



Urteil vom 13. März 2016

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

ARGE X. _____ -Y. _____ -Z. _____, bestehend aus:

1. **X. _____ AG**,
2. **Y. _____ GmbH**,
3. **Z. _____ AG**,

alle vertreten durch Dr. iur. Jürg Purtschert, Rechtsanwalt,
Purtschert Wicki, Advokatur und Notariat,
Cysatstrasse 1, 6004 Luzern,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen (ASTRA),
Rechtsdienst und Landerwerb, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen, N02 080 107 Gotthard
Strassentunnel URI, Hochspannungsanlagen,
Los 2, SIMAP-Projekt-ID 114226.

Sachverhalt:**A.**

Am 20. Juni 2014 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP einen Bauauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 31200000 ("Elektrizitätsverteilungs- und schalteinrichtungen") mit dem Projekttitel "N02 080107 Gotthard Strassentunnel URI Hochspannungsanlagen, Los 2 Ersatz Schutzgeräte Hochspannung, Neulieferung, Montage und Integration in bestehendes System, inkl. der Vakuumschalter und Kondensatorengruppen der Kompensation" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 825937; Projekt-ID 114226). Das Beschaffungsobjekt umfasst Lieferungs-, Montage-, Aufschalt- und Demontearbeiten gemäss Projektperimeter im Gotthardstrassentunnel zwischen der Lüftungszentrale Göschenen und der Lüftungszentrale Airolo, mit Abzweigungen von den fünf unterirdischen Tunnelzentralen bis zu den Schachtköpfen (vgl. Ziff. 2.5 und 2.6 der Ausschreibung). Die Angebote waren bis zum 30. Juli 2014 einzureichen.

B.

Am 21. November 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 841719), dass sie den Zuschlag an die R._____ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von CHF 6'479'163.10 erteilt habe.

C.

Mit Verfügung vom 21. November 2014 teilte die Vergabestelle der ARGE X._____-Y._____-Z._____, bestehend aus Y._____ AG, Y._____ GmbH und Z._____ AG, mit, dass sie ihr Angebot von der Bewertung habe ausschliessen müssen. Die Gründe dafür seien, dass ihre Referenzprojekte nicht den Eignungskriterien "Ersatz best. Schutzeinrichtungen unter Verkehr" entsprächen.

D.

Gegen diesen Zuschlag und diese Ausschlussverfügung erhob die ARGE X._____-Y._____-Z._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 11. Dezember 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragen insbesondere, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und es sei ihr Angebot zur Bewertung zuzulassen bzw. der Zuschlagsentscheid sei aufzuheben und ihnen sei der Zuschlag direkt zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anordnung, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerinnen eine neue Angebotsauswertung

vorzunehmen und über den Zuschlag erneut zu verfügen. Subeventualiter sei festzustellen, dass die das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausschliessende Verfügung vom 21. November 2014 bundesrechtswidrig sei. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen unter anderem, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, sowie, der Vergabestelle seien superprovisorisch bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin zu untersagen.

Zur Begründung führen sie aus, als Eignungsnachweis sei mindestens ein Referenzprojekt verlangt worden, welches mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbar sei und den "Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr" betreffe. Die Vergabestelle sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass das von den Beschwerdeführerinnen angegebene Referenzobjekt "Erneuerung Schaltanlagen Kraftwerk A. _____" nicht "unter Verkehr" ausgeführt worden sei. Gut 70% der Arbeiten für dieses Referenzprojekt hätten sich auf die Bahnstromversorgung unter Verkehr bzw. Bahnbetrieb bezogen und lediglich etwa 30% hätten die Leittechnik für den noch nicht unter Verkehr stehenden NEAT-Erweiterungsbau betroffen. Die zuständige Person der Vergabestelle habe die Aussage der Auskunftsperson missverstanden, dass das Referenzobjekt insgesamt nicht "unter Verkehr" ausgeführt worden sei. Da das Referenzobjekt im Wesentlichen "unter Bahnbetrieb" ausgeführt worden sei, hätten die Beschwerdeführerinnen dies in ihrem Angebot auch explizit so angegeben und die Frage, ob die Ausführung auf HLS (Hochleistungsstrassen) unter Verkehr geschehen sei, verneint. Da das Referenzobjekt nicht wegen Ausführung unter Bahnverkehr als ungenügend eingestuft worden sei, sondern wegen der falschen Annahme, die Ausführung sei überhaupt nicht "unter Verkehr" erfolgt, beruhe der Ausschluss auf einer unrichtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen sei deutlich günstiger gewesen als jenes der Zuschlagsempfängerin. Es habe daher reelle Chancen, nach erneut durchgeführtem Bewertungsverfahren als das insgesamt wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag zu erhalten.

E.

Die Zuschlagsempfängerin teilt mit Eingabe vom 5. Januar 2015 mit, dass sie keine Parteistellung beanspruche.

F.

Mit Vernehmlassung vom 15. Januar 2015 beantragt die Vergabestelle die

Abweisung der Beschwerde. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

Zur Begründung führt sie aus, sie sei auch während der Dauer von Bauarbeiten auf den Nationalstrassen für die Sicherheit der Strassenbenützer verantwortlich und als Auftraggeber verpflichtet, nur geeignete Unternehmen auszuwählen, welche über die notwendige Erfahrung bei der Durchführung solcher Arbeiten verfügten. Die ausgeschriebene Leistung betreffe den Ersatz der Hochspannungsschutzeinrichtungen, welche Teil der Elektroinstallationen im Gotthard Strassentunnel bildeten. Aufgrund des nicht richtungsgetreuten, einspurigen Tunnels und den Arbeiten unter Verkehr sei die Ausgangslage komplexer als bei andern Arbeiten im Zusammenhang mit Betriebs- und Sicherheitsanlagen im Bereich des Nationalstrassenperimeters. Ein Anbieter sollte daher Erfahrungen mit Arbeiten/Umbau auf Mittelspannungsanlagen unter Verkehr nachweisen können, und es sei wichtig, dass er sich den Risiken und allfälligen Ausnahmeszenarien bewusst sei und das Verhalten (Umgang bzw. Arbeiten) an Anlagen unter Verkehr kenne.

Die Formulierung "Die Referenzen müssen Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffen" sei nicht anders zu verstehen, als dass die Ausführung der Arbeiten selber einen direkten Bezug zum Element Verkehr hätten. Insbesondere Projekte auf gesperrten oder noch nicht eröffneten Abschnitten, wie auch Projekte abseits des Fahrraums, könnten nicht als vergleichbar beurteilt werden, selbst wenn die Anlagen selber eventuell unter Betrieb, sprich Strom, stünden. Die Beurteilung der von den Beschwerdeführerinnen als Referenzprojekt angegebenen Leistung ergebe, dass das Referenzprojekt nicht mit dem in Frage stehenden Projekt vergleichbar sei. "Unter Betrieb" sei etwas ganz anderes als "unter Verkehr". Wenn bei den Arbeiten an einer Anlage, die unter Betrieb sei, der Verkehr möglichst nicht beeinträchtigt werden dürfe, die Anlage selber aber nicht unmittelbar unter Verkehr stehe, genüge dies nicht.

Die Angaben in den Angebotsunterlagen müssten vollständig und abschliessend sein, damit die Vergabestelle nach Erhalt der Offerte diese direkt evaluieren und abschliessend den Auftrag vergeben könne. Den Auskunftspersonen für Referenzobjekte komme eine untergeordnete Rolle zu. Es sei nicht deren Aufgabe, zusätzliche, nicht bereits im Angebot enthaltene Informationen zu erteilen. Im vorliegenden Fall seien die Referenzangaben der Beschwerdeführerinnen nicht selbsterklärend gewesen, da sie einerseits bei "Ausführung auf HLS unter Verkehr" Nein angekreuzt hätten

und andererseits gleich darunter das Projekt als "Umbau unter Bahnbetrieb" beschrieben hätten. Zudem handle es sich um Anlagen für ein Kraftwerk und nicht für einen Tunnel. Diese Ausgangslage habe bereits zum Schluss geführt, dass das Projekt nicht vergleichbar sei. Um sich zu versichern, dass die Angaben korrekt verstanden worden seien, habe die Vergabestelle die angegebene Kontaktperson kontaktiert, welche gesagt habe, die ausgeführten Arbeiten seien für das Kraftwerk im Rahmen der Neubaustrecke beauftragt worden. Weder eine im Bau befindliche Neubaustrecke noch Arbeiten in einem Kraftwerk könnten unter Verkehr stehen.

Die Beschwerdeführerinnen seien indessen nicht einzig wegen der Nichterfüllung des Eignungskriteriums (EK) 1 vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Auch das EK 3.1.2 (Bauleiter) sei nicht erfüllt.

G.

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Replik vom 3. Februar 2015 an ihrem Hauptantrag fest. In punktueller Änderung ihrer Rechtsbegehren beantragen sie neu, eventualiter sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben, das gesamte Ausschreibungsverfahren aufzuheben und der Auftrag neu auszuschreiben.

Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, das EK 3 sei erfüllt, auch in Bezug auf die Schlüsselperson Bauleiter (gemäss Ziffer 3.1.2). Selbst wenn man das primär genannte Referenzprojekt mangels formeller Montageleiter-Stellung nicht gelten lassen wolle, sei es willkürlich, das bei EK 3 zusätzlich angegebene Referenzprojekt unberücksichtigt zu lassen. Aus den Ausschreibungsunterlagen gehe nicht hinreichend klar hervor, dass die Angabe eines zweiten, persönlichen Projekts geradezu unzulässig wäre. Die Behauptung, dieses persönliche Referenzobjekt stamme nicht aus dem gleichen Fachbereich, sei unzutreffend.

H.

Die Vergabestelle äussert sich mit Duplik vom 17. Februar 2015 und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

I.

Mit unaufgeforderter Triplik vom 19. Februar 2015 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren bisherigen Ausführungen fest.

J.

Die Vergabestelle stellte mit Eingabe vom 4. März 2015 Anträge betreffend

die den Beschwerdeführerinnen zu gewährende Akteneinsicht in den Evaluationsbericht vom 16. Oktober 2014 und die Beilagen zum Evaluationsbericht.

K.

Mit Zwischenentscheid vom 5. März 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab.

L.

Mit Verfügung vom 5. März 2015 stellte die Instruktionsrichterin den Beschwerdeführerinnen den teilweise geschwärzten Evaluationsbericht sowie verschiedene Beilagen zum Evaluationsbericht zur Einsicht zu.

M.

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Eingabe vom 17. April 2015 an ihrer Beschwerde fest und beantragten im Hinblick auf das Hauptverfahren die Gewährung einer erweiterten Akteneinsicht.

N.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Stellungnahme vom 13. Mai 2015 und beantragt, es sei den Beschwerdeführerinnen keine weiter gehende Akteneinsicht zu gewähren. Die Vergabestelle habe nach dem Zwischenentscheid vom 5. März 2015 berechtigterweise mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abgeschlossen. Daher gehe es vorliegend um den Sekundärrechtsschutz. Doch selbst wenn bei der Zuschlagsempfängerin ein Ausschlussgrund vorliege, was die Vergabestelle bestreite, fehle es an der Kausalität für einen Schaden, da keine Möglichkeit bestehe, dass die Offerte der Beschwerdeführerinnen als geeignet angesehen werde und damit zur Bewertung zugelassen würde. Dementsprechend bestehe keine reelle Chance, den Zuschlag zu diesem Verfahren zu erhalten. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fehle den Beschwerdeführerinnen demnach ein praktisches Rechtsschutzinteresse.

O.

Mit Verfügung vom 15. Juni 2015 gewährte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen teilweise Einsicht in die Belege zu gewissen Referenzobjekten der Zuschlagsempfängerin.

P.

Die Beschwerdeführerinnen halten mit Beschwerdeergänzung vom 13. Juli 2015 an ihren Rechtsbegehren fest, soweit sie nicht zwischenzeitlich aufgrund des Abschlusses des Vergabevertrags mit der Zuschlagsempfängerin gegenstandslos geworden seien. Sie beantragen insbesondere, es sei festzustellen, dass die das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausschliessende Verfügung der Vorinstanz vom 21. November 2014 sowie der Zuschlagsentscheid vom 21. November 2014 bundesrechtswidrig seien. Selbst wenn das Gericht zum Schluss kommen sollte, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien nicht erfüllen würde und der Ausschluss vom Vergabeverfahren für sich allein betrachtet rechtlich nicht zu beanstanden sei, habe es darüber hinaus die Frage der Vergaberechtskonformität des Zuschlags an die Zuschlagsempfängerin zu prüfen, soweit deren Erfüllung der Eignungskriterien EK 1 und EK 3 bejaht worden sei.

Das von ihnen angegebene Referenzprojekt unter EK 1 habe zu einem überwiegenden Teil den Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr betroffen. Die gegenteilige Annahme der Vergabestelle ("nicht unter Verkehr") sei tatsachenwidrig. Sodann habe die Ausschreibung gerade nicht spezifisch ein Tunnelprojekt als Referenzobjekt verlangt, weshalb die Beschwerdeführerinnen nicht daran hätten zweifeln müssen, dass auch andere Projekte, die den "Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr" betreffen, geeignete Referenzprojekte sein könnten. Das von den Beschwerdeführerinnen eingereichte Angebot erfülle demnach das EK 1. Dagegen habe die Vergabestelle zu Unrecht die Referenzprojekte der Zuschlagsempfängerin zu EK 1 und EK 3 als ausreichend beurteilt. Korrekterweise hätte die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Das Vorgehen der Vergabestelle verletze das Gleichbehandlungsgebot und das Willkürverbot. Schliesslich bleibe für die Beschwerdeführerinnen die tatsächliche Erfüllung des EK 4 durch die Zuschlagsempfängerin im Dunkeln, weshalb sie ihr Gesuch um erweiterte Akteneinsicht (auch) in Bezug auf diesen Punkt erneuere.

Q.

Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 5. August 2015, die Beschwerde sei abzuweisen und es sei den Beschwerdeführerinnen keine weitergehende Akteneinsicht zu gewähren. Der Vorwurf, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Eignungskriterien nicht, sei unberechtigt.

R.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 22. August 2015 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Ausführungen und Anträgen fest.

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

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6, E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1). Im vorliegenden Fall sind die Eintretensvoraussetzungen offensichtlich gegeben, wie bereits im Zwischenentscheid vom 5. März 2015 dargelegt wurde:

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

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

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

1.4 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang

1 Annex 5 GPA. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen den Ersatz von Hochspannungsschutzeinrichtungen im Gotthardstrassentunnel zwischen der Lüftungszentrale Göschenen und der Lüftungszentrale Airolo mit Abzweigungen von den fünf unterirdischen Tunnelzentralen bis zu den Schachtköpfen. Dieses Projekt stellt unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziff. 1.8). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB.

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke CHF 8,7 Mio. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB). Die Beschwerdeführerinnen legen dar, dass zwar der Preis des berücksichtigten Angebots mit CHF 6'479'163.10 unter dem massgebenden Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB liege, dass indes das Projekt Hochspannungsanlagen Los 2 Teil eines grösseren Gesamtprojekts mit einem Gesamtwert von fast CHF 10 Mio. sei. Der massgebende Schwellenwert sei damit erreicht. Die Vergabestelle ihrerseits äussert sich weder in ihrer Vernehmlassung noch in ihrer Duplik zu dieser Frage, hatte aber ihrer Zuschlagsverfügung eine Rechtsmittelbelehrung angefügt, welche eine Überschreitung des massgeblichen Schwellenwerts impliziert. In sachverhaltlicher Hinsicht ist daher als unbestritten anzunehmen, dass der Beschaffungsgegenstand Teil eines grösseren Gesamtprojekts über dem massgeblichen Schwellenwert ist.

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

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

1.5 Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 5. März 2015 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hatte und dieser Zwischenentscheid in Rechtskraft erwachsen war, schloss die Vergabestelle den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin. Dadurch wurden die ursprünglichen Hauptanträge der Beschwerdeführerinnen, soweit sie

darin die Aufhebung der Ausschlussverfügung und Zulassung zur Bewertung bzw. die Aufhebung des Zuschlags und Erteilung des Zuschlags direkt an sie selbst bzw. die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung bzw. zum Abbruch des Ausschreibungsverfahrens und Neuausschreibung des Auftrags beantragt haben, gegenstandslos. Die Beschwerdeführerinnen änderten dementsprechend in ihrer Beschwerdeergänzung vom 13. Juli 2015 ihre Rechtsbegehren. Streitgegenstand ist damit nur noch das ursprüngliche Eventualbegehren, es sei festzustellen, dass der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen und der Zuschlagsentscheid vom 21. November 2014 bundesrechtswidrig seien.

1.6 Erweist sich eine Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 32 Abs. 2 BöB lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.4.1). Nach dem Schadenersatzrecht des BöB muss ein Feststellungsurteil erwirkt werden, damit anschliessend Schadenersatz geltend gemacht werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010, a.a.O., E. 1.4.2). Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht damit ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar. Die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsbegehren sind damit nicht restriktiver als bei einem Beschwerdebegehren, das noch auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung gerichtet ist (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010, a.a.O., E. 1.4.2).

Die Beschwerdeführerinnen bilden gemeinsam die Arbeitsgemeinschaft X._____-Y._____-Z._____, die durch die angefochtene Verfügung vom 21. November 2014 als Anbieterin ausgeschlossen wurde. Sie machen geltend, dieser Ausschluss sei zu Unrecht erfolgt und die Eignung der Zuschlagsempfängerin ihrerseits sei zu Unrecht bejaht worden. Richtigerweise hätte daher ihr Angebot, welches das wirtschaftlich günstigste gewesen sei, den Zuschlag erhalten müssen. Eventualiter hätte das Verfahren abgebrochen und neu ausgeschrieben werden müssen, weil jedenfalls auch die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfülle. Im Rahmen der Ausschreibung waren bei der Vergabestelle insgesamt drei Angebote fristgerecht eingegangen, wovon eines wegen Nichterfüllung der formellen Anforderungen ausgeschlossen wurde. Wären die Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Frage ihrer eigenen Eignung oder in Bezug auf die Frage der Eignung der Zuschlagsempfängerin durchgedrungen, so

hätten sie reelle Aussichten auf einen Zuschlag oder auf eine neue Ausschreibung gehabt. Zwar wurde der Vertrag in der Zwischenzeit abgeschlossen. Würde das Bundesverwaltungsgericht aber der Argumentation der Beschwerdeführerinnen in einem dieser beiden Punkte folgen, so würde es die Rechtswidrigkeit der Ausschlussverfügung bzw. des Zuschlags feststellen. Dieses Feststellungsurteil könnten die Beschwerdeführerinnen zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwenden.

Sie sind daher im Sinne von Art. 48 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zur Beschwerde legitimiert.

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

1.8 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

3.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen einen unzulässigen Ausschluss vom Vergabeverfahren aufgrund unrichtiger bzw. unvollständiger sowie rechtsverletzender Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vergabestelle.

Die Vergabestelle begründete die angefochtene Ausschlussverfügung insbesondere damit, dass die Beschwerdeführerinnen die in der Ausschreibung verlangten Eignungskriterien EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" und EK 3 "Erfahrung Schlüsselperson" (EK 3.1.2 Bauleiter) nicht erfüllten. Aufgrund der Einreichung von den Anforderungen nicht genügenden Referenzprojekten hätten die Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen.

3.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann

(vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren.

Art. 9 Abs. 1 BöB lautet:

"Die Auftraggeberin kann die Anbieter und Anbieterinnen auffordern, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf."

Die Vergabestelle gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 BöB). Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. Anhang 3 Ziff. 8 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [VöB, SR 172.056.11]).

3.2 Die Vergabestelle trägt bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrags Rechnung (vgl. Art. 9 Abs. 2 VöB). Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch bzw. leistungsbezogen sein müssen (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.1, mit Hinweisen). Gemäss der GATT-Botschaft 2 soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994, BBI 1994 IV 1187 f.; Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

3.3 Eignungskriterien dienen somit dazu, den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter zu erbringen. Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters; ein fehlendes Eignungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl. 2013, Rz. 580).

3.4 Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung vier Eignungskriterien festgelegt:

- "E1: technische Leistungsfähigkeit
- E2: wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit
- E3: Erfahrung Schlüsselpersonen
- E4: Subunternehmer / Unterakkordant"

Gemäss Ziff. 3.8 der Ausschreibung musste für das Eignungskriterium 1 "technische Leistungsfähigkeit" der folgende Nachweis erbracht werden:

"Referenzen über die Begleitung und Betreuung von mindestens 1* mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt mit Angaben über:

- E1.1 Zeitraum
- E1.2 Investitionsvolumen**
- E1.3 Ausgeführte Arbeiten/Leistungen der Unternehmung
- E1.4 Zur Auskunft ermächtigte Kontaktperson der Referenzstelle (Auftraggeber)

*Die Referenzen müssen Ersatz best. Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffen

**Als vergleichbar gilt ein Investitionsvolumen von mindestens CHF 2 Mio."

Für das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" musste der folgende Nachweis erbracht werden:

"E3.1 Je 1 Referenzprojekt in gleicher Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich für folgende Schlüsselpersonen: Projektleiter und Montageleiter."

3.5 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1, mit Hinweisen). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2, mit weiteren Hinweisen).

3.6 Die Beschwerdeführerinnen führen als Nachweis für das Eignungskriterium 1 die Referenz "Erneuerung Schaltanlagen Kraftwerk A. _____"

an, umfassend die Gesamterneuerung des Schutz- und Leittechniksystems im Zeitraum 2012-2014. Die Vergabestelle erachtet das Referenzprojekt nicht als vergleichbar, da es sich um ein Bahnprojekt gehandelt habe, das zudem auch nicht in einem Tunnel oder zumindest auf offener Strecke liege. Die Situation habe einer Ausführung von Arbeiten nicht unter Verkehr entsprochen.

3.7 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vergabestelle sei an ihre offen gehaltene Formulierung "unter Verkehr" in der Ausschreibung gebunden gewesen. Sie habe die Eignungskriterien im Rahmen der konkreten Eignungsprüfung rechtsfehlerhaft ausgelegt und angewendet, indem sie ihren subjektiven Willen an die Stelle dessen gesetzt habe, was der Anbietende gestützt auf die Ausschreibung objektiv verstehen durfte. Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, sie hätten die Formulierung "unter Verkehr" so verstehen können, dass das Referenzprojekt Arbeiten an Energieversorgungsanlagen während laufendem Verkehr betreffe; dies als Nachweis für die technische Befähigung des Unternehmens, die sicherheitsrelevante permanente Stromzufuhr reibungslos zu gewähren. Während bei eigentlichen Bauarbeiten "unter Verkehr" bedeute, dass die Arbeiten auf oder an der Fahrbahnstrecke verrichtet würden, könne im Energieversorgungsbereich "unter Verkehr" nur bedeuten, dass die projektspezifischen Arbeiten an den Energieversorgungsanlagen bei laufendem Verkehrsfluss/Strassen-/Bahnbetrieb ausgeführt würden. Die Energieversorgungsanlagen im Gotthardstrassentunnel befänden sich denn auch nicht auf oder an der Fahrbahn, sondern abseits des Fahrraums in den Zentralen. Daher sei es im vorliegenden Kontext sachfremd, dass "unter Verkehr" "im Verkehr" bzw. "direkt an der Verkehrslinie" bedeuten solle. Die in EK 1 genannte Anforderung "unter Verkehr" bedeute vielmehr, dass die Elektroinstallationen der in Frage stehenden Strasse während der Ausführung "in Betrieb" sein müssten.

Die Vergabestelle habe ihr Referenzobjekt nicht wegen der Ausführung unter Bahnverkehr als ungenügend eingestuft, sondern wegen der falschen Annahme, die Ausführung sei überhaupt nicht "unter Verkehr" erfolgt. Dies treffe aber nicht zu. Das Kraftwerk A. _____ gehöre mehrheitlich der SBB und diene der Stromversorgung von Eisenbahnanlagen. Bei diesem Referenzobjekt sei es darum gegangen, im Hinblick auf die Versorgung des neuen Gotthard-Basistunnels mit Bahnenergie die bestehende 16,7 Hz Schaltanlage zu sanieren und zu erweitern. Die Anlagen hätten sich einerseits im alten Kraftwerk und andererseits direkt beim Basistunnel befunden. Das Referenzprojekt sei technisch von vergleichbarer Komplexität wie

das vorliegende Projekt. Die Übersichtsschemata zeigen den zeitlichen Ablauf für den Umbau der Anlage bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung der Stromversorgung für den laufenden Eisenbahn-Verkehr. Insgesamt seien ca. zwei Drittel aller Arbeiten unter Betrieb saniert/erneuert worden. Bei einer Fehlschaltung wäre der Zugverkehr stillgestanden. Der Bezug zum "Verkehr" bzw. Bahnbetrieb sei damit gegeben.

Bei der Einholung der telefonischen Referenz habe die zuständige Person der Vergabestelle die Aussage der Auskunftsperson offenbar dahingehend missverstanden, dass das Referenzobjekt insgesamt nicht "unter Verkehr" ausgeführt worden sei. Die Referenzperson habe den Beschwerdeführerinnen gegenüber bestätigt, dass sie gesagt habe, *"dass wir einen Umbau unter Verkehr gemacht haben"* und *"dass ein Teil eine Erweiterung sei, um das nicht unter Verkehr stehende Tunnel mit Strom zu versorgen"*. Effektiv hätten sich rund 70% der Arbeiten der Beschwerdeführerinnen für das Referenzprojekt Nr. 1 auf die Bahnstromversorgung unter Verkehr bezogen, und etwa 30% der Arbeiten hätten die Leittechnik für den nicht unter Verkehr stehenden NEAT-Erweiterungsbau betroffen. Selbst wenn die Referenzperson gesagt hätte, das Referenzprojekt Nr. 1 sei generell nicht unter Verkehr ausgeführt worden, hätte die Vergabestelle angesichts des Widerspruchs zur Angabe im Angebot den Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit geben müssen, ihre Angaben im Angebot zu erläutern.

Der Umstand, dass sich der Arbeitsbereich nicht direkt an der Fahrbahnlinie befinde, könne nicht ausschlaggebend sein, da auch im Gotthardstrassentunnelprojekt sich die Arbeitsbereiche nicht im Fahrbahnbereich, sondern in den räumlich klar abgetrennten Tunnelzentralen befänden. Ob eine Arbeit an der Energieversorgungsanlage in einem geschlossenen Raum zehn oder fünfzig Meter von jener Fahrstrecke entfernt, die permanent mit Energie versorgt werden müsse, verrichtet werde, sei für die Frage der technischen Leistungsfähigkeit des Anbieters ohne Bedeutung, denn im Kraftwerkinnern oder in den räumlich geschlossenen Tunnelzentralen sei die technische Anforderung an die ununterbrochene Energieversorgung im Wesentlichen dieselbe.

Die Vergabestelle vermenge insofern im Rahmen der Eignungsprüfung in gesetzwidriger Weise die Frage der sicheren Verkehrserschliessung der Baustelle (eigenes Verhalten des Unternehmens bzw. von dessen Mitarbeitern im Verkehr) und jene der Gewährleistung einer ununterbrochenen Energieversorgung während des laufenden (Tunnel-)Verkehrs andererseits, Dass die Zufahrt zu den Arbeitsbereichen in den Tunnelzentralen

bzw. die Verkehrserschliessung der Baustelle stets unter Einhaltung aller wesentlichen Sicherheitsvorschriften erfolge, sei eine Frage des Sicherheitskonzepts, nicht der technischen Leistungsfähigkeit des ausführenden Unternehmens.

Für die Beschwerdeführerinnen habe kein Anlass bestanden, die Ausschreibung anzufechten, denn die Formulierung in der Ausschreibung habe gerade nicht spezifisch ein Tunnelprojekt als Referenzobjekt verlangt, weshalb die Beschwerdeführerinnen nicht daran hätten zweifeln müssen, dass auch Nicht-Tunnelprojekte, die den "Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr" betreffen, geeignete Referenzprojekte sein könnten. Unter dem Kriterium der Vergleichbarkeit sei in der Ausschreibung nur das Investitionsvolumen von über CHF 2 Mio. genannt, ohne Tunnel-Bezug. Wäre die Erfahrung mit den Erschwernissen und Sicherheitsfragen im Gotthard- oder einem anderen Tunnel zwingendes Eignungskriterium gewesen, hätte dies in der Ausschreibung spezifiziert werden müssen.

3.8 Die Vergabestelle führt dagegen aus, den Auskunftspersonen für Referenzobjekte komme gegenüber den Angaben in der Offerte selbst eine untergeordnete Rolle zu. Wenn allenfalls unterschiedliche Interpretationen der Angaben möglich seien, sollten die Auskunftspersonen lediglich bestätigen können, ob das Verständnis des Evaluationsteams den effektiven Gegebenheiten entspreche. Im vorliegenden Fall seien die Referenzangaben nicht selbsterklärend gewesen, da die Beschwerdeführerinnen einerseits bei "Ausführung auf HLS unter Verkehr" Nein angekreuzt hätten und andererseits gleich darunter das Projekt als "Umbau unter Bahnbetrieb" (nicht Bahnverkehr) beschrieben hätten. Zudem handle es sich um Anlagen für ein Kraftwerk und nicht für einen Tunnel. Diese Ausgangslage habe bereits zum Schluss geführt, dass das Projekt nicht vergleichbar sei. Um sich zu versichern, dass die Angaben korrekt verstanden wurden, habe die Vergabestelle die von den Beschwerdeführerinnen angegebene Kontaktperson kontaktiert, welche gesagt habe, die ausgeführten Arbeiten seien für das Kraftwerk im Rahmen der Neubaustrecke beauftragt worden.

Die Formulierung "Die Referenzen müssen Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffen" (Ziff. 3.8 der Ausschreibung) könne nicht anders verstanden werden, als dass die Ausführung der Arbeiten selber einen direkten Bezug zum Element Verkehr haben und unter Verkehr erfolgt sein müssten. Insbesondere Projekte auf gesperrten oder noch nicht eröffneten Abschnitten oder abseits des Fahrraums könnten nicht als

vergleichbar beurteilt werden, selbst wenn die Anlagen selber eventuell unter Strom stünden. "In Betrieb" bedeute, dass durch die Energieversorgung die Beleuchtung, Lüftung, Signalisation, Überwachungsanlagen, Kommunikation und Leittechnik liefen. Mit "unter Verkehr" sei dagegen gemeint, dass der Gotthardstrassentunnel ausser während vereinzelter Nacht- und Komplettsperungen ständig durch Fahrzeuge benützt werde. Der Gotthardstrassentunnel werde insofern während der in Frage stehenden Arbeiten sowohl in Betrieb als auch unter Verkehr sein. Es wäre zwar denkbar gewesen, ein Referenzprojekt aus dem Bereich Schienenverkehr anzuerkennen, da vergleichbar erhöhte Anforderungen bei Arbeiten in einem Eisenbahntunnel unter Verkehr auftreten könnten. Aus diesem Grund seien die Angaben zum Begriff "unter Verkehr" im SIMAP nicht weiter konkretisiert worden. Im Gotthardstrassentunnel könne der Zugang zu den Arbeitsbereichen teilweise nur über die Notnischen im Tunnel selbst erfolgen, und die Anlieferung von Material sei sogar ausschliesslich über den Tunnel via diese Notnischen möglich. Die Tätigkeiten erfolgten mehrheitlich während dem im Tunnel und somit auf diesen Zugangswegen Strassenverkehr herrsche. Es stehe jeweils nur eine Spur pro Richtung in derselben Röhre zur Verfügung, welche nur durch eine Sicherheitslinie in der Mitte von der anderen Seite getrennt sei. Es könne daher nicht einfach eine Spur gesperrt werden, um den Zugang zu den Tunnelzentralen zu vereinfachen. Für die Arbeiten im Tunnel seien somit Raum und Zeit sehr begrenzt. Die zur Verfügung stehende Anzahl Nachtsperungen des Tunnels reiche bei Weitem nicht aus, damit die gesamten Arbeiten für Los 2 während dieser Zeit ausgeführt werden könnten. Zwar müssten die kritischsten Arbeiten während den Nachtsperfenstern erfolgen, doch erfolge der grösste Teil der Arbeiten bei Verkehr. Aus diesem Grund sei der Anbieter beispielsweise verpflichtet, ein Konzept zur Bewältigung von Zwischenfallszenarien zu erstellen, welches nebst Massnahmen zur Verhinderung von Zwischenfällen auch das Vorgehen im Fall eines Eintritts enthalte. Dafür sei entsprechende Erfahrung mit Arbeiten unter Verkehr zwingend erforderlich.

3.9 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., S. 242 f.). Doch verfügt die Vergabestelle 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 (vgl. Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB]; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, mit Hinweis; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). 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 (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1).

Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Entscheide der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 22. März 2004, BRK 2004-003 und CRM 2004-004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2010, Rz. 463). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

3.10 Vorliegend verlangte die Vergabestelle in der Ausschreibung, dass die Referenzen betreffend EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" den Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen "unter Verkehr" beinhalten müssten.

3.10.1 Der Ausdruck "unter Verkehr" ist dabei ein technisch geprägter Begriff aus dem Strassenbau (vgl. zum Beispiel die vom Schweizerischen Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute [VSS] herausgegebene Norm SN 641 505a mit dem Titel "Baustellen auf Strassen unter Verkehr – Kurze Bauzeiten durch Anreizsysteme [Norm SN 641 505a, Zürich, 2007]). Gemeint ist damit, dass die Bauleistung auf einer befahrenen, nicht abgesperrten Strasse erfolgt.

Dass diese Bedeutung des Ausdrucks "unter Verkehr" dem in der Fachwelt üblichen Verständnis entspricht, wird von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten.

3.10.2 Die Beschwerdeführerinnen machen indessen geltend, es sei sachfremd und willkürlich, diese Anforderung an ein Referenzprojekt zu stellen, da das Gotthardstrassentunnelprojekt selbst nicht "unter Verkehr" in diesem Sinn ausgeführt werden solle. Die Arbeitsbereiche befänden sich nämlich nicht im Fahrbahnbereich, sondern in räumlich klar abgetrennten Tunnelzentralen.

3.10.3 Die Ausschreibung eines Auftrags gilt als selbstständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 BöB Bst. b). Anforderungen, die in der Ausschreibung selbst gestellt wurden, können daher in Rechtskraft erwachsen, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können. Dies gilt jedenfalls soweit, als Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-364/2014 vom 8. April 2014 E. 4.4 und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1, mit Hinweisen; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa, mit Hinweisen; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412, mit Hinweisen).

Soweit die Beschwerdeführerinnen die Anforderung "unter Verkehr", welche die Vergabestelle an ein Referenzprojekt für das EK 1 gestellt hatte, an sich in Frage stellen wollen, können sie daher nicht gehört werden. Geprüft werden kann lediglich, welche Bedeutung dieser Anforderung im Kontext der Vergleichbarkeit mit dem vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand zukommt bzw. ob die diesbezügliche Auslegung der Vergabestelle rechtlich haltbar ist.

3.10.4 Aus den Ausführungen der Vergabestelle ergibt sich, dass der Ausdruck "unter Verkehr" im vorliegenden Fall zwei Aspekte beinhalten soll: Einerseits die Anforderung, dass die Elektroinstallationen der in Frage stehenden Strasse während der Ausführung "in Betrieb" sein müssen, andererseits aber auch den Aspekt, dass der Arbeitsort wegen dem Verkehr nur erschwert zugänglich ist, dass aufgrund der Nähe zur Fahrbahn eine grosse Unfallgefahr besteht und dass der Unternehmer den Verkehr mög-

lichst wenig behindern darf. In diesem Zusammenhang kommt der Tunnel-situation des vorliegenden Beschaffungsgegenstands offensichtlich grosse Bedeutung zu. Auch wenn die Arbeiten, welche den vorliegend in Frage stehenden Beschaffungsgegenstand ausmachen, nicht direkt auf der Fahrbahn auszuführen sind, hat die Vergabestelle nachvollziehbar dargelegt, inwiefern der Umstand, dass der Gotthardstrassentunnel während des grössten Teils der Arbeiten unter Verkehr sein wird, ein erhebliches Erschwernis darstellt. Es ist auch nachvollziehbar, dass die Vergabestelle aus Sicherheitsgründen verlangt hat, dass ein Zuschlagsempfänger Erfahrung damit hat, mit einer derartigen Situation umzugehen.

Das Argument der Beschwerdeführerinnen, wonach der erste Aspekt des Begriffs "unter Verkehr" – die Ausführung der Arbeiten, während die Elektroinstallationen der Strasse in Betrieb sind – wichtiger sei als der zweite Aspekt, erscheint zwar durchaus als einleuchtend. Zutreffend ist auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen, dass in der Ausschreibung nicht spezifisch ein Tunnelprojekt als Referenzobjekt verlangt worden sei. Hingegen wurde in der Ausschreibung ausdrücklich nach einem "mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekt" verlangt. Bezüglich der Frage, welche Aspekte für diese Vergleichbarkeit relevant sind, kommt der Vergabestelle ein Ermessensspielraum zu, den die Rechtsmittelinstanz zu respektieren hat (vgl. E. 3.9). Solange sie dieses Ermessen nicht rechtsfehlerhaft ausübt, ist ihre Beurteilung nicht zu beanstanden, auch wenn nachvollziehbare oder sogar einleuchtendere Gründe für eine andere Auslegung vorgebracht werden. Wenn die Vergabestelle im vorliegenden Fall Anforderungen an die Referenzprojekte gestellt hat, welche nicht nur in Bezug auf den ersten Aspekt, sondern auch in Bezug auf die mit dem Arbeitsort in einem unter Verkehr stehenden Tunnel verbundenen Erschwernisse und Sicherheitsfragen mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar sind, ist dies zumindest vertretbar. Es kann ihr daher nicht vorgeworfen werden, sie habe das ihr zustehende Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

3.10.5 Aufgrund der Ausführungen der Vergabestelle am Debriefing und der Telefonnotiz des zuständigen Sachbearbeiters der Vergabestelle erscheint es als wahrscheinlich, dass dieser Mitarbeiter – und in Folge auch die Vergabestelle – aufgrund der eingeholten Referenz davon ausgingen, das Referenzprojekt sei ein Neubau gewesen, ohne den von den Beschwerdeführerinnen nun dargelegten Zusammenhang mit dem laufenden Bahnbetrieb im bisherigen Bahntunnel richtig zu erfassen. Ob diese unvollständige Sachverhaltsfeststellung auf unpräzise Fragen durch diesen Sachbearbeiter oder auf unkorrekte oder missverständliche Antworten der

Referenzperson zurückzuführen war, lässt sich im Nachhinein wohl kaum mehr beweiskräftig feststellen, da nur die beiden beteiligten Personen einvernommen werden könnten. Auf eine derartige Einvernahme kann indes- sen ohnehin in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden, wenn der Auslegung der Vergabestelle gefolgt wird, wonach das Referenzobjekt auch im Hinblick auf den zweiten Aspekt, die mit dem Arbeitsort in einem unter Verkehr stehenden Tunnel verbundenen Erschwernisse und Sicherheitsfragen, vergleichbar sein müsse.

3.10.6 Sowohl aus dem Debriefing-Protokoll wie auch aus der Telefonnotiz des Sachbearbeiters der Vergabestelle geht hervor, dass die Vergabestelle von Anfang an auch diesen zweiten Aspekt als relevant erachtet hat. So ist im Debriefing-Protokoll aufgeführt, dass die Vergabestelle den zweiten dieser Aspekte bereits anlässlich des Debriefings thematisierte. Vor allem aber geht aus der Telefonnotiz, die der Mitarbeiter der Vergabestelle vor und während seinem Gespräch mit der Referenzperson anfertigte, hervor, dass er als erstes die Referenzperson fragte, ob die Arbeitsausführung auf offener Strecke oder in einem Tunnel erfolgt sei. Erst die zweite Frage betraf die Abklärung, ob es sich um einen Neubau oder um eine Strecke unter Verkehr handle. Die erste Frage nach einer allfälligen Ausführung in einem Tunnel ergibt aber nur im Kontext dieses zweiten Aspekts und der diesbe- züglichen Vergleichbarkeit des Referenzobjekts mit dem Beschaffungsge- genstand einen Sinn. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass die von der Vergabestelle vertretene Auslegung, dass beide Aspekte kumulativ ge- geben sein müssen, damit ein Referenzprojekt von ihr als vergleichbar an- erkannt wird, lediglich eine nachgeschobene Begründung im Beschwerde- verfahren darstellen würde.

3.11 Dass bzw. inwiefern das angeführte Referenzprojekt "Erneuerung Schaltanlagen Kraftwerk A. _____" auch in Bezug auf die dargelegten, mit der Tunnelsituation verbundenen Erschwernisse und Sicherheitsfragen mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar sei, haben die Beschwer- deführerinnen weder konkret behauptet noch substantiiert. Die Sachver- haltsdarstellung der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle unter- scheidet sich diesbezüglich nicht in relevanter Hinsicht, und die Beschwer- deführerinnen machen auch gar nicht geltend, die Vergabestelle habe in Bezug auf diese Frage ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt.

3.12 Die Beurteilung der Vergabestelle, das von den Beschwerdeführerinnen zu EK 1 genannte Referenzprojekt sei nicht geeignet, da das Projekt

nicht einer Ausführung von Arbeiten "unter Verkehr" entsprochen habe, ist daher nicht zu beanstanden.

4.

Die Beschwerdeführerinnen rügen im Weiteren, die Vergabestelle habe zu Unrecht die von ihnen als Nachweis der Eignung der Schlüsselperson "Bauleiter" (EK 3) angegebenen Referenzen nicht akzeptiert.

Wie es sich bezüglich dieser Rüge verhält, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da bereits die fehlende Erfüllung des EK 1 dazu führte, dass den Beschwerdeführerinnen die Eignung abzusprechen war.

5.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Vergabestelle habe im Fall der Zuschlagsempfängerin die Erfüllung der Eignungskriterien E1 – E4 zu Unrecht bejaht. Dadurch habe sie die Zuschlagsempfängerin gegenüber den Beschwerdeführerinnen ohne sachlichen Grund bevorzugt behandelt und das Gleichbehandlungsgebot verletzt bzw. ihr Ermessen missbräuchlich ausgeübt.

Die Vergabestelle bestreitet diese Vorwürfe.

5.1 In Bezug auf das Eignungskriterium EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" kritisieren die Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle beurteile das Eignungskriterium als erfüllt, obwohl das von der Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt zwei unabhängige Projekte verknüpfe – die Neubautunnel C._____ einerseits und die Sanierung des Tunnels D._____ andererseits. Die Neubautunnel C._____ seien in den Jahren 2005-2008 ausgerüstet worden. Diese Arbeiten seien nicht unter Verkehr erfolgt, weshalb das Projekt ausser Acht bleiben müsse. Die für die Eignung relevante Sanierung des Tunnels D._____ unter Verkehr sei demgegenüber in den Jahren 2010-2011 erfolgt.

Die Vergabestelle führt hierzu aus, bei dem von der Zuschlagsempfängerin genannten Referenzprojekt handle sich in der Tat um ein Projekt mit verschiedenen Teilprojekten. Beim Projekt "Tunnel D._____" sei es um die Anpassungen/Revisionen von bestehenden Elektrizitätsverteilungs- und Schalteinrichtungen gegangen. Selbst wenn nur dieser Teil der Referenz als massgebend angesehen werde, sei das verlangte Investitionsvolumen (>CHF 2 Mio.) erfüllt. Beim Projekt "Tunnel D._____" handle es sich um einen grossen Nationalstrassentunnel, welcher einen höheren durchschnittlichen Tagesverkehr als der Gotthard aufweise. Dieses Projekt sei

mit den Arbeiten am Gotthard in dem Sinn vergleichbar, als damit die Fähigkeit zur Erbringung der Arbeiten nachgewiesen werde. Insbesondere seien diese unbestritten unter Verkehr erfolgt. Das angegebene Referenzprojekt sei demnach in seiner Gesamtheit mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar und zu Recht als geeignet beurteilt worden.

5.1.1 In ihrer Offerte hatte die Zuschlagsempfängerin betreffend das EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" als Nachweis ihrer Eignung das Referenzprojekt "Mittelspannungsversorgung Tunnel D._____ und C._____" mit einer Auftragssumme von insgesamt CHF 6,3 Mio. angegeben. Betroffen sei das Fachgebiet "Schaltanlagen Schutz und Leittechnik" und die im Zeitraum 2005-2011 ausgeführten Leistungen hätten die "Lieferung von Mittelspannungsschaltanlagen inkl. Schutzgeräten MiCOM und Anbindung an Leittechnik" sowie die "Durchführung von Netzberechnungen" beinhaltet. Die Frage "Ausführung auf HLS unter Verkehr" beantwortete die Zuschlagsempfängerin mit "Ja". Unter "Bemerkungen" notierte sie "D._____ = Retrofit; C._____ = Neubau". Zusätzlich reichte sie eine Beilage mit Projektdaten zum Referenzprojekt "Tunnel D._____" ein.

5.1.2 Im vorliegenden Fall ist somit unbestritten, dass die Zuschlagsempfängerin eigentlich zwei Referenzobjekte angeführt hat, welche eigentlich getrennt hätten deklariert werden sollen. Indessen handelte es sich bei beiden Projekten um frühere Projekte der Vergabestelle selbst, weshalb nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle auch auf ihr eigenes Wissen über diese Projekte abgestellt hat.

Da es gemäss der Ausschreibung ausreichend war, wenn eine Anbieterin ein einziges geeignetes Referenzprojekt aufführte, spielt es aber letztlich keine Rolle, dass die Zuschlagsempfängerin zusätzlich zum "Teilprojekt" "Tunnel D._____" auch die "Neubautunnel C._____" genannt hat. Entscheidend ist, ob eines der beiden "Teilprojekte" die in Ziffer 3.8 der Ausschreibung verankerten Voraussetzungen erfüllt. Diesbezüglich ist unbestritten, dass jedenfalls das Projekt "Neubautunnel C._____" die Anforderung an eine Ausführung unter Verkehr nicht erfüllt, da es sich um eine Neubaustrecke handelte.

5.2 In Bezug auf das Referenzprojekt "Tunnel D._____" rügen die Beschwerdeführerinnen weiter, dieses habe gemäss der entsprechenden SIMAP-Publikation vom (...) einen Auftrag für die "Revision Trafos u. Mittelspannungszellen" beinhaltet. Es habe daher zum Teil, aber nicht haupt-

sächlich, den "Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen" unter Verkehr betroffen. Dieser Teil des Projekts habe sicher deutlich unter dem geforderten Wert von mehr als CHF 2 Mio. gelegen. Es sei unklar, ob die Beteiligung der Zuschlagsempfängerin nicht zum grössten Teil die blosser Lieferung von Mittelspannungsschaltanlagen inkl. Schutzgeräten MiCOM betroffen habe oder ob die Zuschlagsempfängerin tatsächlich auch an der "Installation" bzw. "Montage" unter Verkehr beteiligt gewesen sei. Nur diese letztere Leistung sei für die Eignung des vorliegenden Beschaffungsprojekts relevant. Die Beschwerdeführerinnen bezweifeln ferner, dass die Zuschlagsempfängerin in dem von ihr angegebenen Referenzobjekt "Mittelspannungsversorgung Tunnel D. _____" die gemäss Eignungskriterium E4.1 erforderlichen 70% Eigenleistung in den Installations- /Montagearbeiten erbracht habe.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, beim Projekt "Tunnel D. _____" sei es um die Anpassungen/Revisionen von bestehenden Elektrizitätsverteilungs- und Schalteinrichtungen gegangen. Aus dem Begriff "Revision" gehe ohne weiteres hervor, dass darin nicht nur die Lieferung, sondern auch Installations- resp. Montagearbeiten enthalten seien. Im Wesentlichen entsprächen damit die Arbeiten denjenigen der vorliegenden Ausschreibung. Das verlangte Investitionsvolumen von mindestens CHF 2 Mio. diene dazu zu prüfen, ob der Anbieter in der Lage sei, ein Projekt als Ganzes in dieser Grössenordnung durchzuführen. Die Formulierung in der Ausschreibung sehe nicht vor, dass nur der Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr zum Investitionsvolumen zählen sollte. Zudem hätten auch die Beschwerdeführerinnen bei den Angaben zu EK 1 lediglich die Summe des Gesamtauftrags angegeben. Im Fall des Referenzprojekts "Tunnel D. _____" sei das verlangte Investitionsvolumen erfüllt.

5.2.1 Der Zuschlag für das von der Baudirektion des Kantons (...) ausgeschriebene Projekt "Tunnel D. _____ Revision Trafos und Mittelspannungszellen" erfolgte zu einem Preis von CHF 2'827'360.– (vgl. SIMAP-Publikation vom [...], Projekt-ID [...]). Die zu beschaffende Leistung umfasste die "Revision Transformatoren und Mittelspannungszellen" und den "Umbau auf Sekundärschutz" (vgl. Ausschreibung vom [...], I.D. [...]) und beinhaltete gemäss der Angabe der Zuschlagsempfängerin die "Lieferung von Mittelspannungsschaltanlagen inkl. Schutzgeräten MiCOM und die Anbindung an die Leittechnik".

5.2.2 Den Beschwerdeführerinnen ist daher insofern zuzustimmen, als das von der Zuschlagsempfängerin aufgeführte Referenzprojekt "Revision der Transformatoren und Mittelspannungszellen Tunnel D._____" und das vorliegende Beschaffungsvorhaben – beinhaltend den Ersatz der Schutzgeräte Hochspannung (Neulieferung, Montage und Integration in bestehendes System, inkl. der Vakuumschalter und Kondensatorengruppen der Kompensation) im Gotthard Strassentunnel – punkto Beschaffungsgegenstand nicht vollständig übereinstimmen.

Eine vollständige Übereinstimmung war in der Ausschreibung aber auch gar nicht verlangt gewesen, sondern lediglich, dass es sich um ein mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbares Projekt handle, das den Ersatz bestehender Schutzeinrichtungen unter Verkehr betreffe und ein Investitionsvolumen von mindestens CHF 2 Mio. aufweise. Darüber, dass dieser Betrag allein in Bezug auf die mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbaren Tätigkeiten erfüllt sein müsse oder dass das Referenzprojekt wie das ausgeschriebene Projekt in mindestens 70%iger Eigenleistung erfüllt worden sein müsse, lässt sich der Ausschreibung nichts entnehmen.

5.2.3 Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle zur Beurteilung gelangte, das Referenzprojekt "Tunnel D._____" sei inhaltlich vergleichbar und erfülle das verlangte Grössenkriterium.

5.3 Die Beschwerdeführerinnen bemängeln weiter, das Projekt "Tunnel D._____" sei das Projekt eines von der Zuschlagsempfängerin übernommenen eigenständigen Unternehmens, der damaligen F.____ AG, später: G.____ AG, gewesen, weshalb die Zuschlagsempfängerin selbst sich nicht auf die Referenz berufen dürfe.

Demgegenüber ist die Vergabestelle der Auffassung, da genau der betroffene Teil (inkl. Mitarbeiter) und damit das Know-how der damaligen F.____ AG auf die Zuschlagsempfängerin übertragen worden sei, könne sich die Zuschlagsempfängerin diese Leistung als eigene Referenz anrechnen lassen.

5.3.1 Unbestritten ist, dass das Referenzobjekt "Tunnel D._____" am (...) der F.____ AG zugeschlagen wurde (vgl. SIMAP-Publikation vom [...]; Meldungsnummer [...]). Wie die Vergabestelle darlegt und durch entsprechende Dokumente belegt, wurde die F.____ AG im Sommer 2010 durch G.____ und die Zuschlagsempfängerin gekauft. In der Folge

wurden die Vermögenswerte und Mitarbeiter der F. _____ AG auf die beiden Käuferinnen verteilt. Der Hochspannungsbereich (Transmission) ging dabei an G. _____, der Mittelspannungsbereich (Distribution) an die Zuschlagsempfängerin. Dabei gingen das Referenzprojekt "Tunnel D. _____" und die daran beteiligten Mitarbeiter an die Zuschlagsempfängerin, welche in der Folge als Vertragspartnerin das Projekt zu Ende führte.

5.3.2 Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle davon ausging, dass die Zuschlagsempfängerin sich das Referenzprojekt "Tunnel D. _____" als eigenes anrechnen lassen dürfe.

5.4 Der Vergabestelle kann daher nicht vorgeworfen werden, sie habe ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie das von der Zuschlagsempfängerin aufgeführte "Teilprojekt" "Mittelspannungsversorgung Tunnel D. _____" als ausreichenden Nachweis für das EK 1 "technische Leistungsfähigkeit" anerkannte.

6.

Die Beschwerdeführerinnen stellen ferner in Abrede, dass das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" durch die Zuschlagsempfängerin erfüllt sei.

6.1 Sie rügen, keines der beiden von der Zuschlagsempfängerin für die Schlüsselperson "Projektleiter" in dieser Rubrik aufgeführten Referenzprojekte sei geeignet, den nötigen Erfahrungs- und Fähigkeitsnachweis zu erbringen. Das Referenzprojekt "Tunnel H. _____" betreffe einen Neubau ohne Verkehr; es sei das Vorgängerprojekt des vorbehaltlos akzeptierten Referenzprojekts der Schlüsselperson "Projektleiter" der Beschwerdeführerinnen, welches unter Verkehr ausgeführt worden sei. Ungeachtet dessen, dass bei den Referenzobjekten der Schlüsselpersonen nicht zwingend ein Projekt "unter Verkehr" verlangt sei, sei daher die gemäss der Ausschreibung verlangte vergleichbare Komplexität nicht gegeben. Da die Zuschlagsempfängerin nur Zulieferant in einem grossen Konsortium für die Energieversorgung gewesen sei, habe die angegebene Person innerhalb dieser ARGE neben den grossen Lieferanten der Hauptkomponenten überdies höchstens als Teilprojektleiter Technik bezeichnet werden können. Das zweite persönliche Referenzprojekt "Powerstation I. _____" betreffe einen Neubau auf einer Station auf der grünen Wiese ohne jeden Bezug zum Verkehr. Eine vergleichbare Komplexität sei nicht gegeben.

Die Vergabestelle entgegnet, beim EK 3 sei die Voraussetzung "unter Verkehr" nicht verlangt worden. Sie habe bei der Eignungsprüfung der Schlüsselpersonen den Fokus in erster Linie auf die Arbeitserfahrung im entsprechenden Fachbereich gelegt. Die vom Projektleiter der Zuschlagsempfängerin erbrachten Leistungen würden die Arbeit an unterirdischen Tunnelzentralen beinhalten, welche denselben Fachbereich (Energieversorgung) betreffe; ferner sei die Funktion der Schlüsselperson im Referenzprojekt dieselbe gewesen. Die Referenz erfülle daher die Anforderungen des EK 3.1.

6.1.1 Für das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" musste gemäss der Ausschreibung (Ziffer 3.8) der folgende Nachweis erbracht werden:

"E3.1 Je 1 Referenzprojekt in gleicher Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich für folgende Schlüsselpersonen: Projektleiter und Montageleiter."

6.1.2 Die Zuschlagsempfängerin hatte in Bezug auf die Schlüsselperson "Projektleiter" das Projekt "Tunnel H. _____, Schutz und Leittechnik der 50Hz Verteilung" als Referenz 1 und das Projekt "Powerstation I. _____" als Referenz 2 angegeben.

6.1.3 Unbestritten ist, dass die Vergabestelle sowohl das von den Beschwerdeführerinnen als auch das von der Zuschlagsempfängerin als Nachweis der Eignung des Projektleiters genannte Referenzprojekt als ausreichend bewertet hatte.

Im Rahmen der Evaluation zu dem von der Zuschlagsempfängerin bzw. den Beschwerdeführerinnen genannten Referenzprojekt notierte die Vergabestelle die folgenden "Bemerkungen":

"Bewertung Anbieter B" (Zuschlagsempfängerin):

"PL (...): Ref = Erneuerung Schutz- Leittechnik Tunnel H. _____

Funktion: PL

Komplexität/Investition: Neuer Bahntunnel/unterirdische Zentralen (Logistik) / 6.5 Mio.

Fachbereich: Energieversorgung"

"Bewertung Anbieter A" (Beschwerdeführerinnen):

"PL (...): Ref = Erneuerung Schutz- Leittechnik Tunnel H. _____

Funktion: PL

Komplexität/Investition: Bahntunnel unter Verkehr/unterirdische Zentralen (Logistik) / 2,8 Mio. CHF

Fachbereich: Energieversorgung"

Die Einträge in den Evaluationstabellen zeigen, dass die Vergabestelle demnach beim Kriterium "Komplexität" festgehalten hatte, ob die Ausführung "unter Verkehr" oder im Bereich "Neuer Bahntunnel" und damit nicht unter Verkehr erfolgt war.

6.1.4 Es mutet zwar auf den ersten Blick etwas widersprüchlich an, wenn die Vergabestelle einerseits sowohl in der Offerte selbst als auch im Evaluationsbericht (Anhang D) das Kriterium der "Komplexität" offensichtlich auch danach beurteilt hatte, ob die Ausführung "unter Verkehr" oder "nicht unter Verkehr" erfolgt war, nun im Beschwerdeverfahren aber vorbringt, sie habe bei der Eignungsprüfung der Schlüsselpersonen den Fokus in erster Linie auf die Arbeitserfahrung im entsprechenden Fachbereich gelegt. Dennoch ist vorliegend letztlich darauf abzustellen, dass objektiv gesehen, die Vergabestelle in der Ausschreibung bezüglich des Eignungsnachweises für das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" keine Ausführung des Referenzobjekts "unter Verkehr" verlangt hatte, während dies beim Eignungskriterium 1 eine zwingende Anforderung war. Die von der Vergabestelle gewählte Formulierung, das Referenzobjekt müsse von "vergleichbarer Komplexität" sein, ist zudem sehr offen formuliert. Ob die "Komplexität" eines Bauwerks vergleichbar ist, kann anhand einer Vielzahl von Merkmalen festgestellt werden. Auch wenn die Vergabestelle, wie dargelegt, das Kriterium "unter Verkehr" im Rahmen der Evaluation in Bezug auf die Eignung des Projektleiters geprüft und daher offenbar als relevant erachtet hat, ergibt sich daraus indessen noch nicht, dass dieses Kriterium ein für die Bejahung der Eignung ausschlaggebendes Kriterium dargestellt hätte.

6.1.5 Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle das von der Zuschlagsempfängerin als Nachweis der Eignung des Projektleiters aufgeführte Referenzobjekt akzeptiert hat.

6.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die von der Zuschlagsempfängerin für die Schlüsselperson "Bauleiter" angegebene Referenz 2, das Projekt "KW K. _____", habe weder mit einem Tunnel noch mit Verkehr etwas zu tun gehabt, es seien lediglich die elektrischen Anlagen eines kleinen Wasserkraftwerks erneuert worden. Die Arbeiten seien in einer freistehenden Zentrale mit einfacher Zufahrt zu jeder Zeit ausgeführt worden. Seine Schutz- und Leittechnik sei bei Weitem nicht derart komplex wie jene

im Referenzprojekt 2 des Bauleiters der Beschwerdeführerinnen (Strasentunnelprojekt M._____).

Die Vergabestelle erachtet das von der Zuschlagsempfängerin als Referenzobjekt für den Bauleiter genannte "KW K._____" als ausreichend. Es betreffe den verlangten Fachbereich und die Schlüsselperson habe im Projekt eine vergleichbare Funktion innegehabt. Die Arbeiten seien punkto Inhalt und Komplexität genügend vergleichbar, auch wenn das Referenzprojekt von der Auftragssumme her kleiner sei als das ausgeschriebene Projekt. Es handle sich um Umbauarbeiten in Zentralen für die Energieversorgung, die aus fachlicher Sicht vergleichbar seien.

6.2.1 Die Zuschlagsempfängerin hatte als Nachweis der Eignung der Schlüsselperson "Bauleiter" das Referenzobjekt "KW K._____" und als Fachgebiet "Ersatz der Schaltanlagen 50kV; 16kV, Trafos, Schutz und Leittechnik" mit einer Auftragssumme von insgesamt CHF 2,4 Mio. angegeben.

Im Rahmen ihrer Evaluation notierte die Vergabestelle dazu:

"Montageleiter (...): Ref = KW K._____
 Funktion: PL
 Komplexität / Investition: Umbauprojekt / unterirdische Zentralen (Logistik) / 2.4 Mio. CHF
 Fachbereich: Energieversorgung"

6.2.2 Die in der Ausschreibung verwendete Vorgabe "mit vergleichbarer Komplexität" ist offen formuliert. Die Vergabestelle verzichtete darauf, diese Anforderung näher zu umschreiben. Insbesondere schrieb sie in Bezug auf diese Referenz nicht vor, dass die betreffenden Arbeiten "unter Verkehr" oder in einem Tunnel erfolgt sein müssten. Die Beurteilung der Vergabestelle, dass das von der Zuschlagsempfängerin genannte Referenzprojekt "KW K._____" zwar von der Auftragssumme her kleiner als das ausgeschriebene Projekt, aber vergleichbar komplex sei, ist nachvollziehbar. Wie dargelegt, überprüft das Bundesverwaltungsgericht derartige Beurteilungen durch die Vergabestelle nur auf qualifizierte Ermessensfehler (vgl. E. 3.9). Ein derartiger Rechtsfehler ist vorliegend nicht dargetan. Nicht bestritten ist ferner, dass das Referenzprojekt die Voraussetzungen erfüllt, wonach die Arbeit im Fachbereich Energieversorgung erfolgt sein musste und die Schlüsselperson als Bauleiter tätig gewesen sein musste.

6.3 Die Rüge, die Vergabestelle habe die von der Zuschlagsempfängerin als Nachweis für die Eignung der Schlüsselpersonen genannten Referenzprojekte zu Unrecht akzeptiert, erweist sich damit als unbegründet.

7.

Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

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. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest.

Die Verfahrenskosten werden auf CHF 9'500.– festgesetzt und dem am 16. Dezember 2014 bezahlten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

9.

Bei diesem Verfahrensausgang ist den Beschwerdeführerinnen keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Den Beschwerdeführerinnen werden Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 9'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 114226; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

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), wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 17. März 2016