist denn auch die in der Praxis bewährte Methode, um mit dieser Unsicherheit umzugehen und das Risiko für die Folgen von Fehlannahmen beim Vorausmass beim dafür Verantwortlichen, der Vergabestelle, zu allokalieren. Jede Vergabestelle hat insofern ein offensichtliches eigenes Interesse daran, Fehlannahmen im Ausmass, insbesondere solche, welche Gelegenheit zu Umlagerungen oder Verschiebungen bieten könnten, zu vermeiden. Nach der Praxis können zwar Umlagerungen oder Verschiebungen ein Ausschlussgrund sein, sofern dies vorgängig ausdrücklich angedroht wurde. Indessen ist nicht ersichtlich, warum allfällige Fehlannahmen beim Vorausmass ein Grund sein könnten, um einem einzelnen Anbieter einen Rechtsanspruch darauf zu geben, eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen in seinem Sinn oder einen Abbruch der Ausschreibung und stattdessen eine neue Ausschreibung zu erstreiten.

Dies gilt erst recht, wenn die behaupteten "Fehler" im Vorausmass damit begründet werden, dass andere technische Entscheide zu erheblichen Einsparungen führen würden. Wie bereits dargelegt, liegt es im Ermessen der Vergabestelle zu entscheiden, welche technischen Massnahmen, insbesondere welche Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen sie an welchen Stellen des Tunnels beschaffen will (vgl. E. 3.2 f. hievor). Die Frage, welche Auswirkungen eine Änderung derartiger technischer Entscheide hätten, ist daher nicht entscheidungsrelevant. Auf die Einholung von gerichtlichen Gutachten zum Einsparungspotential solcher Änderungen kann daher in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

4.4.2 Der Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, stellt – entgegen ihrer eigenen Auffassung – keinen Beweis dafür dar, dass das Vorausmass der Vergabestelle in diesem Umfang fehlerhaft war. Wie dargelegt, beinhaltet die Unternehmervariante der Beschwerdeführerinnen diverse massive Reduktionen der im Vorausmass vorgesehenen Leistungen, darunter auch eine starke Reduktion der von der Vergabestelle verlangten Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G2 zugunsten des weniger aufwendigen und kostspieligen Typs G1, während die in der Unternehmervariante empfohlene Erhöhung der Menge der Gewölbeinstandsetzungsmassnahmen des Typs G4 zwar als Option dargestellt und bepreist, aber in den Preis der Unternehmervariante nicht eingerechnet ist. Die Vereinbarung eines Werkpreises nach Ausmass führt, wie dargelegt, dazu, dass die finanziellen Folgen eines zu geringen Vorausmasses durch die Vergabestelle zu tragen sind. Jeder Anbieter hat in dieser Situation offensichtlich ein Interesse daran, eine "Unternehmervariante" einzureichen, die auf niedrigeren Vorausmassmengen basiert, da er selber für die finanziellen Folgen eines zu knappen Vorausmasses nicht einzustehen hat und so zu einem scheinbar günstigeren Preis anbieten kann.

Dass die Beschwerdeführerinnen eine gegenüber dem Amtsvorschlag um rund 20% günstigere Unternehmervariante offeriert haben, ist daher kein Indiz dafür, dass das Vorausmass der Vergabestelle in relevantem Umfang fehlerhaft gewesen wäre.

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

4.5 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Ausschreibungsunterlagen seien auch insofern mangelhaft, als es gar nicht möglich sei, auf der Grundlage der Ausschreibung einen definitiven Totalunternehmer-Werkvertrag abzuschliessen. Die Ausschreibung und der Zeitplan beruhten auf einem blossen Vorprojekt, das Bauprojekt sei erst noch auszuführen. Es sei denn auch vorgesehen, dass nach der Ausführungsplanung die Lastenhefte nochmals überarbeitet und der unterzeichnete TU-Werkvertrag nochmals angepasst würden. Vertragsverhandlungen nach erfolgtem Zuschlag seien jedoch ausschreibungsrechtlich auf die Bereinigung von Nebenpunkten beschränkt; sie dürften nicht dazu dienen, wesentliche Punkte des Ver-

trags erst auszuhandeln oder sie abzuändern. In den Ausschreibungsunterlagen seien denn auch Verhandlungen und Abgebotsrunden ausdrücklich ausgeschlossen. Der Umstand, dass gestützt auf die Ausschreibungsunterlagen der Abschluss eines definitiven TU-Werkvertrags ohne substantielle Nachverhandlungen nach Vorliegen der Ausführungsplanung nicht möglich sei, stelle einen elementaren Mangel der Ausschreibung dar, der durch die Optionen nicht behoben werde. Dies verletze Bundesrecht, da das Ziel jeder Ausschreibung – der Abschluss eines verbindlichen Vertrags – sich nicht erreichen lasse.

Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe. Der Submission habe ein Auflage- und Bauprojekt mit entsprechender Bearbeitungstiefe vorgelegen, und nicht nur ein Vorprojekt. Dies ergebe sich aus dem Expertenbericht I. Auch gemäss dem Expertenbericht II entspreche der Umfang und die Tiefe des Auflageprojekts (Amtsvorschlag), das Basis für die Submission gewesen sei, einem Bauprojekt. Bei Instandsetzungsprojekten im Tunnelbau müsse das Ausführungsprojekt einerseits auf den Bestand angepasst sein, der auf Grund alter Bauwerksgrundlagen nicht immer genügend bekannt sei, andererseits müsse es im Baufortschritt jederzeit stark auf vorgefundene Aufschlüsse und Erkenntnisse reagieren können. Es bestünden also Unwägbarkeiten, die nach Mitwirkungsrechten und Mitgestaltungs- und Entscheidungspflichten der Bauherrschaft verlangten. Da Bestellungsänderungen zu Verhandlungen führen würden, werde diesem Risiko durch die Verrechnung über Einheitspreise teilweise Rechnung getragen. Der grundsätzliche Umgang mit den Risiken von Bauzeitkonsequenzen und Ausmassänderungen werde über die anerkannten Regelungen der SIA 118 vereinbart. Die Risiken von Bauzeitverlängerungen und Mehrkosten wegen verändertem Massnahmenumfang verblieben grundsätzlich bei der Bauherrschaft. Dank der Nachofferierung der Optionen unter Konkurrenz könnten die Auswirkungen oder Streitigkeiten dieser Risiken eingegrenzt werden.

4.5.1 In den Ausschreibungsunterlagen befindet sich ein Vertragsentwurf, dessen Unterzeichnung gemäss Terminplan offenbar für kurz nach Rechtskraft des Zuschlags vorgesehen ist. Darin verpflichtet sich der Totalunternehmer zur vollständigen Leistung und zu sämtlichen Lieferungen gemäss der in den bauleistungsbeschreibenden Dokumenten, den Plänen und weiteren Vertragsbestandteilen festgelegten Ausführung und Spezifikation. Von den drei Teilphasen Ausführungsprojekt, Ausführung und Inbetriebnahme, Abschluss, die Gegenstand des Vertrages sind, wird mit der Unter-

zeichnung der Vertragsurkunde vorerst erst die erste Teilphase (Ausführungsprojekt) freigegeben. Weitere Teilphasen werden gemäss Vertrag erst später durch den Bauherrn freigegeben, wobei dieser sich vorbehält, einzelne Teilphasen nicht ausführen zu lassen. Der totale Werkpreis versteht sich als Werkpreis mit Ausmass nach Einheitspreisen gemäss Leistungsverzeichnis und Pauschalen gemäss Lastenheften. Lieferungen und Leistungen sind auch dann im Werkpreis inbegriffen und fallen unter die Ausführungspflicht des Totalunternehmers, wenn sie nicht ausdrücklich aufgeführt sind, jedoch für die fachgerechte Herstellung und vertragsgemässe Funktion des Bauwerkes sowie die Betriebssicherheit erforderlich sind. Eine allfällige Anpassung des Werkpreises für nicht ausgeschriebene Lieferungen und Leistungen ist unter anderem vorgesehen für Mehr- oder Minderkosten infolge von notwendigen Änderungen und Bestellungsänderungen des Bauherrn, für nachgewiesene Mehrkosten aufgrund der Erstreckung von Terminen, die nicht vom Totalunternehmer zu verantworten ist und für Mehr- oder Minderkosten durch Auslösung der Optionen. Bauleistungsbeschreibende Dokumente im Sinne dieses Vertragsentwurfs sind insbesondere das Auflageprojekt 2017 vom 5. Mai 2017 sowie die verschiedenen Lastenhefte und Leistungsverzeichnisse, die auch die Basis für die Offerten bilden.

4.5.2 Es ist plausibel, dass dieser Vertragsentwurf noch nicht unterschriftsreif ist und dass noch verschiedene Punkte zwischen den potentiellen Vertragspartnern verhandelt und konkretisiert werden müssen, wie dies bei Projekten dieser Art und Grössenordnung offenbar üblich ist. Warum darin indessen ein Grund zu sehen sein soll, der zwingend zu einem Abbruch des Verfahrens führen müsste, ist nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerinnen haben jedenfalls nicht dargetan, dass und warum diese noch zu konkretisierenden Punkte notwendigerweise zu einer wesentlichen Projektänderung im dargelegten Sinn (vgl. E. 4.1 hievore) führen müssten.

4.6 Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, die Ausschreibung sei derart mangelhaft, dass das Verfahren abgebrochen werden müsse, erweist sich daher als unbegründet.

5.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die

Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest.

7.

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

Als unterliegende Partei haben die Beschwerdeführerinnen keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

Die Vergabestelle beantragt eine Parteientschädigung. Sie macht geltend, aufgrund der Komplexität des Projekts und der damit einhergehenden rechtlichen Fragen sei der Beizug von spezialisierten Rechtsanwältinnen zur Unterstützung und Ausarbeitung der Rechtsschriften erforderlich gewesen.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA 1994 und aBöB tätigen, also auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (Urteile des BVGer B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018 E. 11 "Loslimitierung swissgrid", B-7305/2014 vom 27. März 2015 und B-7307/2014 vom 29. Januar 2015; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Die Vergabestelle hat demnach ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten werden im Umfang von Fr. 39'000.– den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 197516; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Z. _____ AG (Rechtsvertreterin; Auszug; A-Post)
- die Bietergemeinschaft Y. _____ (Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 11. Juni 2021