



## Urteil vom 6. April 2021

---

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Ronald Flury,  
Gerichtsschreiberin Corine Knupp.

---

Parteien

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

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

alle vertreten durch Rechtsanwalt  
lic. iur. Jon Andri Moder,  
Vincenz & Partner,  
Beschwerdeführinnen,

gegen

**Bundesamt für Strassen ASTRA**,  
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Zuschlag betr. Projekt "100045 N01/38 ANU Los 1 -  
Hauptarbeiten BAU - Überdeckung Weiningen und  
Halbanschluss Weiningen"  
(SIMAP-Projekt-ID 205142, Meldungsnummer 1168393).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 8. Juni 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur Ost, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "100045 N01/38 ANU Los 1 - Hauptarbeiten BAU - Überdeckung Weiningen und Halbanschluss Weiningen" als Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 100045). Das Gesamtprojekt für den Ausbau der Nordumfahrung Zürich (ANU), die in den Jahren 1977 bis 1985 realisiert wurde, sieht einen durchgehenden 6-Streifen-Ausbau zwischen der Verzweigung Limmattal und der Verzweigung Zürich Nord vor. Das Teilprojekt Los 1 umfasst den Ausbau bzw. Neubau des Halbanschlusses Weiningen und der Überdeckung Weiningen. Zur Gewährleistung der Baustellenerschliessung wird eine provisorische, schwerverkehrstaugliche Logistikbrücke inkl. Anschlussrampe erstellt. Sämtliche Arbeiten erfolgen unter Aufrechterhaltung des Verkehrs. Es sind – unter Vorbehalt weiterer Bauphasen – 22 Bauphasen vorgesehen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Arbeiten sollten in der Zeit vom 1. März 2021 bis 31. Dezember 2025 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.8).

**A.b** Innert der bis am 7. August 2020 angesetzten Frist gingen vier Angebote ein, darunter das Angebot der ARGE X.\_\_\_\_\_, bestehend aus A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ AG und D.\_\_\_\_\_ AG.

**A.c** Mit Schreiben vom 12. August 2020 bestätigte die Vergabestelle den Anbietern den Eingang ihrer Offerte unter Beilage des anonymisierten Protokolls der Offertöffnung.

**A.d** Am 18. September 2020 stellte die Vergabestelle der ARGE X.\_\_\_\_\_, Rückfragen zu ihrem Angebot, welche diese mit Eingabe vom 25. September 2020 beantwortete.

**A.e** Am 4. Dezember 2020 erteilte die Vergabestelle der ARGE Y.\_\_\_\_\_, (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen) zum Preis von Fr. 74'100'688.06 (exkl. MwSt) den Zuschlag und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 9. Dezember 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1137925).

**A.f** Mit Schreiben vom 9. Dezember 2020 teilte die Vergabestelle der ARGE X.\_\_\_\_\_, unter Hinweis auf die soeben erwähnte SIMAP-Publika-

tion mit, dass ihr Angebot von der Bewertung habe ausgeschlossen werden müssen und der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerinnen erteilt worden sei. Als Grund für den Ausschluss wurde angeführt:

- "- Fehlende Vergleichbarkeit der angegebenen Referenzobjekte bei EK 1, wegen
  - mangelnder technischer Komplexität sowie
  - kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens.
- Die angegebene Teilreferenz zum Fachbereich Brückenbau bei EK 1 ist ungenügend.
- Fehlende Vergleichbarkeit der angegebenen Referenzobjekte bei EK 3, wegen
  - mangelnder technischer Komplexität sowie
  - kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens."

## **B.**

**B.a** Mit Eingabe vom 23. Dezember 2020 erhoben die ARGE X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellen folgende Rechtsbegehren:

### **"formelle[...] Anträge[...]**

1. Der vorliegenden Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und die Auftraggeberin sei aufzufordern, keine weiteren vorkehrenden Massnahmen und Verfügungen zu treffen sowie keinen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen, bis über die aufschiebende Wirkung definitiv geurteilt worden ist.
2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Es sei die Auftraggeberin zu verpflichten, die vollständigen Akten einzureichen und der Beschwerdeführerin vollumfängliche Akteneinsicht zu gewähren [...]

### **materielle[...] Anträge[...]**

1. Die Ausschlussverfügung vom 9. Dezember 2020 betreffend Projekt 100045, N. 01/38 ANU Los 1 – Hauptarbeiten Bau – Überdeckung Weiningen und Halbanchluss Weiningen sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die angefochtene Ausschlussverfügung vom 9. Dezember 2020 rechtswidrig war."

**B.b** Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Vergabestelle habe ihr Ermessens- und Beurteilungsspielraum überschritten. Die von ihnen angegebenen Referenzobjekte zum Eignungskriterium 1 "Tech-

nische Leistungsfähigkeit" (EK 1) seien durchaus vergleichbar. Unzutreffend sei auch, dass ihre Referenzobjekte infolge des tieferen Auftragsvolumens eine kleinere Komplexität aufweisen würden. Denn die Gesamtbau-  
summe des Projektes Weiningen relativiere sich durch die lange Bauzeit. Weder der daraus resultierende Monatsumsatz noch das jährliche Auf-  
tragsvolumen seien (für den Nationalstrassenbau) aussergewöhnlich hoch. Schliesslich sei auch die Feststellung, die Teilreferenz zum Fachbereich  
Brückenbau sei ungenügend, willkürlich.

Weiter bringen die Beschwerdeführerinnen vor, die Referenzen zum Nach-  
weis der Erfüllung des EK 1 hätten kumulativ in maximal vier Teilreferenzen  
erbracht werden können, wobei sie mindestens die in der Ausschreibung  
genannten Fachbereiche zu enthalten gehabt hätten. Sie seien davon aus-  
gegangen, dass jeweils nur die einzelnen Teilbereiche der Referenzobjekte  
mit dem Projekt Weiningen vergleichbar sein müssten, sodass mit der  
Summe der Referenzobjekte der Eignungsnachweis erbracht werden  
könne. Als erste Teilreferenz hätten sie das Objekt "*Effretikon-Ohringen*"  
aufgeführt, eine Infrastrukturanlage eines Strassenprojektes unter Verkehr  
mit Trasse und Werkleitungsbau unter Verkehr sowie ein Objekt von ver-  
gleichbarer Komplexität aus dem gleichen Fachbereich. Dieses Objekt sei  
logistisch, technisch und terminlich mindestens so anspruchsvoll gewesen  
wie das Projekt Weiningen. In einer Bauzeit von 8 ½ Monaten seien Bau-  
leistungen von 18.7 Mio. Fr. zu erbringen gewesen, was bedeute, dass um-  
gerechnet auf die Monatsleistung ein höherer Betrag zu verbauen gewe-  
sen sei als beim Projekt Weiningen. Als zweite Teilreferenz hätten sie das  
Objekt "*Kloten ZEB, Dorfnest Entflechtung & Zugfolgezeitverkürzung*"  
(nachfolgend: "*Kloten ZEB*") aufgeführt, eine Infrastrukturanlage mit einem  
Tiefbauprojekt Eisenbahn samt Brücke unter Verkehr. Damit sei der Nach-  
weis einer "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder einer "Eisenbahn  
unter Verkehr" erbracht worden. Ob die Brücke durch Autos oder eine Ei-  
senbahn befahren werde, sei für den Eignungsnachweis völlig unerheblich.  
Die beiden Projekte seien hinsichtlich Komplexität und Aufgabenteilung mit  
dem Brückenbau im Rahmen des Projektes Weiningen absolut vergleich-  
bar, da es sich bei beiden Objekten um eine Stahlbetonbrücke mit Vorspan-  
nung, Lehrgerüstkonstruktion, Spezialbaufundationen und Brückenabdich-  
tungen handle. Mit der dritten Teilreferenz "*Neubau/Erweiterung Migros  
Hoch- und Tiefbau*" hätten sie den Nachweis für eine tiefe Baugrube inklu-  
sive Sicherungen sowie Trasse- und Werkleitungsbau unter Verkehr er-  
bracht. Mit der vierten Teilreferenz "*Tunnel Entlisberg*" hätten sie sodann  
den Nachweis erbracht, in der Lage zu sein, eine vergleichbare Infrastruk-

turanlage eines Strassenprojektes unter Verkehr samt Trasse und Werkleitungsbau unter Verkehr mit einer vergleichbaren Komplexität zu bewältigen.

Beim Eignungskriterium 3 "Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselpersonen" (EK 3) habe die Vergabestelle die gleichen Gründe wie bei EK 1 als Ausschlussgründe aufgeführt. Da die Annahme der fehlenden Vergleichbarkeit der Referenzen bei EK 1 ein qualifizierter Ermessensfehler darstelle, gelte dies auch bei EK 3.

Angesichts des Auftragsvolumens von über 70 Mio. Fr. stünden erhebliche Interessen der Beschwerdeführerinnen auf dem Spiel. Hinzu kämen wirtschaftliche Interessen der Öffentlichkeit, da sie ein um rund 4 Mio. Fr. günstigeres Angebot eingereicht hätten als die Zuschlagsempfängerinnen. Eine besondere Dringlichkeit der Vergabe sei zu verneinen, zumal die Auftragsdauer 65 Monate betrage und Verzögerungen durch ein Beschwerdeverfahren mit Ablaufoptimierungen wieder wettgemacht werden könnten.

### **C.**

Mit Verfügung vom 24. Dezember 2020 ordnete der Abteilungspräsident an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen, zu unterbleiben hätten.

### **D.**

**D.a** Mit Verfügung vom 29. Dezember 2020 wurde die Vergabestelle ersucht, in der Hauptsache und zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen, sowie die vollständigen Akten betreffend das vorliegende Verfahren einzureichen.

**D.b** Innert Frist reichte die Vergabestelle am 19. Januar 2021 die Vernehmlassung einschliesslich der Beilagen 1-7 und die Vergabeakten inklusive Aktenverzeichnis ein. Sie beantragt unter Kostenfolge, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, ebenso sei die Beschwerde abzuweisen. Weiter beantragt sie, das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen zu beschränken und sowohl die Offerten der Konkurrenten als auch den Evaluationsbericht und die weiteren Vergabeunterlagen der Vergabestelle von der Akteneinsicht auszunehmen, da sich die

zur Beurteilung der Streitsache wichtigen Dokumente in den Beilagen befänden.

**D.c** Zur Begründung hält die Vergabestelle fest, es bestünden verschiedene Gründe für den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen, wobei der Hauptgrund im fehlenden Erfahrungsnachweis im Bereich Brückenbau liege. Gemäss EK 1 habe der Anbieter unter anderem Erfahrungen im Bereich Brückenbau mittels eines Referenzobjektes im Bereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" nachzuweisen. Es seien zwei Brücken unter Aufrechterhaltung des Verkehrsflusses abzubauen und neu zu bauen. Da es sich um vorgespannte Brücken über mehrere Fahrbahnen handle, welche im Grundriss gekrümmt seien, seien spezifische Erfahrungen erforderlich, weshalb sie diesbezüglich einen entsprechenden Erfahrungsnachweis gefordert habe.

Von den angegebenen Referenzobjekten enthalte nur das Projekt "*Kloten ZEB*" den Fachbereich Brückenbau. Bei diesem Projekt seien die Beschwerdeführerinnen aber lediglich als Subunternehmer tätig gewesen. Der Anteil der Beschwerdeführerinnen an der Auftragssumme habe nur rund einen Drittel der gesamten Leistungen betragen. Die Beschwerdeführerinnen hätten selbst keine Kernarbeiten an der Brücke ausgeführt und auch keine Gesamtverantwortung und Koordinationsaufgaben wahrgenommen. Die Teilreferenz "*Kloten ZEB*" könne somit nicht angerechnet werden. Denn relevant für die Beurteilung der Erfahrung eines Anbieters in einem Fachbereich sei nicht, ob er in untergeordneter Form an einem Projekt beteiligt gewesen sei. Vielmehr müsse der Anbieter effektiv über Erfahrung bei den relevanten Arbeiten verfügen und diese nachweisen können.

Weiter erfülle auch das Referenzobjekt zum Nachweis von vergleichbaren Erfahrungen beim Bau einer Infrastrukturanlage eines Strassen- oder Eisenbahnprojektes unter Verkehr die Anforderungen nicht. Das vorliegende Projekt sei komplex, da wenig Raum für die Ausführung der Arbeiten zur Verfügung stehe und sehr viele Verkehrsumstellungen vorzunehmen seien. Zudem handle es sich in vielen Teilen um Inselbaustellen und es bestünden unzählige Abhängigkeiten von anderen Projektbeteiligten. Das von den Beschwerdeführerinnen angegebene Referenzobjekt "*Effretikon-Ohringen*" weise diese Aspekte nicht oder nicht mit vergleichbarer Komplexität auf.

Bei EK 3 hätten die Beschwerdeführerinnen für beide Schlüsselpersonen ebenfalls das Referenzobjekt "*Effretikon-Ohringen*" angegeben. Die Komplexität dieses Projektes sei aber wie erwähnt mit dem vorliegend ausgeschriebenem Projekt insbesondere aufgrund der Abschnittslänge und der daraus resultierenden intensiven und vielgestaltigen Arbeiten auf engstem Raum nicht vergleichbar. Zudem fehlten der Referenz für das vorliegende Projekt wichtige Fachgebiete (z.B. Brücken, Tagbautunnel, geotechnisch anspruchsvolle Baugruben). Entsprechend könne es bei EK 3 nicht als vergleichbar beurteilt werden.

Schliesslich macht die Vergabestelle zeitliche Dringlichkeit geltend. Verzögerungen im vorliegenden Teilprojekt hätten Auswirkungen auf das gesamte Bauprojekt. Dies habe aufgrund Verkehrsbehinderungen, zusätzlichen Stautunden und erhöhten Unfallrisiken volkswirtschaftliche und politische Auswirkungen. Zudem würden Terminverzögerungen zusätzliche Planungsaufwendungen und Kosten verursachen. Die Termine seien bereits optimiert und zusätzliche Verkürzungen kaum realistisch.

#### **E.**

In ihrer innert einmal erstreckter Frist eingereichten Replik vom 22. Februar 2021 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen und ihrer Begründung fest. Sie machen ergänzend geltend, ihre Mitglieder seien seit Jahrzehnten im Nationalstrassenbau tätig und hätten sich an zahlreichen Ausschreibungen beteiligt, insbesondere am Projekt "*Einhausung Schwamdingen*". Die Eignung sei ihnen dabei nie abgesprochen worden.

Die Vergabestelle bestreite die Eignung im Wesentlichen mit der fehlenden Referenz im Brückenbau. Dieser sei mit Blick auf den Gesamtauftrag aber von untergeordneter Bedeutung. Zudem werde der Brückenbau in der Ausschreibung nur als alternativer Fachbereich bezeichnet. Ausserdem sei ihre Kompetenz für den Brückenbau falsch bewertet worden. Sie hätten beim Referenzobjekt "*Kloten ZEB*" durchaus auch für den Brückenbau im engeren Sinne massgebliche Arbeiten ausgeführt und für den Bau des Lehrgerüsts eine Spezialfirma als Subunternehmerin vorgesehen und deklariert.

Überdies seien beim Referenzobjekt "*Effretikon-Ohringen*" auf den Monat umgerechnet sogar mehr komplette Verkehrsumstellungen vorgenommen worden, als beim vorliegenden Projekt geplant seien. Entsprechend treffe es nicht zu, dass dieses Referenzobjekt die Anforderungen zum Nachweis

von vergleichbaren Erfahrungen beim Bau einer Infrastrukturanlage unter Verkehr nicht erfülle.

**F.**

In ihrer Duplik vom 5. März 2021 bestätigt die Vergabestelle ihre in der Vernehmlassung gemachten Ausführungen. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht nachweisen können, die relevanten Arbeiten im Brückenbau selbst ausgeführt zu haben. Der Nachweis für den Brückenbau sei zwingend zu erbringen gewesen, was sich aus der Formulierung im SIMAP ergebe. Um den potentiellen Anbieterkreis nicht zu stark zu begrenzen, sei sowohl eine Brücke über die Nationalstrasse oder über die Eisenbahn als vergleichbar zugelassen worden. Das ausgeschriebene Projekt habe offensichtlich keinen Bezug zum Eisenbahnverkehr bzw. zum Bau von Eisenbahnanlagen, weshalb es objektiv keinen Sinn machen würde, einen Erfahrungsnachweis in diesem Bereich zu verlangen. Zudem könne die Bedeutung des Bereichs Brückenbau nicht allein anhand des Leistungsanteils über alle Leistungen eingeordnet werden. Die Komplexität der abzubauenden und neu zu erstellenden Brücken sei erhöht. Die Rüge, der verlangte Erfahrungsnachweis im Fachbereich Brückenbau sei nicht sachgerecht, sei aber ohnehin verwirkt.

Im Übrigen werde von den Beschwerdeführerinnen weder behauptet, noch sei es auf andere Weise ersichtlich, dass sie über eine andere Referenz verfügen würden, die den Anforderungen der Ausschreibung im Fachbereich Brückenbau genüge.

**G.**

In ihrer Eingabe vom 19. März 2021 nehmen die Beschwerdeführerinnen innert Frist abschliessend zum Verfahren Stellung.

**H.**

Die Zuschlagsempfängerinnen haben sich zur Frage, ob sie im vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerinnen teilnehmen möchten, innert der ihnen mit Zwischenverfügung vom 29. Dezember 2020 angesetzten Frist nicht geäußert.

**I.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

## **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 8. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB).

### **1.2**

**1.2.1** Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung gilt nebst dem Zuschlag auch der Ausschluss nach Art. 11 aBöB (Art. 29 Bst. a und d i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB). Die Beschwerdeführerinnen fechten vorliegend den mit Schreiben vom 9. Dezember 2020 mitgeteilten Ausschluss aus dem Verfahren an. Sie beantragen, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen, eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschlussverfügung festzustellen. Da sie das preisgünstigste Angebot aller Anbieter eingereicht hätten, hätten sie gute Aussichten den Zuschlag für die Arbeiten zu erhalten, wenn der Ausschluss aufgehoben werde. Zumindest implizit fechten die Beschwerdeführerinnen somit auch den Zuschlag an.

**1.2.2** 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.

**1.2.3** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB).

**1.2.4** 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. Vorliegend ist der Bau eines Nationalstrassenprojektes im Sinne des Art. 26 des Bundesgesetzes vom 8. März 1960 über die Nationalstrassen (NSG, SR 725.11) geplant. Die Einstufung als Bauauftrag ist daher zutreffend. Das aBöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8 Mio. Fr. erreicht (Art. 2a Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 2a Abs. 3 Bst. d aVöB). Dieser Schwellenwert ist angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 74'100'688.06 (exkl. MwSt) zweifelsfrei überschritten.

**1.2.5** Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB.

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

**1.3** Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.4** Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

**1.4.1** Die Beschwerdeführerinnen sind formell beschwert, denn sie haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Weil der Zuschlag nicht

ihnen erteilt wurde und sie vom Verfahren ausgeschlossen wurden, sind sie durch die angefochtene Verfügung auch besonders berührt.

**1.4.2** Ein unterlegener Anbieter hat jedoch nur dann ein schutzwürdiges Interesse, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff.). Diese Frage ist aufgrund der von den Beschwerdeführerinnen gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Wie erwähnt, beantragen die Beschwerdeführerinnen, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und die Sache zur Neu Beurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Die Vergabestelle habe einen qualifizierten Ermessensfehler begangen, indem sie davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien nicht erfüllen. Zudem hätten sie ein um rund 4 Mio. Fr. günstigeres Angebot eingereicht als die Zuschlagsempfängerinnen. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen und den Ausschlussgrund verneinen, so wäre die Sache zumindest zu einer Neuevaluation der Angebote unter Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerinnen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Da der Angebotspreis der Beschwerdeführerinnen günstiger ist als derjenige der Zuschlagsempfängerinnen, hätten die Beschwerdeführerinnen – auch wenn dieser gemäss den Zuschlagskriterien nur mit 40% gewichtet wird – eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Ihnen ist demnach die Beschwerdelegitimation zuzusprechen.

**1.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 aBöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Nach Art. 9 Abs. 1 aVöB kann die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen. Die Eignungskriterien müssen auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein (vgl. zum Ganzen: Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017

vom 24. April 2017; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 555 f.).

**2.2** Eignungskriterien dienen dazu, den Kreis der Anbieter auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (BVGE 2010/58 E. 6.1). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580). Erfüllt ein Anbieter ein Eignungskriterium nicht, ist er auszuschliessen, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (Urteile des BGer 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E.3.3, 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3).

**2.3** Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich steht etwa die Beurteilung, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung in der Lage ist den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen im Ermessen der Vergabebehörde (BVGer B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

### **3.**

**3.1** Vorliegend musste gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung für EK 1 der folgende Nachweis erbracht werden:

"Zu EK1: Für den Anbieter: 1 Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich.

Die Referenz kann kumulativ in maximal vier Teilreferenzen erbracht werden. Das Referenzprojekt bzw. die Teilreferenzen hat / haben mindestens folgende Fachbereiche zu enthalten:

- Infrastrukturanlage eines Strassen- oder Eisenbahnprojektes unter Verkehr,
- Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr,
- Trasse- und Werkleitungsbau unter Verkehr,
- Tiefe Baugrube inkl. Sicherung,
- Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität aus dem gleichen Fachbereich."

**3.2** Die Vergabestelle begründete den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen damit, dass die von ihnen vorgelegte Teilreferenz

zum Fachbereich "Brückenbau" ungenügend sei. Zudem seien die angegebenen Referenzobjekte bei Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit" (EK 1) und Eignungskriterium 3 "Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselpersonen" (EK 3) wegen mangelnder technischer Komplexität sowie kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens nicht vergleichbar.

**3.3** Die Beschwerdeführerinnen haben vier Referenzobjekte angegeben, wobei eines den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" enthält. Es handelt sich dabei um das Projekt "Kloten ZEB". Bei diesem Referenzobjekt wurde gemäss der Darstellung der Beschwerdeführerinnen eine neue rund 200 Meter lange Eisenbahnbrücke erstellt, mit welcher die Züge von Bassersdorf in Richtung Kloten die Flughafenlinie überqueren können, ohne diese kreuzen zu müssen. Weiter sei die Strecke Kloten-Dorfnest über rund 1,6 Kilometer Länge zur Doppelspur ausgebaut worden. Die Bauausführung sei unter ständigem Bahnverkehr erfolgt. Die Firmen A. \_\_\_\_\_ AG und D. \_\_\_\_\_ AG seien bei diesem Projekt als Subunternehmerinnen der E. \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen (vgl. S. 12 der Unternehmerangaben der Beschwerdeführerinnen sowie Offerte der Beschwerdeführerinnen, Formular 3.1 und Dokumentation Referenz [...] "Kloten, ZEB, Dorfnest Entflechtung & Zugfolgezeitverkürz.").

**3.4** Die Beschwerdeführerinnen rügen vorab, dem Brückenbau komme im vorliegenden Projekt nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Ein Erfahrungsnachweis im Sinne eines Referenzobjektes für den Fachbereich Brückenbau sei deshalb nicht sachgerecht. Die Vergabestelle stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, diese Rüge sei verwirkt.

**3.4.1** Als mit Beschwerde selbstständig anfechtbare Verfügung gilt auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. b aBöB). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 563). Überdies besteht bei einer unklaren Ausschreibung eine Fragepflicht des Anbietenden.

**3.4.2** Der Vergabestelle kommt bei der Wahl der Eignungskriterien und der einzureichenden Eignungsnachweise ein grosses Ermessen zu, in welches die Rechtsmittelinstanz nicht eingreifen darf (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass beim vorliegenden Projekt zwei Brücken unter Aufrechterhaltung des Verkehrsflusses abzurechen und neu zu bauen sind. Bei den zu erstellenden Brücken handelt es sich um längs vorgespannte, 3-feldrige integrale Plattenbrücken über mehrere Fahrbahnen, mit einer Gesamtlänge von je 62,3m und ca. 70m im Achsenmass. Die Brücken sind im Grundriss gekrümmt (vgl. Dossier 3, Ausschreibungsunterlagen Dokument 3.02.000, S. 46 ff.). Auch wenn nur ein kleinerer Teil des gesamten Auftragsvolumens auf den Brückenbau entfällt, kann bei dieser Ausgangslage keine Rede davon sein, dass die gewählten Eignungskriterien nicht in einem direkten und konkreten Bezug zur Leistung stehen, die zu erbringen ist. Vielmehr erscheint es nachvollziehbar, dass an die Anbieter im Fachbereich "Brückenbau" hohe Anforderungen gestellt werden, weshalb die Rüge als unbegründet abzuweisen ist. Die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen diese Rüge bereits früher hätten vorbringen müssen, kann deshalb offenbleiben.

**3.5** Die Beschwerdeführerinnen bringen in ihrer Duplik weiter vor, in der Ausschreibung würden entweder Referenzen für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder "Eisenbahn unter Verkehr" verlangt. Der Brückenbau sei damit nur als alternativer und nicht als zwingender Fachbereich bezeichnet. Sie hätten sich mit dem Objekt "*Kloten ZEB*" für die Variante "Eisenbahn unter Verkehr" entschieden. Nebst dem Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" sei in diesem Projekt auch der Brückenbau beinhaltet gewesen. Faktisch seien damit beide Fachbereiche abgedeckt gewesen.

**3.5.1** Die Vergabestelle ist demgegenüber der Auffassung, aus der Formulierung im SIMAP ergebe sich eindeutig, dass der Bau einer Brücke als Nachweis erforderlich gewesen sei, wobei sowohl eine Brücke über die Nationalstrasse als auch eine solche über die Eisenbahn als vergleichbar zugelassen worden sei. Einen Erfahrungsnachweis im Bereich "Eisenbahn unter Verkehr" zu verlangen mache auch objektiv keinen Sinn. Das ausgeschriebene Projekt habe keinen Bezug zum Eisenbahnverkehr bzw. dem Bau von Eisenbahnanlagen.

**3.5.2** 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 (Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGer B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Die Vergabestelle verfügt allerdings auch bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2; BVGer B-3875/2016 E. 3.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken. 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; BVGer B-3875/2016 E. 3.2).

**3.5.3** Gemäss der Ausschreibung wurde eine Teilreferenz für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" gefordert. Der Wortlaut dieser Anforderung ist nicht eindeutig. Diese Anforderung kann wörtlich einerseits dahingehend verstanden werden, als dass eine Referenz aus dem Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder aus dem Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" verlangt wird. Andererseits kann sie auch so verstanden werden, dass eine Referenz für eine "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder eine "Strassenbrücke über Eisenbahn unter Verkehr" gefordert wird. Wie die Vergabestelle richtig vorbringt, weist das vorliegende Projekt keinen Bezug zum Bau von Eisenbahnanlagen bzw. zum Fachbereich "Eisenbahn unter Verkehr" auf. Demgegenüber müssen beim vorliegenden Projekt zwei Brücken unter Aufrechterhaltung des Verkehrsflusses abgebrochen und neu gebaut werden. Bei den zu erstellenden Brücken handelt es sich wie bereits erwähnt um vorgespannte Brücken über mehrere Fahrbahnen, die im Grundriss gekrümmt sind (s. oben E. 3.4.2). Die zu erstellenden Brücken weisen somit eine hohe Komplexität auf. Insofern erscheint es daher naheliegend, dass für die Erbringung dieser Leistung einen Erfahrungsnachweis für eine "Strassenbrücke über Nationalstrasse" oder eine "Strassenbrücke über Eisenbahn unter Verkehr" verlangt wurde (vgl. oben E. 3.4.2). Auch alle weiteren Bewerber haben im Übrigen ein Referenzobjekt für den Fachbereich Brückenbau angegeben.

**3.5.4** Insgesamt scheint die von der Vergabestelle vertretene Auslegung somit eher zutreffend als diejenige der Beschwerdeführerinnen. Selbst wenn sie nur gleichermassen vertretbar wäre, wäre ihr unter Berücksichtigung des der Vergabestelle zustehenden Ermessens- oder Beurteilungsspielraums (vgl. oben E. 3.5.2) jedoch der Vorzug zu geben.

**3.6** Es stellte sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen ihre Eignung im Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder [Brücke über] Eisenbahn unter Verkehr" mit dem Referenzprojekt "*Kloten ZEB*" nachweisen konnten.

**3.6.1** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, die angegebene Referenz könne den Beschwerdeführerinnen nicht angerechnet werden, da sie nur als Subunternehmerinnen tätig gewesen seien, die relevanten Arbeiten im Brückenbau nicht selber ausgeführt, keine Gesamtverantwortung getragen und keine Koordinationsaufgaben wahrgenommen hätten.

**3.6.2** Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, in der Ausschreibung werde nirgends verlangt, dass nur Referenzen anerkannt würden, bei denen die Anbieterinnen als Hauptunternehmerinnen tätig gewesen seien. Entsprechend hätten sie nicht davon ausgehen müssen, dass eine als Subunternehmerin ausgeführte Arbeit nicht als Teilreferenz zähle. Zudem hätten sie beim Referenzobjekt durchaus auch für den Brückenbau im engeren Sinne massgebliche Arbeiten ausgeführt. Beim Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion sei dies zwar nicht der Fall gewesen, für diese Arbeiten hätten sie aber in ihrem Angebot die renommierte Spezialfirma F. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin vorgesehen und deklariert.

**3.6.3** Den Zuschlag für das Referenzobjekt "*Kloten ZEB*" hat die E. \_\_\_\_\_ AG erhalten (SIMAP-Publikation vom 28. September 2015, Meldungsnummer 881047). Die Beschwerdeführerinnen, d.h. konkret die A. \_\_\_\_\_ AG und die D. \_\_\_\_\_ AG, waren – wie von den Beschwerdeführerinnen angegeben – als Subunternehmerinnen beteiligt.

**3.6.4** Den Beschwerdeführerinnen ist insoweit zuzustimmen, als dass aus der Ausschreibung nicht hervorgeht, dass nur Referenzen anerkannt werden, bei denen die Anbieterinnen als Hauptunternehmerinnen tätig gewesen sind. Aber unabhängig davon, ob die Anbieterinnen bei einem Referenzobjekt als Hauptunternehmerinnen oder als Subunternehmerinnen tätig waren, haben sie mit der angegebenen Referenz nachzuweisen, dass sie fachlich in der Lage sind, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen,

mithin über Erfahrung bei den relevanten Arbeiten verfügen. Entscheidend ist somit, welche Arbeiten die Beschwerdeführerinnen beim angegebenen Referenzobjekt ausgeführt haben.

**3.6.5** Gemäss den Bedingungen in Ziff. 3.5 der Ausschreibung des Projekts "*Kloten ZEB*" (SIMAP-Publikation vom 16. April 2015, Meldungsnummer: 862573) waren die wesentlichen Leistungen wie Brückenbau durch den Anbieter selbst auszuführen. Diese Arbeiten durften nicht an Subunternehmer vergeben werden, weshalb bereits deshalb davon auszugehen ist, dass sie nicht von den Beschwerdeführerinnen übernommen wurden.

**3.6.6** Zudem hat die Vergabestelle zur Prüfung der effektiv durch die Beschwerdeführerinnen erbrachten Leistungen beim Projekt "*Kloten ZEB*" bei den Beschwerdeführerinnen selbst und der von ihnen angegebenen Auskunftsperson nachgefragt.

Die Beschwerdeführerinnen gaben auf Nachfrage an, die A.\_\_\_\_\_ AG habe im Bereich Stahlbetonbrücke beim Projekt "*Kloten ZEB*", "*Aushub und Böschungssicherung der Brückenwiderlager-Fundationen der neuen Stahlbetonbrücke, Unterstützung bei sämtlichen Betonkonstruktionen, Stützmauern, Betonstützmauern der gesamten Bauausführung*" und die D.\_\_\_\_\_ AG "*Spezialtiefbauarbeiten insbesondere Brückenwiderlagerfundationen mit Grossbohrpfählen, Foundation mit Mikropfählen für Brückenlehrgerüst*" erbracht. Ihr Anteil an der Gesamtauftragssumme von 23 Mio. Fr. habe rund 33% betragen (Fr. 7'700'700.– exkl. MwSt). Diese Angaben untermauerten die Beschwerdeführerinnen mit zwei Bestätigungsschreiben des Baustellenchefs der E.\_\_\_\_\_ AG, G.\_\_\_\_\_.

Die Auskunftsperson H.\_\_\_\_\_ (Projektverfasser [...]) gab gemäss der von der Vergabestelle erstellten Telefonnotiz vom 9. September 2020 an, die Beschwerdeführerinnen hätten "*im Bereich des Erdbaus, für die Erstellung von Dammschüttungen und für die Böschungssicherungen mit Blocksteinen (Blocksatz) der Baupiste [Leistungen] erbracht. Zudem [seien] die Bohrpfähle für die Fundamente und Nagelwandsicherungen an den Baugruben durch den Anbieter erstellt [worden]*". Demgegenüber seien durch die Beschwerdeführerinnen keine Werkleitungsarbeiten sowie keine Arbeiten an der Eisenbahnbrücke, Spundwand und Grundwasserabsenkungen ausgeführt worden. Die Fachbereiche "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" und "Trasse und Werkleitungsbau unter Verkehr" könnten von den Beschwerdeführerinnen mit dem Referenzprojekt nicht nachgewiesen werden.

**3.6.7** Mit Replik vom 22. Februar 2021 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Präzisierung der Bestätigung des Baustellenchefs der E. \_\_\_\_\_ AG, G. \_\_\_\_\_, ein. In dieser Bestätigung vom 11. Februar 2021 wird ausgeführt, die D. \_\_\_\_\_ AG habe die Pfahlfundationen mit Mikropfählen für die Lehrgerüstarbeiten inkl. Statik für die Stahlbetonbrücke sowie Grossbohrpfähle bei den Widerlagerfundationen und dazugehörigen Baugrubensicherungen mit Nagelwandsicherungen erstellt. Die A. \_\_\_\_\_ AG habe die auf den Mikropfählen liegenden Betonfundamente als Abstellbasis für das Lehrgerüst der Stahlbetonbrücke in Eigenregie erstellt und im Zusammenhang mit den Erd-, Tief- und Dammbauarbeiten auch die Trasseebau- und Werkleitungsarbeiten auf dem gesamten Baustellenperimeter ausgeführt. Zudem habe sie mit rund fünf bis sieben Mitarbeitern als Unterstützung an der Brückenschalung sowie beim Einbringen des Betons mitgewirkt. Schliesslich seien die Schlüsselpersonen I. \_\_\_\_\_ und J. \_\_\_\_\_ im Bauablauf im Bauführerteam bei den komplexen Arbeiten (insbs. Lehrgerüst, Bewehrungen und Vorspannungen) integriert gewesen.

**3.6.8** Sowohl aus den Bedingungen der Ausschreibung des Projekts "*Kloten ZEB*" als auch den erwähnten Angaben der Beschwerdeführerinnen, der Auskunftsperson und den von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Bestätigungen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen eigenständig keine Arbeiten an der Brückenkonstruktion (Träger etc.) und am Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion ausgeführt haben. Die Beschwerdeführerinnen haben in gewissen Bereichen zwar unterstützend mitgewirkt. Sie waren insgesamt aber nur in untergeordneter Form am Projekt "*Kloten ZEB*" beteiligt, was auch ihr Anteil von rund 33% an der Gesamtauftragssumme bestätigt. Auch wenn zwei Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerinnen im Bauablauf im Bauführerteam bei den komplexen Arbeiten (insbs. Lehrgerüst, Bewehrungen und Vorspannungen) integriert waren, kann daraus nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerinnen die Gesamtverantwortung und Koordinationsaufgaben wahrgenommen haben.

**3.6.9** Wie erwähnt kommt der Vergabestelle bei der Beurteilung, ob die Eignung eines Anbieters gegeben ist, ein grosses Ermessen zu (s. oben E. 2.3). Dieses Ermessen hat die Vergabestelle vorliegend nicht überschritten, wenn sie davon ausging, dass die Referenz "*Kloten ZEB*", bei welcher die Beschwerdeführerinnen nur in untergeordneter Form als Subunternehmerinnen beteiligt waren und bestimmte Kernarbeiten im Bereich Brückenbau nicht selbst ausgeführt haben, nicht ausreicht, um die Eignung im Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter

Verkehr" für das vorliegende Projekt nachzuweisen. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle zum Schluss kam, diese Referenz könne den Beschwerdeführerinnen nicht angerechnet werden.

**3.6.10** Daran ändert auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen, für Arbeiten am Lehrgerüst inkl. Schutzkonstruktion habe sie in ihrem Angebot die renommierte Spezialfirma F. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin vorgesehen und deklariert, nichts. Denn die Vergabestelle hat die Referenz "*Kloten ZEB*" nicht alleine deshalb nicht angerechnet, weil die Beschwerdeführerinnen bei diesem Projekt keine Arbeiten am Lehrgerüst ausgeführt haben, sondern wie soeben erwähnt auch aufgrund weiterer Faktoren. Im Übrigen wäre die Eignung bzw. das Erfüllen der Eignungskriterien auch von den Subunternehmungen nachzuweisen, wenn diese wesentliche Leistungsteile erbringen. Ansonsten könnte die Qualitätsgewähr umgangen werden, was den Zielen des Vergaberechts zuwiderlaufen würde (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 562 m.H.). Ein solcher Nachweis hat die Beschwerdeführerinnen in ihrem Angebot aber nicht erbracht.

**3.7** Schliesslich machen die Beschwerdeführerinnen geltend, sie seien seit Jahrzehnten im Nationalstrassenbau tätig, hätten in dieser Zeit zahlreiche vergleichbare Baumeisteraufträge im Nationalstrassenbau offeriert und diverse Zuschläge erhalten. Dabei sei ihre Eignung nie verneint worden. Das gelte insbesondere auch beim Projekt "*Einhausung Schwamendingen*", bei welchem sie unter der Federführung der [...] -Gesellschaften ein Angebot eingereicht hätten. Zwar hätten sie den Zuschlag nicht erhalten, die Vergabestelle sei aber zum Schluss gekommen, dass sie die Eignungskriterien erfüllen würden. Dieses Projekt habe nicht nur eine grössere technische Komplexität, auch das Auftragsvolumen sei mit rund 200 Mio. Fr. deutlich höher. Ihnen nun plötzlich die Eignung abzusprechen, sei willkürlich. Die Rechtsicherheit sowie Treu und Glauben würden es gebieten, bei der Beurteilung der Eignung mitzuberücksichtigen, dass die gleiche Vergabestelle die Eignung der Beschwerdeführerinnen zuvor jahrzehntelang bejaht habe.

**3.7.1** Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, dass die Eignung der Anbieter aufgrund der eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen ist. Es ist grundsätzlich nicht Sache der Vergabestelle, weitere Abklärungen zur Eignung eines Anbieters zu treffen, wenn dessen Eignungsnachweise den vorgegebenen Anforderungen nicht genügen (Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 573). Dieser Grundsatz wird durch die Untersuchungsmaxime und das Verhältnismässigkeitsprinzip relativiert. Weiter kann sich eine

Rückfragepflicht ergeben. Die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, hat je nach den gegebenen Umständen nachzufragen, bevor sie einem Anbieter mangels Eignung ausschliesst (vgl. statt vieler Zwischenentscheid des BVGer B-6997/2018 vom 30. April 2019 E. 5.1.2 Abs. 2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 574).

**3.7.2** Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 18. September 2020 Rückfragen gestellt. Hinzu kommt, dass beim Projekt "*Einhausung Schwamendingen*" gemäss Ausschreibung kein Nachweis über Kompetenzen im Brückenbau gefordert wurde. Auch machen die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren nicht geltend, über eine andere Referenz aus dem Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" zu verfügen. Damit kann die Frage, ob die Vergabestelle bei der Prüfung der Eignungskriterien vorliegend auch Wissen ausserhalb der angegebenen Referenzen hätte verwenden müssen, offengelassen werden.

**3.8** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle ihr Ermessen nicht überschritten hat, indem sie das von den Beschwerdeführerinnen angegebene Referenzobjekt "*Kloten ZEB*" nicht anrechnete. Einen weiteren Erfahrungsnachweis für den Fachbereich "Strassenbrücke über Nationalstrasse oder Eisenbahn unter Verkehr" haben die Beschwerdeführerinnen nicht erbracht. Damit ist der Erfahrungsnachweis in diesem Fachbereich nicht erbracht und das Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit" nicht erfüllt. Die Vergabestelle hat mit dem Ausschluss der Beschwerdeführerinnen bzw. ihres Angebotes vom Verfahren wegen mangelnder Eignung nicht gegen Bundesrecht verstossen.

**3.9** Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen brauchen bei diesem Ergebnis nicht mehr geprüft zu werden. Es kann insbesondere offengelassen werden, ob die Vergabestelle darüber hinaus zu Recht davon ausging, dass auch die angegebenen Referenzobjekte bei EK 1 und EK 3 wegen mangelnder technischer Komplexität sowie kleinerer Komplexität infolge des tieferen Auftragsvolumens nicht vergleichbar waren.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens.

**4.2** Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Inte-

resse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2).

**4.3** Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens teilweise entsprochen. Die Beschwerdeführerinnen erhielten mit Verfügung vom 22. Januar 2021 Einsicht in das Inhalts- und Beilagenverzeichnis des Evaluationsberichts sowie in die Beilagen D-2 bis D-4 (Evaluationsunterlagen betreffend die Eignungskriterien der Beschwerdeführerinnen, teilweise geschwärzt). Weiter enthielten die Beilagen zur Vernehmlassung unter anderem einen Auszug aus dem Evaluationsbericht, in dem sämtliche die Beschwerdeführerinnen betreffenden Angaben der Ziff. 3.3 des Berichts, "Prüfung der Eignungskriterien", ersichtlich sind.

**4.4** Im Übrigen konnte die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund fehlender Eignung vom Verfahren ausgeschlossen werden durfte, vorliegend primär aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, des Angebots der Beschwerdeführerinnen, der Rechtschriften und deren Beilagen beantwortet werden. Die Beschwerdeführenden haben nach Erhalt der soeben erwähnten Unterlagen denn auch keine zusätzliche Akteneinsicht mehr verlangt.

## **5.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Ausschluss aus dem Verfahren als rechtskonform erweist, womit eine Aufhebung des Ausschlusses und des Zuschlages sowie eine Rückweisung an die Vergabestelle zur Neubeurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen ausser Frage stehen. Gleiches gilt für die eventualiter beantragte Feststellung, die angefochtene Ausschlussverfügung sei rechtswidrig. Die

Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis ist das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

## **6.**

**6.1** Weil die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren unterliegen, haben sie 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 Streit Sache, 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. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 37'000.– festgelegt.

**6.2** Den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen ist keine Parteient schädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das aBöB fallende Vergabestelle hat praxisgemäss keinen Anspruch auf Parteient schädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 37'000.– werden den Beschwerdeführerinnen aufgelegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 205142; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen (auszugsweise; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Corine Knupp

**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: 12. April 2021