



Abteilung II

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

Geschäfts-Nr. B-3302/2019
sce/grb/lse

Zwischenentscheid vom 24. September 2019

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Christian Winiger, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____ s.p.a.,
vertreten durch Christina Nossung, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführerin,

gegen

Ritom SA,
vertreten durch die SBB AG,
Infrastruktur, Energie, Projekte & Engineering,
Engineering Produktion, Primärtechnik und Bau,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und Florian Roth,
Vergabestelle,

und

ARGE Y._____ GmbH/Z._____ SA,
bestehend aus:

- 1. Y._____ GmbH**,
- 2. Z._____ SA**,

beide vertreten durch die Rechtsanwälte
PD Dr. Peter Reetz und MLaw Christina Schlegel,
Beschwerdegegnerinnen,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "Los 3.01 Stahlwasserbau - Panzerungen",
SIMAP-Meldungsnummer 1078759,
SIMAP-Projekt-ID 178286.

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

A.a Am 12. November 2018 schrieb die Ritom SA, vertreten durch die SBB AG Infrastruktur, Energie, Projekte & Engineering, Engineering Produktion, Primärtechnik und Bau (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Lieferauftrag unter dem Projekttitel "Los 3.01 Stahlwasserbau – Panzerungen" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1044531; Projekt-ID 178286). Gemäss dem detaillierten Produktebeschrieb beinhaltet das Projekt die Beschaffung der Stahlwasserbauten mit den Panzerungen und Verteilleitungen des Triebwasserweges zwischen dem Ritomsee und der Zentrale Ritom SA (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Angebote waren bis zum 1. Februar 2019 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

A.b In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter das Angebot der X. _____ s.p.a. (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

A.c Mit Schreiben vom 7. Juni 2019 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass die Wahl auf einen anderen Anbieter gefallen sei, dessen Angebot eine höhere Punktzahl aufweise.

A.d Am 10. Juni 2019 erteilte die Vergabestelle der ARGE Y. _____ GmbH/Z. _____ SA (im Folgenden: Beschwerdegegnerinnen oder Zuschlagsempfängerinnen) den Zuschlag zum Preis von Fr. 23'024'542.80 (ohne MwSt.) und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 11. Juni 2019 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1078759).

A.e Mit Schreiben vom 19. Juni 2019 verlangte die Beschwerdeführerin von der Vergabestelle eine anonymisierte Bewertungsmatrix und eine nachvollziehbare Begründung des Zuschlagsentscheids.

A.f Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 19. Juni 2019 mit, dass ihr keine Einsicht in die Bewertungsmatrix gewährt werden könne. Ihr Angebot sei bei den Zuschlagskriterien ZK1 bis ZK4 wie folgt bewertet worden:

ZK1 "Preis":	250 Punkte
ZK2 "Technische Lösung":	75 Punkte
ZK3 "Schlüsselpersonen/Organisation":	60 Punkte
ZK4 "Arbeitssicherheit und Risikobeurteilung":	15 Punkte

Das Angebot der Beschwerdeführerin habe 400 von maximal 500 Punkten erreicht.

A.g Am 25. Juni 2019 fand ein Debriefing bei der Vergabestelle statt.

B.

Gegen den Zuschlag vom 10. Juni 2019 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. Juni 2019 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und stellt die folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle vom 10. Juni 2019 betreffend Los 3.01 Stahlwasserbau - Panzerungen, aufzuheben.
2. Es sei der Zuschlag nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung direkt durch das Bundesverwaltungsgericht an die Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Sache im Sinne der Erwägungen nach Aufhebung des Zuschlags zur Neuurteilung und zur Neuvergabe an die Vergabestelle zurückzuweisen.
4. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Zuschlags festzustellen und die Vorinstanz sei zur Bezahlung von Schadenersatz in gerichtlich festzulegender Höhe an die Beschwerdeführerin zu verpflichten.
5. Es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle, eventuell der Zuschlagsempfängerin."

Die Beschwerdeführerin beantragt weiter, es sei ihr nach Erhalt der einschlägigen Unterlagen eine angemessene Frist zur Ergänzung ihrer Beschwerde anzusetzen. Eine abschliessende Stellungnahme sei erst nach Einsicht in die Vorakten möglich.

Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Verfügung sei nicht einmal summarisch begründet worden. Zudem sei die Bewertung der Zuschlagskriterien ZK2, ZK3 und ZK4 nicht nachvollziehbar. Die Zuschlagserteilung sei in Verletzung von Art. 21 BöB (zit. in E. 1) erfolgt, wonach das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Bundesrecht sowie eine Ermessensüberschreitung, Willkür und eine Verletzung des im Submissionsrecht zentralen Transparenzgebots.

Die Beschwerdeführerin habe das wirtschaftlich günstigste Angebot zu einem Preis von EUR 18'643'936.83 eingereicht. In Anwendung der in der Ausschreibung festgelegten Preisformel hätten für die Beschwerdeführerin im Kriterium "Preis" 250 Punkte und für die Beschwerdegegnerinnen mit

einem Preis von Fr. 23'024'542.80 163 Punkte resultiert. Die Vergabestelle scheine aber in Abweichung von der Preisformel in der Ausschreibung nicht mit dem Faktor 1.3, sondern mit dem Faktor 2.0 gemäss dem Berechnungsbeispiel gerechnet und den Beschwerdegegnerinnen 224 Punkte im ZK1 erteilt zu haben.

Sodann sei die Punktevergabe bei den Kriterien "Technische Lösung" (ZK2) und "Schlüsselpersonen/Organisation" (ZK3) sowie die Bewertung beim Kriterium "Arbeitssicherheit und Risikobeurteilung" (ZK4) intransparent und nicht nachvollziehbar. Sie basiere nicht auf sachlich haltbaren Gründen und sei willkürlich. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei bei den ZK2, ZK3 und ZK4 jeweils mit Note 3 bewertet worden. Es erfüllte demnach die Anforderungen der Ausschreibung durchschnittlich, wogegen das Angebot der Beschwerdegegnerinnen gemäss Auskunft anlässlich des Debriefings in den ZK2 und ZK3 die Note 4 erhalten habe. Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen sei mit insgesamt 419 Punkten, dasjenige der Beschwerdeführerin mit insgesamt 400 Punkten bewertet worden. Die Benotung sei von der Vergabestelle auch auf ausdrückliche Aufforderung hin nicht begründet worden. Das Angebot der Beschwerdeführerin müsse aber in den ZK2, ZK3 und ZK4 bei neutraler Bewertung mindestens gleich gut abschneiden wie jenes der Beschwerdegegnerinnen. Daraus resultiere der erste Rang zugunsten der Beschwerdeführerin, da ihr Punktevorsprung bereits zu gross sei. Im Ergebnis resultiere – unabhängig von der Punktedifferenz zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerinnen in den Kriterien ZK2 und ZK3 von 45 Punkten – bei korrekter Anwendung der Preisformel mit dem in der Ausschreibung enthaltenen Faktor 1.3 ein Gesamtpunktestand von 400 Punkten zugunsten der Beschwerdeführerin und von 358 Punkten zugunsten der Beschwerdegegnerinnen. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe damit die höchste Punktzahl erreicht und liege im ersten Rang. Der Zuschlag sei daher direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen.

C.

Mit Verfügung vom 1. Juli 2019 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen, zu unterbleiben hätten.

D.

Mit Eingabe vom 5. Juli 2019 teilten die Beschwerdegegnerinnen mit, dass sie am vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerinnen teilnehmen wollten, und beantragten Akteneinsicht.

E.

Mit Eingabe vom 24. Juli 2019 reichte die Vergabestelle die Vorakten ein und unterbreitete einen Abdeckungsvorschlag.

F.

Mit Stellungnahme vom 25. Juli 2019 beantragt die Vergabestelle, die Beschwerde sei abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Vergabestelle, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei zu entziehen (1.). Eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, den Beschwerdegegnerinnen den Auftrag für die Gewerke 59 bis 64 des Gesamtbauprogramms (Planung, Fertigung und Errichtung der Schachtbefahrungsanlage) und für die Einholung der erforderlichen Bewilligungen zu erteilen (2.). Sodann sei für die Frage der aufschiebenden Wirkung kein weiterer Schriftenwechsel durchzuführen (3.). Die Vergabestelle reichte für die Parteien teilweise abgedeckte Versionen der Stellungnahme inklusive des Beilagenverzeichnisses ein.

Die Vergabestelle legt dar, das Kraftwerk Ritom in der Leventina liefere Strom, der für die Zugtraktion auf der Gotthardlinie verwendet werde. Das Kraftwerk werde für 250 Mio. Fr. gesamterneuert. Für die Gesamterneuerung habe die Vergabestelle insgesamt 35 Lose gebildet. Von diesen seien zwölf Lose, darunter das in Frage stehende Vergabeverfahren, in einem offenen Verfahren ausgeschrieben worden. Für die streitgegenständlichen Leistungen existiere nur ein eng begrenzter Anbietermarkt, und es seien auch nur drei gültige Angebote eingegangen.

Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen habe unter Berücksichtigung der veröffentlichten Zuschlagskriterien bei allen Bewertungsgremien – Mitarbeiter der Vergabestelle, der Gesamtplaner Consorzio Ritom Ticino und zwei externe Experten für Stahlwasserbau-Panzerungen – die meisten Punkte erhalten und sich somit als das wirtschaftlich günstigste erwiesen. Demgegenüber habe das Angebot der Beschwerdeführerin von Beginn weg Mängel aufgewiesen. Zahlreiche Unterlagen hätten gefehlt und seien erst auf Aufforderung hin nachgereicht worden. Angesichts des engen An-

bietermarktes habe die Vergabestelle aber eine wettbewerbskonforme Offertauswahl erreichen wollen und der Beschwerdeführerin eine mehrstufige Nachbesserung ihrer Offerte erlaubt. Auch nach der Nachreichung der erforderlichen Dokumente sei das Angebot der Beschwerdeführerin nur knapp durchschnittlich gewesen.

Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen seien allesamt unbegründet und die Beschwerde aussichtslos, weshalb ihr die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht gewährt werden könne. Ausserdem bestehe ein überwiegendes Interesse der Vergabestelle an einem raschen Vertragsschluss.

G.

Mit Eingabe vom 30. Juli 2019 reichte die Vergabestelle zusätzlich ein Exemplar der Vergabeunterlagen in geschwärzter Form ein, welche den Beschwerdegegnerinnen offengelegt werden könne.

H.

Die Vergabestelle teilte mit Eingabe vom 6. August 2019 mit, dass sie keine Einwände dagegen erhebe, dass den Parteien eine Version ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2019 und des dazugehörenden Beilagenverzeichnisses zugestellt werde, in der lediglich die Namen zweier weiterer Unternehmen abgedeckt seien. Indessen seien die von der Akteneinsicht auszunehmenden Beilagen nicht offenzulegen.

In der Folge wurde den Parteien mit Verfügung vom 7. August 2019 die Stellungnahme der Vergabestelle vom 25. Juli 2019 mit den entsprechenden Abdeckungen samt Beilagenverzeichnis zugestellt.

I.

Mit Akteneinsichtsgesuch vom 22. August 2019 ersuchte die Beschwerdeführerin um Zustellung der Beilagen Nr. 6-10 und 13 zur Stellungnahme der Vergabestelle.

J.

Mit Stellungnahme vom 28. August 2019 erklärte die Vergabestelle, dass sie keine Einwände dagegen erhebe, dass der Beschwerdeführerin die durch das Gericht abgedeckte Version der Beilagen 6-9 sowie eine ungeschwärzte Fassung der Beilage 13 zugestellt werde, unter Vorbehalt spezifizierter weiterer Abdeckungen.

K.

Mit Stellungnahme vom 28. August 2019 teilten die Beschwerdegegnerinnen mit, dass sie dem Abdeckungsvorschlag des Gerichts betreffend das Dokument "Bereinigungsergebnisse zum Projekt – Ritom Los 3.01 Panzerung" weitgehend zustimmten, unter Vorbehalt einer zusätzlichen Abdeckung.

L.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 28. August 2019 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und stellt zusätzlich den folgenden Antrag:

"6. Es sei der prozessuale Eventualantrag der Vergabestelle, wonach ihr zu erlauben sei, den Auftrag für die Gewerke 59 bis 64 bereits zu erteilen, abzuweisen."

Zur Begründung führt sie aus, auch wenn es sich um ein Grossprojekt mit hochkomplexer Planung und hohem Koordinationsbedarf handle, lasse sich daraus noch keine zeitliche Dringlichkeit ableiten, die zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führe. Aufgrund der ungenügenden Begründung und Verweigerung zur Einsicht in den Evaluationsbericht, die Expertenberichte und die Stellungnahme der technischen Kommission sei es der Beschwerdeführerin bisher nicht möglich gewesen zu prüfen, ob die Prüfung und Auswertung willkürfrei stattgefunden habe.

Was die von der Vergabestelle erwähnten Mängel des Angebots der Beschwerdeführerin angehe, sei das Argument nicht zu hören. Die Beschwerdeführerin habe die Mängel durch Nachreichung der geforderten Dokumente behoben. Sodann könne sich die Vergabestelle im Beschwerdeverfahren nicht auf einen Ausschlussgrund berufen, wenn sie sich nicht schon im Submissionsverfahren zu einem Ausschluss entschieden habe.

Ein überwiegendes Interesse an einem raschen Vertragsschluss sei nicht erkennbar. Die Planung eines Grossprojekts habe so langfristig zu erfolgen, dass auch mögliche Rechtsmittelverfahren berücksichtigt seien. Das Interesse an einem sofortigen Vertragsschluss überwiege das Interesse der Beschwerdeführerin am Erhalt des Zuschlags und das öffentliche Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht.

M.

Die Instruktionsrichterin stellte der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 29. August 2019 teilweise abgedeckte Kopien der Beilagen 6-9 sowie eine

Kopie der Beilage 13 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 25. Juli 2019 zu.

N.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 4. September 2019 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie führt aus, bestimmte, nicht entsprechend publizierte Kriterien seien in die Bewertung der ZK2 bis ZK4 eingeflossen. Die Vergabestelle stütze ihren Entscheid massgeblich auf nicht in den Ausschreibungsdokumenten festgelegte Argumente und Kriterien. Damit habe offensichtlich eine willkürliche Bewertung stattgefunden. Das "optimierte Arbeitsprogramm" der Beschwerdegegnerinnen sei nicht bekannt. Es dürfe aber keine Berücksichtigung finden, da es eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen und damit eine unzulässige Variante darstelle. Die Vergabestelle könne sich sodann nicht auf das Argument berufen, sie hätte streng genommen das Angebot der Beschwerdeführerin ausschliessen dürfen. Vielmehr bestätige die Vergabestelle selber, dass die Beschwerdeführerin die Mängel innerhalb der Nachfrist respektive anlässlich des Bietergesprächs behoben habe.

Werde die willkürliche Bewertung korrigiert, habe die Beschwerdeführerin im ZK1 "Preis" die höchste Punktzahl (250) erreicht und resultierten im ZK1 für die Beschwerdegegnerinnen nicht 232, sondern 189 Punkte. Berücksichtige man die gerügten Bewertungsfehler sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei den Beschwerdegegnerinnen, so resultierten bei den Beschwerdegegnerinnen in den ZK2 bis ZK4 179 Punkte und bei der Beschwerdeführerin 169 Punkte. Damit erreiche das Angebot der Beschwerdegegnerinnen gesamthaft 368 Punkte und dasjenige der Beschwerdeführerin 419 Punkte und damit klar die höchste Punktzahl. Demnach habe die Beschwerde sehr hohe Erfolgsaussichten, weshalb die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei.

O.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragten mit Gesuch vom 9. September 2019 Akteneinsicht in die Beilagen 7-9 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 25. Juli 2019.

P.

Mit Stellungnahme vom 13. September 2019 zu den Beschwerdeergänzungen der Beschwerdeführerin vom 28. August und 4. September 2019 hält die Vergabestelle an ihren Rechtsbegehren fest. Die Beschwerde erweise sich auch nach Ergänzung in allen Punkten als unbegründet und

daher als aussichtslos. Sodann liege die zeitplangemäss Fertigstellung der Erneuerung des Kraftwerks Ritom im überwiegenden Interesse sowohl der Vergabestelle als auch einer breiten Öffentlichkeit. Ins Gewicht würden namentlich die zur Durchführung verschiedener Arbeiten notwendigen Seeabsenkungen fallen, die aufgrund der Lage des Bauprojekts auf 1800 Metern über Meer und der meteorologischen Bedingungen nur saisonal durchgeführt werden könnten. Bei Verzug der Bauarbeiten des Loses 3.01 müssten die geplanten Seeabsenkungen um ein Jahr verschoben werden, was voraussichtlich mit Mehrkosten in zweistelliger Millionenhöhe verbunden wäre. Auch werde der Zeitplan im Rahmen der der Vergabestelle vom Grossen Rat des Kantons Tessin erteilten wasserbaulichen Konzession behördlich vorgegeben und könne von der Vergabestelle nicht einseitig geändert werden. Für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bleibe bei dieser Sachlage kein Raum.

Q.

Mit Stellungnahme vom 13. September 2019 beantragen die Beschwerdegegnerinnen, es sei der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen und es sei das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Weder habe die Vergabestelle eine willkürliche Bewertung vorgenommen, noch habe sie sich auf nicht in den Ausschreibungsbestimmungen festgelegte Argumente oder Kriterien gestützt. Diesbezüglich verkenne die Beschwerdeführerin die Natur des Expertenberichts. Der Experte habe zusätzliche Gedanken einfließen lassen, doch hätten diese nichts mit seiner Einschätzung, der Zuschlag sei an die Beschwerdegegnerinnen zu erteilen, zu tun. Die Beschwerdeführerin vermöge in Bezug auf die Bewertung der Zuschlagskriterien in keinem einzigen Punkt darzulegen, dass die Vergabestellen ihr Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt haben sollte. Es sei offensichtlich, dass der Beschwerde keine Erfolgchancen einzuräumen seien, sie mithin aussichtslos sei und daher die aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren bzw. zu entziehen sei. In diesem Fall habe auch keine Interessenabwägung mehr stattzufinden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

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

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 m.H.). 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.

1.2 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [SR 0.172.052.68]) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich

Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Herstellung von Bahnstrom für die Zugtraktion auf der Gotthardlinie im Kraftwerk Ritom eine Tätigkeit bildet, die unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Das ausgeschriebene Projekt ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

Die Ritom SA befindet sich zu 75 % im Eigentum der SBB. Damit handelt es sich bei der Ritom SA um eine privatrechtliche Organisation, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes steht. Damit ist die Ritom SA eine Auftraggeberin im Sinne des BöB (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 und Abs. 2 Bst. b VöB).

1.3 Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 und 2.1 der Ausschreibung von einem Lieferauftrag in der Art eines Werkvertrags aus. Als Lieferauftrag wird ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf bezeichnet (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Gegenstand von Los 3.01 Stahlwasserbau-Panzerungen ist insbesondere die Auslegung, Konstruktion, Fabrikation, Lieferung, Montage, Füll- resp. Druckprobe, die Inbetriebsetzung und der Probetrieb (B2: Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 1.5), insofern liegt wohl kein reiner Liefervertrag, sondern eher ein gemischter Vertrag vor, der auch Aspekte eines Bauauftrags aufweist. Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 23'024'542.80 (ohne MwSt.) sind indessen sowohl der Schwellenwert für Bauwerke von 8,7 Mio. Fr. (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB und Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]) als auch derjenige für Lieferungen im vorliegenden Sektorenbereich von Fr. 700'000.– (Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB bzw. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF) zweifelsfrei überschritten.

1.4 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.

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

2.

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, m.H.; dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1340 m.H.).

3.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), 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).

4.

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB).

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

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der

Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

5.

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde *prima facie* deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1).

5.1 Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

5.2 Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

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

Die Frage, ob der unterlegene, Beschwerde führende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1; 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H.).

Vorliegend kritisiert die Beschwerdeführerin, der Preis sei nicht entsprechend der publizierten Preisformel bewertet worden und die Bewertung der Kriterien ZK2 "Technische Lösung", ZK3 "Schlüsselpersonen/Organisation" sowie ZK4 "Arbeitssicherheit und Risikobeurteilung" sei willkürlich. Würden sich diese Rügen als begründet erweisen, so würde das Angebot der Beschwerdegegnerinnen lediglich 368 Punkte, jenes der Beschwerdeführerin dagegen 419 Punkte und damit die höchste Punktzahl erzielen, so dass ihr der Zuschlag zu erteilen wäre.

Prima facie sind daher keine Gründe ersichtlich, die dagegen sprechen würden, dass die Beschwerdeführerin zur Beschwerdeführung legitimiert ist.

5.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB 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).

5.5 Prima facie ist daher davon auszugehen, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe die angefochtene Verfügung nicht ausreichend begründet. Die nicht berücksichtigte Anbieterin müsse aufgrund der in Art. 23 Abs. 2 BöB genannten Informationen in der Lage sein, eine substantiierte Beschwerde einzureichen. Diese Anforderungen seien vorliegend nicht erfüllt; die Vergabestelle habe ihre Zuschlagsverfügung nicht einmal summarisch begründet und der Beschwerdeführerin keine nachvollziehbare Erklärung der Bewertung ihres Angebots in den Kriterien ZK2, ZK3 und ZK4 abgegeben. Die Bekanntgabe der Noten bzw. Punkte der einzelnen Angebote stelle keine – auch keine summarische – Begründung dar. Die Vergabestelle habe nicht nur die Punkteverteilung offenzulegen, sondern nachvollziehbar darzulegen, wie diese Punkteverteilung zustande gekommen sei. Die Heilung dieses Mangels könne auch im Beschwerdeverfahren nur erfolgen, wenn die Beschwerdeführerin Einsicht in die Akten, insbesondere Beilagen 6-10, und eine inhaltliche Begründung der Bewertung erhalte.

Die Vergabestelle wendet ein, die am 11. Juni 2019 auf Simap publizierte Zuschlagsverfügung habe alle von Art. 28 VöB geforderten Informationen enthalten und damit der Vorgabe von Art. 23 Abs. 1 BöB entsprochen. Anlässlich der Debriefing-Sitzung am 25. Juni 2019 mit dem Vertreter der Beschwerdeführerin habe die Vergabestelle bezüglich aller vier Zuschlagskriterien die Unterschiede und Nachteile des Angebots der Beschwerdeführerin besprochen und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des Angebots der Beschwerdegegnerinnen hervorgehoben. Die Begründung sei nicht nur summarisch gewesen, sondern gehe über die Anforderungen von Art. 23 Abs. 2 BöB hinaus. Zudem könne eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die betroffene Person sich vor einer Beschwerdeinstanz äussern könne.

6.1 Im öffentlichen Beschaffungswesen bestimmt das BöB, dass der Zuschlag durch summarisch begründete Verfügungen eröffnet werden kann (Art. 23 Abs. 1 BöB i.V.m. Art. 29 BöB). Demgegenüber muss die Auftraggeberin den nicht berücksichtigten Anbietern und Anbieterinnen auf Gesuch hin – unter anderem – die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 2 Bst. d BöB) und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots (Art. 23 Abs. 2 Bst. e BöB) umgehend bekanntgeben. Die Anforderungen an die summarische Begründungspflicht gemäss Art. 23 Abs. 1 BöB sind nach der Praxis nicht sehr hoch (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1243). Die Vergabestelle hat sodann die Wahl, ob sie von Anfang an die Informationen nach Art. 23 Abs. 2 BöB als Begründung mitliefern oder erst ein entsprechendes Gesuch abwarten will (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1244; GATT-Botschaft 2, BBl 1994 IV 1194).

6.2 Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht kann ein diesbezüglicher Mangel geheilt werden, wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachliefert, typischerweise in der Vernehmlassung (LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, 1998, S. 214 m.H.). Dem Anspruch auf Begründung wird Genüge getan, wenn die Behörde die Begründung im Rechtsmittelverfahren liefert und der Betroffene Gelegenheit erhält, in einem zweiten Schriftenwechsel dazu Stellung zu nehmen (Urteile des BGer 2P.23/2004 vom 13. August 2004 E. 2.2, 1P.593/1999 vom 1. Dezember 1999 E. 5a und 5e sowie 2P.21/1993 vom 8. September 1993, publ. in: SJ 1994 S. 161 ff. E. 1b).

6.3 Im vorliegenden Fall erfuhr die Beschwerdeführerin auf ihr Ersuchen hin von der Vergabestelle, mit welchen Noten und Punktzahlen ihr Angebot bei den Zuschlagskriterien ZK1-ZK4 bewertet worden ist, allerdings ohne Aufschlüsselung nach den einzelnen Unterkriterien und ohne Begründung für die Punktvergabe und ohne Informationen zur Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerinnen. Welche zusätzliche Begründung die Beschwerdeführerin anlässlich des Debriefing-Gesprächs erhielt, ist nicht erstellt. Ein Protokoll, insbesondere ein von der Beschwerdeführerin genehmigtes Protokoll, liegt nicht vor. Die Aktennotiz der Vergabestelle, die dieser als interne Vorbereitung für das Debriefing-Gespräch diente, hat diesbezüglich keinen Beweiswert.

6.4 Im Beschwerdeverfahren konnte die Beschwerdeführerin sodann in die beiden Expertenberichte und in eine – teilweise abgedeckte – Kopie des

Evaluationsberichts Einsicht nehmen. Aus der ihr zugestellten, teilweise abgedeckten Bewertungsmatrix konnte die Beschwerdeführerin die Noten und erreichten Punktzahlen sowie die stichwortartige Begründung für die jeweilige Bewertung ihres eigenen Angebots als auch desjenigen der Beschwerdegegnerinnen ersehen. In der Folge konnte sie dazu auch mit Beschwerdeergänzung vom 4. September 2019 Stellung nehmen.

Soweit der Vergabestelle eine Verletzung der Begründungspflicht vorgeworfen werden könnte, wäre sie damit geheilt.

6.5 Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, die Vergabestelle habe ihre Begründungspflicht verletzt, offensichtlich nicht geeignet ist, zu einer Aufhebung der Zuschlagsverfügung zu führen.

7.

In formeller Hinsicht bemängelt die Beschwerdeführerin weiter, die Vorbereitung der Anbieterbesprechungen der Experten sei nicht gleichwertig dokumentiert erfolgt. Aus der Stellungnahme des Experten vom 2. Mai 2019 gehe hervor, dass am 1. März 2019 nur die Angebote 2 und 3, nicht jedoch das Angebot 1 der Beschwerdeführerin in Papierversion vorhanden gewesen seien.

Die Vergabestelle bestreitet diesen Einwand. Der Experte habe schon zwei Wochen vor der Besprechung Links für das Herunterladen aller Angebote in digitaler Form erhalten und habe folglich die Angebote ausdrucken können.

Aus dem Bericht des Experten E. _____ vom 2. Mai 2019 geht hervor, dass der Experte am 19. Februar 2019 alle drei eingereichten Angebote in digitaler Form zugestellt erhalten hatte. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, warum es wesentlich sein sollte, wer wann welche Dokumente ausgedruckt hat. Eine relevante Ungleichbehandlung ist daher nicht ersichtlich.

Prima facie erscheint diese Rüge daher als offensichtlich unbegründet.

8.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst, die Vergabestelle habe beim Zuschlagskriterium ZK1 "Preis" in der Preisformel den

Faktor 2.0 anstelle des ausgeschriebenen Faktors 1.3 verwendet und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und das Transparenzgebot verletzt.

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

8.2 Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung für die Post", B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal" und B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA"). Im Rahmen der Offertbewertung kommt der Vergabestelle ebenfalls ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 31 BöB). Eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung kommt daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Zwischenentscheide des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 7.2, B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 m.H. "GIS-Software für Rail Geo

System"; Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.3 "Kontrollsystem LSVA"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388).

8.3 Stellt sich indessen die Frage, ob das tatsächlich angewandte Bewertungsschema mit Blick auf das Transparenzgebot den kommunizierten Zuschlagskriterien bzw. den seitens der Vergabestelle gemachten Angaben zur Bewertung entspricht, oder ob das Bewertungsschema im Ergebnis die angekündigte Gewichtung der Zuschlagskriterien in Frage stellt, geht es nicht mehr um die Angemessenheit, sondern um die Rechtskonformität der vorgenommenen Bewertung (Entscheid der BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, in: VPB 65.94, E. 3d i.V.m E. 5a/ee; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et al. [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 410).

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 bekannt gegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern. Wenn sie bekannt gegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 sowie Urteile des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 und B-891/2009 E. 3.4 m.H. "Kurierdienst BAG I"). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt das Transparenzprinzip allerdings grundsätzlich nicht auch die vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche einzig dazu dienen, ein publiziertes Kriterium zu konkretisieren, jedenfalls soweit sie nicht über das hinausgehen, was gemeinhin zur Definition des betreffenden Hauptkriteriums angeführt wird oder soweit ihnen die Vergabestelle nicht eine überragende Bedeutung verleiht und ihnen eine Rolle zuschreibt, welche derjenigen eines Hauptkriteriums entspricht (BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteile des BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4 und 2P.172/2002 vom 10. März 2003 E. 2.3; MARTIN BEYELER, Zuschlagskriterien, Bekanntgabe der Kriterien und ihrer Gewichtung, BR 4/2019, Rz. 348). Ein einfaches Evaluationsraster oder andere Hilfsmittel, welche dazu bestimmt sind, die verwendeten Kriterien und Subkriterien festzuhalten (beispielsweise eine Notenskala oder eine Kalkulationsmatrix), müssen den Anbietenden daher nicht notwendigerweise im Voraus bekanntgegeben werden. Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent

sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, so dass das Transparenzprinzip eine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen (BGE 130 I 241 E. 5.1).

Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-587/2019 vom 3. April 2019 E. 4.2.4.3 ff. und Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3 m.H.).

8.4 Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen (Teil B2: Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 2.10.4.1) vier Zuschlagskriterien, je mit Gewichtung und maximaler Punktzahl sowie die mögliche Gesamtpunktzahl bei den ZK1 bis ZK4 (500 Punkte) bekannt gegeben. Das ZK1 (Preis) war dabei mit 50 % gewichtet, so dass maximal 250 Punkte möglich waren.

8.5 Gemäss der Evaluation durch die Vergabestelle erzielten die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerinnen bei den ZK1 bis ZK4 die folgenden Noten respektive Punktzahlen (je gerundet):

	Beschwerdeführerin	Beschwerdegegnerinnen
	Note/Punktzahl	Note/Punktzahl
ZK1 gewichtet mit 50 %	250 Punkte	232 Punkte
ZK2 gewichtet mit 25 %	Note 3 / 75 Punkte	Note 4 / 100 Punkte
ZK3 gewichtet mit 20 %	Note 3 / 60 Punkte	Note 4 / 80 Punkte
ZK4 gewichtet mit 5 %	Note 3 / 15 Punkte	Note 3 / 15 Punkte
Gesamtpunktzahl	400 Punkte	427 Punkte

Das Angebot der Beschwerdegegnerinnen weist demnach einen Vorsprung von 27 Punkten gegenüber demjenigen der Beschwerdeführerin auf.

8.6 In Ziff. 2.10.4.2 der Ausschreibungsbestimmungen legte die Vergabestelle die Preisbewertung wie folgt fest:

Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhält das Punktemaximum. Angebote, die 100 % über dem tiefsten Preis liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear.

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

$$\text{Punkte} = M * [P_{\text{max}} - P / P_{\text{max}} - P_{\text{best}}]$$

Legende

M = Maximale zu vergebende Punktezahl

P = Preis des zu bewertenden Angebotes

P_{best} = Preis des günstigsten Angebotes

P_{max} = Preis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet [P_{best}(1.3)]*

Berechnungsbeispiel

Das Preispunktemaximum beträgt bei einer Preisgewichtung von 50 % = 250 Punkte

- Anbieter A offeriert zum Gesamtpreis von CHF 5'700'000 (= höchster Preis)
- Anbieter B offeriert zum Gesamtpreis von CHF 3'000'000
- Anbieter C offeriert zum Gesamtpreis von CHF 2'800'000
- Anbieter D offeriert zum Gesamtpreis von CHF 2'600'000 (= tiefster Preis, resp. P_{best})

$$P_{\text{max}} = P_{\text{best}} * 2 = \text{CHF } 5'200'000$$

Daraus ergibt sich folgende Punktevergabe:

- | | |
|--------------------------------|--|
| - Anbieter A erhält 0 Punkte | <i>P > P_{max} (Überschreiten der Bandbreite)</i> |
| - Anbieter B erhält 211 Punkte | $[250 * (5'200'000 - 3'000'000) / (5'200'000 - 2'600'000)]$ |
| - Anbieter C erhält 230 Punkte | $[250 * (5'200'000 - 2'800'000) / (5'200'000 - 2'600'000)]$ |
| - Anbieter D erhält 250 Punkte | $[250 * (5'200'000 - 2'800'000) / (5'200'000 - 2'600'000)]$ |

8.7 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Umschreibung der Preisbewertung in diesem Text stelle den allgemeinen Grundsatz dar, und für die konkrete Bewertung sei auf die publizierte Preisformel abzustellen. Es könne sich nicht, wie die Vergabestelle behaupte, nur um einen Schreibfehler handeln. Auch vor dem Hintergrund, dass für die Preisbewertung der

Lose 1 und 2 mit dem Faktor 1.4 gerechnet worden sei, erscheine die Anwendung des Faktors 1.3 bei der Preisbewertung des Loses 3.01 logisch. Die Anwendung des Faktors 2.0 würde dagegen die Wettbewerbsfähigkeit des Preises erheblich reduzieren bzw. die Gewichtung des ZK1 mit 50 % unterlaufen. Hätte die Vergabestelle die in der Ausschreibung festgelegte Preisformel (Faktor 1.3) angewendet, hätten für die Beschwerdeführerin 250 Punkte und für die Beschwerdegegnerinnen bei einem Preis von Fr. 23'024'542.80 163 Punkte resultiert. Würde die Gesamtpunktzahl in korrekter Anwendung der Preisformel gemäss Ausschreibung berechnet, ergäben sich für die Beschwerdegegnerinnen 358 Punkte und damit der zweite Rang hinter der Beschwerdeführerin mit 400 Punkten. Der Vergabestelle sei es untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Bedingungen der Vergabe nachträglich zu ändern. Es handle sich um einen formellen Mangel, der zwingend die Aufhebung der Verfügung zur Folge haben müsse.

Die Vergabestelle führt dagegen aus, die Preisformel sei klar und von ihr richtig angewendet worden. In den Ausschreibungsunterlagen, Abschnitt Preisbewertung, werde die Preisformel im Narrativ beschrieben, dann folge die mathematische Preisformel und zuletzt folge ein Berechnungsbeispiel. Die Beschwerdeführerin stütze ihre Rüge lediglich auf die Preisformel, welche unglücklicherweise einen (sofort erkennbaren) Schreibfehler für die Definition des P_{max} enthalte. Die Aussage in Kapitel 2.10.4.2 der Ausschreibungsbestimmungen, lautend *"Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhält das Punktemaximum. Angebote, die 100 % über dem tiefsten Preis liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear."* sei unzweideutig. Die Preiskurve sei linear und verlaufe vom günstigsten Angebot (volle Punktzahl) bis zum Angebot mit dem doppelten Preis wie das günstigste Angebot (keine Punkte). Im gleichen Kapitel der Ausschreibungsbestimmungen werde ein Rechenbeispiel vorgestellt, das die Preisformel illustriere. Aus der Formel $P_{max} = P_{best} * 2 = \text{CHF } 5'200'000$ folge, dass der Maximalpreis (0 Punkte) beim Doppelten (2x) des tiefsten Preises liege. Der erwähnte Verschreiber in der Formel sei offensichtlich und für jeden Anbieter leicht erkennbar gewesen. Bei Unklarheiten hätte die Beschwerdeführerin Gelegenheit gehabt, im Rahmen der Q&A-Runde eine entsprechende Frage zu stellen.

8.8 Die zitierte Regelung in den Ausschreibungsbestimmungen

"Das Angebot mit dem tiefsten Preis erhält das Punktemaximum. Angebote, die 100 % über dem tiefsten Preis liegen, erhalten 0 Punkte. Die Punktevergabe innerhalb dieser Bandbreite erfolgt linear."

ist klar und eindeutig. Die in der Folge angegebene Formel steht in offensichtlichem Widerspruch mit dieser Regel, jedenfalls sofern die in der Legende angegebene Definition

" $P_{\max} = \text{Preis, bei welchem die Wertkurve den Nullpunkt schneidet}$
 $[P_{\text{best}} \cdot (1.3)]$ "

verwendet wird. Die in der Folge angegebenen Berechnungsbeispiele wiederum entsprechen der in Worten formulierten Regel, nicht der damit in Widerspruch stehenden Formel.

Aufgrund dieses Widerspruchs ist mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass ohne weiteres erkennbar war, dass in diesen Angaben einen Fehler enthielten. Entweder war die Formel (bzw. die Legende dazu) fehlerhaft, oder aber sowohl die in Worten dargelegte Bewertungsregel als auch alle Berechnungsbeispiele waren falsch. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Vergabestelle nur bei der Darstellung der Formel ein Versehen unterlaufen war, war dabei grösser als die Wahrscheinlichkeit, dass dies sowohl bei der in Worten dargelegten Regel wie auch bei den Berechnungsbeispielen erfolgt wäre. Vor allem aber eignet sich eine in sich offensichtlich widersprüchliche Kommunikation grundsätzlich nicht als Vertrauensgrundlage.

Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, aufgrund des Transparenzgebots habe sie darauf vertrauen dürfen, dass die dargelegte Formel, nicht aber die in Worten dargelegte Bewertungsregel und die Berechnungsbeispiele, bei der Preisbewertung zur Anwendung gelangen würde, kann ihr daher nicht gefolgt werden.

8.9 Prima facie erweist sich die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin somit als offensichtlich unbehelflich.

9.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die zusammengezählten Punkte je Zuschlagskriterium seien willkürlich gerundet worden. Korrekt und nachvollziehbar sei, dass im ZK2 die Summe im Angebot der Beschwerdeführerin von 73 auf 75 und diejenige im Angebot der Beschwerdegegnerinnen von

101 auf 100 gerundet worden seien, sowie, dass im ZK4 die 15 Punkte bei der Beschwerdeführerin belassen worden und die 14 Punkte der Beschwerdegegnerinnen auf 15 Punkte aufgerundet worden seien. Nicht nachvollziehbar sei dagegen, dass im ZK3 bei der Beschwerdeführerin 65 Punkte auf 60 abgerundet und bei den Beschwerdegegnerinnen 75 Punkte auf 80 aufgerundet worden seien.

Die Vergabestelle bestreitet, dass die zusammengezählten Punkte je Zuschlagskriterium willkürlich gerundet worden seien. Nicht die Punktzahlen, sondern die Noten würden gerundet. Dies gehe aus der Bewertungsmatrix hervor. Das ZK2 werde insgesamt mit 25 % gewichtet, folglich betrage die Maximalpunktzahl 125 Punkte. Der gewichtete Durchschnitt der Noten, die auf die einzelnen von der Beschwerdeführerin unter ZK2 eingereichten Nachweise entfielen, ergebe einen Wert von 2.9. Diese Note werde gemäss Taxonomie in Kapitel 2.10.4.3 der Ausschreibungsbestimmungen auf eine 3 aufgerundet. Die volle Punktzahl von 125 Punkten werde bei einer Note 5 erreicht. Eine Note 3 resultiere daher in einer Punktzahl von 75 ($3/5 \times 125$). Das ZK3 werde mit 20 % gewichtet, folglich betrage die Maximalpunktzahl 100 Punkte. Der gewichtete Durchschnitt der Noten, welche auf die einzelnen von der Beschwerdeführerin unter ZK3 eingereichten Nachweise entfielen, ergebe einen Wert von 3.3. Diese Note werde gemäss Taxonomie in Kapitel 2.10.4.3 der Ausschreibungsbestimmungen auf eine 3 abgerundet. Die volle Punktzahl von 100 werde bei einer Note 5 erreicht. Eine Note 3 resultiere daher in einer Punktzahl von 60 ($3/5 \times 100$). Bei den Beschwerdegegnerinnen habe der gewichtete Durchschnitt der Noten, die auf die von ihnen unter ZK3 eingereichten Nachweise entfielen, einen Wert von 3.8 ergeben. Diese Note sei auf eine 4 aufgerundet worden. Daraus resultiere eine Punktzahl von 80 ($4/5 \times 100$).

Auch die Beschwerdegegnerinnen führen aus, es treffe nicht zu, dass die zusammengezählten Punkte je nachdem auf den nächsten Fünfer oder Zehner auf- oder abgerundet worden seien. Es seien nicht die zusammengezählten Punkte gerundet, sondern die entsprechenden Noten mathematisch korrekt auf ganze Zahlen gerundet worden. Beim ZK3 entsprächen 75 Punkte der Note 3.8. Korrekt gerundet ergebe dies die Note 4.0, was wiederum 80 Punkte ergebe. 65 Punkte entsprächen der Note 3.3, was mathematisch korrekt gerundet die Note 3.0 und damit 60 Punkte ergebe.

9.1 Die Vergabestelle hatte in den Ausschreibungsunterlagen (Teil B2: Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 2.10.4.1) vier Zuschlagskriterien, je mit

Gewichtung und maximaler Punktzahl sowie die mögliche Gesamtpunktzahl bei den ZK1 bis ZK4 (500 Punkte) bekannt gegeben:

	ZK	Ge- wich- tung	Max. Punkte	Nachweis
ZK1	Preis	50 %	250	N6 Ausgefülltes Preisblatt
ZK2	Technische Lösung Bemessung, Baustellenlogistik und Ausführung der Arbeiten, Qualitätssicherung, Bauprogramm und Einhaltung der vorgegebenen Termine.	25 %	125	N7 N7.1 Methodik und Darstellung der statischen Bemessung und Materialwahl N7.2 Methodik und Vorgänge der Ausführung, der Montage, der Schweissarbeiten und des Korrosionsschutzes N7.3 Transportlogistik für Material, Panzerungen und Personen N7.4 Methodik und Qualitätssicherungsplan N7.5 Bauprogramm und vorgesehener Personaleinsatzplan
ZK3	Schlüsselpersonen Organisation Angemessene Qualifikation und Einsatz aller Schlüsselpersonen Als Schlüsselpersonen gelten: - Baustellenchef (Verantwortlicher aller Arbeiten) - Schweissfachmann (Verantwortlicher der Schweissungen und Qualitätsprüfungen)	(20 %) 5 % 5 %	(100) 25 25	N8 N8.1 Baustellenchef N8.2 Schweissfachmann (Verantwortlicher der Schweissungen u. Qualitätssicherung) N8.3 Bemessungsingenieur N8.4 Korrosionsschutzfachmann In der Beilage B2-03 sind folgende Angaben und Dokumente zu liefern: - Angabe der Ausbildung und der fachspezifischen

	- Bemessungsingenieur (Verantwortlicher für die statische Bemessung) - Korrosionsschutzfachmann (Verantwortlicher für Korrosionsschutzarbeiten)	5 % 5 %	25 25	Referenzen der Schlüsselperson - 2 Projektreferenzen mit vergleichbarer Grösse, Schwierigkeit und ähnlichen Aufgaben ausgeführt in gleicher Position der Schlüsselperson. Die angegebene Referenz muss die Funktion, die Hauptaufgaben und die gemachten Erfahrungen aufzeigen. Die Projektreferenz muss abgeschlossen oder zu weiten Teilen realisiert sein. Falls die Referenz von einem Subunternehmer erbracht wird, haben die Anbieterin und der Subunternehmer die Bestätigung beizubringen, dass im Auftragsfall die Arbeit nicht an andere Schlüsselpersonen vergeben wird. - Angabe der Verfügbarkeit der Schlüsselperson über die ganze Projektdauer - Sprachkenntnisse in Deutsch oder Italienisch (Stufe B2)
ZK4	Arbeitssicherheit und Risikobeurteilung	5 %	25	N9 N9.1 Aufzeigen der wichtigsten Projekt- und Sicherheitsrisiken in Bezug auf die Bauausführung und Arbeitssicherheit N9.2 Beschrieb der vorgesehenen Massnahmen zur Vermeidung / Reduktion der aufgezeigten Sicherheitsrisiken und Aufzeigen des verbleibenden Restrisikos N9.3 Aufzeigen der Massnahmen mit welchen die Anbieterin die Risiken überprüft und überwacht, in Bezug auf die Arbeitssicherheit und der technischen Bauausführung (gemäss Verordnung und Vorschriften der Arbeitssicherheit der SUVA/CFSL)
Total Punkte		100 %	500	

Die Ausschreibungsunterlagen (B2: Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 2.10.4.3) sahen sodann eine Bewertung der ZK2 bis ZK4 gemäss der folgenden Notenskala vor, wobei nur ganze Noten vergeben werden durften:

Note	Bezogen auf Erfüllung der Kriterien	Bezogen auf die Qualität der Angaben und Ausführung
5	Sehr gute Erfüllung	Qualitativ ausgezeichnet, hohe Innovation, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung
4	Gute Erfüllung	Qualitativ gut
3	Normale, durchschnittliche Erfüllung	Sollangabe, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend
2	Schlechte Erfüllung	Angaben ohne ausreichenden Projektbezug
1	Sehr schlechte Erfüllung	Ungenügende Angaben
0	Keine Erfüllung	Keine bzw. nicht bewertbare Angaben

Weiter sah diese Ziff. vor, dass die Note multipliziert mit der entsprechenden Gewichtung die Punktzahl für das jeweilige qualitative Zuschlagskriterium ergibt (B2: Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 2.10.4.3).

9.2 Dass der Begriff "Zuschlagskriterien" in dieser Bestimmung nur Hauptkriterien, nicht aber Subkriterien bedeutet, ist eine vertretbare, aber keine zwingende Auslegung.

Zur berücksichtigen ist indessen, dass die Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf das ZK3 ausdrücklich eine maximal mögliche Punktzahl von 25 Punkten für jede der vier Schlüsselpersonen vorsehen (Ausschreibungsbestimmungen, Ziff. 2.10.4.1). Damit hatte die Vergabestelle eigenständig zu bewertende Subkriterien mit einer bestimmten Punktzahl pro Subkriterium bekannt gegeben. Aufgrund des Transparenzgebots ist sie an diese kommunizierte Art der Bewertung gebunden.

9.3 Aus dem Evaluationsbericht ergibt sich, dass die Vergabestelle für jedes dieser Subkriterien eine Note erteilt und diese Note dann nach der Regel von Ziff. 2.10.4.3 in Punkte umgerechnet hat. Dieses Vorgehen entspricht der kommunizierten Bewertungsweise gemäss Ziff. 2.10.4.1.

Nach der Erteilung dieser Punkte für die Subkriterien berücksichtigte die Vergabestelle in der Bewertungsmatrix indessen nicht die bezüglich ZK3 erzielten total 65 Punkte für die Beschwerdeführerin bzw. 75 Punkte für die Beschwerdegegnerinnen, sondern sie wandelte diese Punkte in eine Gesamtnote für das Hauptkriterium um, rundete diese Note und wandelte sie nachher wieder in Punkte um. Durch diese zweite Anwendung der Umrechnungsregel von Ziff. 2.10.4.3 wurden der Beschwerdeführerin 5 der ihr vorher erteilten 65 Punkte für die selbständig zu bewertenden Subkriterien wieder entzogen, während die Beschwerdegegnerinnen 5 Punkte zusätzlich erhielten.

Da die Vergabestelle, wie dargelegt, für das ZK3 eigenständig zu bewertende Subkriterien mit einer bestimmten Punktzahl pro Subkriterium bekannt gegeben hatte, ist fraglich, ob sie berechtigt war, die pro Subkriterium erteilte Punktzahl nachher wieder abzuändern. Soweit die Beschwerdeführerin dieses Vorgehen, das zu einer Punktedifferenz von 10 Punkten zu ihren Ungunsten führte, sinngemäss als rechtsfehlerhaft kritisiert, erscheint ihre Rüge daher nicht als offensichtlich unbegründet.

10.

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, die Vergabestelle stütze ihren Entscheid massgeblich auf *"nicht in den Ausschreibungsdokumenten festgelegte Argumente/Kriterien"*, wie in Ziff. 4.4 der Stellungnahme des Experten E._____ vom 2. Mai 2019 klar zum Ausdruck komme. So habe die Vergabestelle den Beschwerdegegnerinnen eine bessere Note bei den Referenzen erteilt, weil sie mit demselben Tiefbauunternehmer, der für den Bau des Kraftwerks verantwortlich sei, schon früher zusammengearbeitet hätten. Das Angebot der Beschwerdeführerin werde dagegen schlechter benotet, weil sie mit ihren Subunternehmern noch nie zusammengearbeitet habe und weil die Schlüsselpersonen ihrer Subunternehmer deutscher Muttersprache seien, wogegen ihre eigenen Schlüsselpersonen italienischer Muttersprache seien. Drittens moniert die Beschwerdeführerin das ihr nicht bekannte "optimierte Arbeitsprogramm" der Beschwerdegegnerinnen. Dieses dürfe keine Berücksichtigung finden, da es eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen darstelle. Weiter werde der Beschwerdeführerin im Expertenbericht E._____ vorgehalten, dass sie ihre Stahlbleche

für die Rohrerstellung in Südkorea und nicht in Europa beziehe, obwohl sie nachweislich die Qualitätsanforderungen erfüllten. Dieses Argument widerspreche dem im öffentlichen Beschaffungsrecht geltenden Wettbewerbsgrundsatz. Schliesslich bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle stütze die Schlechterbewertung ihres Angebots auf die Tatsache, dass sie von der Möglichkeit der Nachbesserung des Angebots "am Meisten profitiert" habe. Diese fünf Argumente, die dem Bericht des Experten E._____ entnommen werden könnten, würden sich bei der Bewertung dahingehend auswirken, dass das Angebot der Beschwerdeführerin bei gleichlautender Beurteilung in den entsprechenden Positionen eine schlechtere Note erhalten habe.

Die Vergabestelle bestreitet diese Vorbringen. Auch der Expertenbericht E._____ stelle klar, dass das Angebot der Beschwerdeführerin namentlich punkto ZK2 "Technische Lösung" gegenüber den übrigen Offerten "deutlich distanziert" sei. Damit handle es sich bei den im Gliederungstitel von Kapitel 4.4 der Stellungnahme E._____ genannten Faktoren um blossе Hilfsargumente.

10.1 Der Gliederungstitel in Ziff. 4.4 der Stellungnahme des Experten E._____ lautet: "Nicht in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Argumente/Kriterien, welche die Vergabe an das oben beschriebene Angebot mit bester Wirtschaftlichkeit zusätzlich unterstützen." Der Experte führte dazu aus, im Verlauf des Beurteilungsverfahrens sei man noch auf mehrere Argumente/Kriterien gestossen, welche vorangehend nicht in den Ausschreibungsbedingungen integriert worden seien, welche jedoch zusätzlich für den für die Vergabe anvisierten Anbieter 3 sprechen würden. Er führt in der Folge fünf Punkte auf.

10.2 Die Beschwerdeführerin bringt in Bezug auf jeden dieser fünf Punkte Vorbehalte vor. Ihre Einwände überschneiden sich teilweise mit Rügen, die sie hinsichtlich der Bewertung einzelner Subkriterien, wie sie sich aus der Bewertungsmatrix (Beilage 4 zum Evaluationsbericht) ergeben, erhebt. Diese Rügen sind daher im Kontext der Behandlung ihrer weiteren Rügen in Bezug auf die Bewertung der ZK2-ZK4 zu behandeln.

Soweit die Beschwerdeführerin indessen nicht konkret aufzeigt, wo die von ihr beanstandeten zusätzlichen Argumente oder Kriterien in der Bewertung Niederschlag gefunden haben, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie für den Zuschlagsentscheid relevant hätten sein können, weshalb auf diese Rügen nicht weiter einzugehen ist.

11.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter die Bewertung ihres Angebots unter den einzelnen Subkriterien des ZK3 "Schlüsselpersonen/Organisation" erscheine ebenfalls willkürlich, wenngleich sie nicht detailliert habe überprüft werden können, nachdem die Evaluationsmatrix in Bezug auf ZK3 bei den Beschwerdegegnerinnen gänzlich "geschwärzt" gewesen sei.

11.1 Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, ihr Angebot sei schlechter benotet worden, weil sie mit ihren Subunternehmern noch nie zusammengearbeitet habe und weil die Schlüsselpersonen ihrer Subunternehmer deutscher Muttersprache seien, während ihre eigenen Schlüsselpersonen italienischer Muttersprache seien. Dies ergebe sich aus dem Bericht des Experten E._____. Indessen sei gemäss den Ausschreibungsunterlagen die zwei Sprachen Deutsch und Italienisch gestattet. Ihre Schlüsselpersonen seien der italienischen Sprache mächtig und diejenigen ihrer schweizerischen Subunternehmerin der deutschen Sprache. Damit erfülle sie die Vorgaben betreffend Sprache sogar ausgezeichnet, indem sie beide Sprachen abdecke. Beim Nachweis N8.4 sei dem Korrosionsschutzfachmann der Subunternehmerin der Beschwerdeführerin trotz "sehr guter Erfahrung in ähnlichen Projekten (Anlagentyp und Funktion)" lediglich die Note 4 erteilt worden. Die Note 4 sei aber gemäss Ausschreibungsunterlagen definiert als "gute Erfüllung", während "sehr gute Erfüllung" mit der Note 5 benotet werden müsse. Das sei willkürlich.

Die Vergabestelle stellt sich dagegen auf den Standpunkt, dass der Umstand, dass – wie bei den Beschwerdegegnerinnen – Schlüsselpersonen bereits bei Referenzprojekten gemeinsam in ähnlicher Funktion tätig gewesen seien, ohne weiteres als projektspezifische Erfahrung positiv berücksichtigt werden dürfe. Überdies hätten mindestens zwei Personen sehr gute Erfahrungen in ähnlichen Projekten aufgewiesen. Unter N8.4 von ZK3 "Schlüsselpersonen/Organisation" würden betreffend Sprachkenntnisse "Deutsch oder Italienisch" gefordert. Zu einer zweckmässigen Organisation gehöre, dass sich Schlüsselpersonen untereinander einwandfrei verständigen könnten. Dies sei selbstverständlich und müsse nicht explizit in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt werden. Wenn die Vergabestelle die zu Tage getretenen Verständigungsproblem zwischen der Beschwerdeführerin und ihrer Subunternehmerin bei der Punktzahl berücksichtige, sei dies sachlich nachvollziehbar.

11.2 Es trifft zu, dass die Parteien lediglich sehr beschränkte Einsicht in die Evaluationsmatrix bezüglich ZK3 erhalten haben. Das Gericht hat sich daher von Amtes wegen zu vergewissern, dass die Abdeckungen keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen verbergen.

11.3 Richtig ist, dass die Ausschreibungsunterlagen als sprachliche Anforderung an die Schlüsselpersonen lediglich Sprachkenntnisse Stufe B2 in Deutsch oder Italienisch verlangten. Keiner der Anbieter hat Schlüsselpersonen mit genügenden Kenntnissen in beiden Sprachen nachgewiesen. Dass die Vergabestelle Kenntnisse nur einer dieser Sprache dann als suboptimal eingestuft hat, wenn einzelne Schlüsselpersonen Deutsch, nicht aber Italienisch sprechen, während andere Schlüsselpersonen des gleichen Anbieters Italienisch, aber kein Deutsch sprechen, ist nachvollziehbar. Um wie viele Punkte das Angebot der Beschwerdeführerin nur aus diesem Grund schlechter bewertet wurde als dasjenige der Beschwerdefgegnerinnen hat die Vergabestelle indessen nicht dargelegt.

Die Vergabestelle hat auch nicht näher erklärt, welche Faktoren sie bei der Bewertung der Schlüsselpersonen wie gewichtet hat. Offensichtlich und unbestritten ist, dass Qualität der Referenzen eine wichtige Rolle spielte. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, dass andere Faktoren, wie beispielsweise die Ausbildung, keinen Einfluss haben durften. Vor allem aber kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie aus der Qualifizierung ihrer Referenzen als "sehr gute Erfahrung in ähnlichen Projekten (Anlagetyp und Funktion)" einen zwingenden Anspruch auf eine Note 5 für "sehr gute Erfüllung" des ganzen Subkriteriums ableiten will. Solange die Vergabestelle den verschiedenen Anbietern bei der gleichen Qualifizierung der Erfahrung der betreffenden Schlüsselperson die gleiche Note erteilt hat, ist die Bewertung nicht zu beanstanden.

Ein Vergleich der Bewertung der verschiedenen Schlüsselpersonen aller drei Anbieter zeigt, dass bei den Subkriterien N8.2 und N8.3 die Notendifferenz von einem Punkt ohne weiteres erklärbar ist durch die Differenz zwischen "wenig Erfahrung" und "guter Erfahrung" bzw. "guter Erfahrung" und "sehr guter Erfahrung": Beim Subkriterium N8.2 wurde der Schlüsselperson der Beschwerdeführerin wenig Erfahrung in der Panzerung attestiert und die Note 3 erteilt, bei den anderen beiden Anbietern erhielten die Schlüsselpersonen bei guter Erfahrung die Note 4 und bei wenig Erfahrung in der Funktion und in der Panzerung die Note 3. Beim Subkriterium N8.3

wurde der Schlüsselperson der Beschwerdeführerin gute Erfahrung attestiert und eine Note 3 erteilt, den Schlüsselpersonen der anderen beiden Anbieter dagegen sehr gute Erfahrung in ähnlichen Projekten und je die Note 4.

Beim Subkriterium N8.1 dagegen werden sowohl der Schlüsselperson der Beschwerdeführerin wie derjenigen der Beschwerdegegnerinnen gute Erfahrung attestiert, der Beschwerdeführerin jedoch nur die Note 3, den Beschwerdegegnerinnen jedoch die Note 4 erteilt. Die zweite Anbieterin erhielt bei sehr guter Erfahrung ebenfalls die Note 4. Welchen Einfluss die unterschiedlichen Ausbildungen auf die Bewertung hatten, hat die Vergabestelle, wie bereits erwähnt, nicht dargetan, weshalb ungeklärt ist, ob bzw. in welchem Ausmass dieser Umstand hier ins Gewicht fiel. Indessen fällt auf, dass die Schlüsselperson der Beschwerdeführerin, der Baustellenführer, keine Italienischkenntnisse und bei Englisch und Spanisch lediglich das Niveau A1 aufweist. Angesichts der dargelegten anbieterspezifischen Kommunikationsschwierigkeiten der verschiedenen Schlüsselpersonen untereinander ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle hier einen Abzug gemacht und trotz der guten Erfahrung nur die Note 3 erteilt hat.

Beim Subkriterium N8.4 erhielten alle drei Anbieter die Note 4. Der Schlüsselperson der Beschwerdeführerin wurde "sehr gute Erfahrung in ähnlichen Projekten (Anlagetyp und Funktion)" attestiert, derjenigen der Beschwerdegegnerinnen dagegen "wenig Erfahrung". Der Vergleich mit den Bewertungen aller anderen Subkriterien zeigt, dass die Vergabestelle auch bei "wenig Erfahrung" immer die Note 3 und bei "sehr gute Erfahrung" immer die Note 4 erteilte. Unter diesen Umständen ist zwar die Bewertung der Schlüsselperson der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden, aber prima facie ist nicht offensichtlich auszuschliessen, dass die Beschwerdegegnerinnen eine zu hohe Note und damit 5 Punkte zu viel erhalten haben.

11.4 Als Zwischenergebnis erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Bewertung "Schlüsselpersonen" prima facie nicht als offensichtlich unbegründet. In Bezug auf das Subkriterium N8.4 und die diesbezügliche Differenz von 5 Punkten zwischen den Bewertungen der Parteien bleiben jedenfalls Fragen offen.

12.

In Bezug auf das Zuschlagskriterium ZK2 "Technische Lösung" rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung diverser Subkriterien.

12.1 Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass die Beschwerdegegnerinnen beim Subkriterium N7.5, Unterpunkt 1 "Bauprogramm", die Note 5 erhalten hätten. Gemäss Evaluationsmatrix sei das Bauprogramm der Beschwerdegegnerinnen "vollständig" und enthalte einen "hohen Detaillierungsgrad". Dies rechtfertige aber keinesfalls eine Bewertung mit der Note 5. Der Hinweis auf die von den Beschwerdegegnerinnen vorgenommene Anpassung des Bauprogramms, welche zu einem Zeitgewinn führen solle, dürfe nicht berücksichtigt werden, weil es sich dabei um eine eigenmächtige Anpassung/Abweichung von der Ausschreibung handle. Eigenmächtige Angebotsänderungen seien grundsätzlich nur im Rahmen einer Variante zulässig. Vorliegend seien Varianten jedoch gemäss Ausschreibung nicht zugelassen. Selbst wenn Varianten zugelassen seien, müsse gleichzeitig auch ein der Amtslösung entsprechendes Grundangebot eingereicht werden. Fehle es am Grundangebot, so führe dies zur Unvollständigkeit der Offerte der Beschwerdegegnerinnen und somit zu deren Ausschluss.

Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, es sei unzutreffend, dass es sich beim optimierten Bauprogramm der Beschwerdegegnerinnen um eigenmächtige Angebotsänderungen handle. Es handle sich um einen Vorschlag zur Optimierung des Terminplans in Koordination mit dem Bauunternehmer, nicht um ein Variantenangebot im Sinne einer gegenüber der Ausschreibung abweichenden Art der Auftragsausführung. Ein qualitativ besseres Angebot sei keine Variante. Selbst wenn dem so wäre, so seien Varianten gemäss Kapitel 2.11 der Ausschreibungsbestimmungen (Teil B2) zulässig, sofern zugleich ein vollständig ausgefülltes Grundangebot eingereicht werde. Die Beschwerdeführerin wäre nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die leicht erkennbare Diskrepanz zwischen Kapitel 2.11 der Ausschreibungsbestimmungen und der SIMAP-Publikation vom 12. November 2019 im Rahmen der Q&A-Runden zu thematisieren. Da sie dies unterlassen habe, sei ihre diesbezügliche Rüge verwirkt. Sie müsse sich die gegenüber der SIMAP-Publikation detaillierteren Ausschreibungsbestimmungen entgegenhalten lassen. Die Beschwerdegegnerinnen hätten ein vollständiges Grundangebot ausgearbeitet, das die Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen einhalte. Ihre Offerte sei nicht unvollständig. Die zwingend einzuhaltenden Minimalanforderungen seien nicht verletzt, sondern vielmehr übertroffen.

Auch die Beschwerdegegnerinnen bestreiten, dass die von ihnen vorgeschlagene Optimierung des Bauprogramms eine Variante darstelle. Eine Variante sei ein Offertvorschlag, der inhaltlich von der ausgeschriebenen

Leistung abweiche, wogegen eine Optimierung nicht von der ausgeschriebenen Leistung abweiche. Sie hätten zunächst ein Grundangebot eingereicht, das alle in der Projektbeschreibung enthaltenen Termine integriere. Zusätzlich hätten sie ein optimiertes Bauprogramm eingereicht, bei welchem die Bauzeit verkürzt sei. Optimierungen seien Verbesserungen innerhalb der Vorgaben, welche die Vergabestelle mache, und im Rahmen der Offerteinreichung klarerweise möglich. Das von der jeweiligen Unternehmung mit dem Angebot eingereichte Terminprogramm werde dabei bereinigt und in das Gesamtprogramm eingefügt. Die Beschwerdegegnerinnen hätten somit Spielraum gehabt, zusätzlich zur Amtslösung ein optimiertes Bauprogramm einzureichen, ansonsten sich die Bereinigung des Terminprogramms erübrigen würde. In den Mindestanforderungen werde festgehalten, dass das Bauprogramm eine hohe Genauigkeit aufweisen müsse und "in Anlehnung" an die Vorgaben der Bauherrschaft zu erfolgen habe. Die Beschwerdegegnerinnen hätten demnach Spielraum gehabt, um ein optimiertes Bauprogramm einzureichen. Zudem würden sich Mindestvorschriften dadurch auszeichnen, dass sie übertroffen werden könnten. Dies müsse nicht explizit festgehalten werden. Auch sei völlig abwegig, ein Bauprojekt extra langsamer zu bauen, obwohl die Beschwerdegegnerinnen in der Lage wären, den Bau schneller voranzutreiben. Andernfalls würde die öffentliche Hand Steuergelder vernichten. Das Bauprogramm der Beschwerdegegnerinnen ermögliche aufgrund der parallelen Arbeiten von Bau und Stahlwasserbau im Schaft eine (kostenneutrale) Verkürzung der Bearbeitungsdauer des Loses 3.01 um bis zu acht Monaten. Im Bericht zur Offertbewertung stehe, dass keine Varianten vorgestellt worden seien. In der Bewertungsmatrix werde denn auch nicht von einem "optimierten Bauprogramm" gesprochen, sondern von "Kostenneutraler Parallelmontage mit Zeitgewinn".

12.1.1 Das Bauprogramm der Vergabestelle und die entsprechenden Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen sind als Meilensteine definiert, zu deren Einhaltung sich die unterschiedlichen Vertragspartner der Vergabestelle verpflichten müssen (Ausschreibungsunterlagen, Teil B1: Projektbeschreibung und allgemeine Information, Ziff. 12 und 13). Mit der Vergabestelle und den Beschwerdegegnerinnen ist daher davon auszugehen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerinnen, die einzelnen Arbeiten so vorzunehmen, dass die Meilensteine wesentlich früher als geplant erreicht werden könnten, nicht gegen diese Bestimmungen verstösst. Es stellt daher keine Variante, sondern eine Optimierung dar.

12.1.2 Auf die Frage, ob ein Anbieter den Ausschluss eines Konkurrenten, der eine Variante angeboten hat, verlangen könnte, wenn zwar die Ausschreibungsunterlagen Varianten zulassen, die Ausschreibung selber diese aber verbietet, braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

12.1.3 Sowohl das Angebot der Beschwerdegegnerinnen wie auch dasjenige der zweiten Anbieterin wurden in der Evaluationsmatrix beim Subkriterium N7.5, Unterpunkt 1 "Bauprogramm" mit "vollständig" und "hoher Detaillierungsgrad" kommentiert. Bei der zweiten Anbieterin wurde zusätzlich ein Raum-Zeit-Diagramm erwähnt, beim Angebot der Beschwerdegegnerinnen die "kostenneutrale Parallelmontage mit Zeitgewinn". Die zweite Anbieterin erhielt die Note 4. Wenn die Vergabestelle die angebotene, kostenneutrale Reduzierung der Montagezeiten, die eine Verkürzung der Bearbeitungsdauer des Loses 3.01 um bis zu acht Monate ermögliche, als derart wesentlichen Mehrwert einstufte, dass sie dem Angebot der Beschwerdegegnerinnen die Note 5 erteilte, ist das daher nicht zu beanstanden.

12.2 Beim ZK2, N7.1, Unterpunkt 2 rügt die Beschwerdeführerin, der Evaluationstabelle sei zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerinnen "Berechnungsannahmen zusammengestellt" hätten und die "Grundlagen ersichtlich" seien. Dem Angebot werde ein "hoher Detaillierungsgrad" und "gute tabellarische Darstellung der Berechnung und der Resultate" attestiert. Dies entspreche sicher einer guten Erfüllung und guter Qualität, was jedoch die Note 4 bedeute. Die Note 5 sei aber nicht gerechtfertigt.

Thema des ZK2, N7.1 ist die Methodik und Darstellung der statischen Bemessung und Materialwahl. Beim Unterpunkt 2 wurden dabei die Belastungen, Lastfälle und Berechnungsverfahren inklusive Darstellung bewertet. Ein Vergleich mit der Bewertung der Offerte der zweiten Anbieterin in diesem Punkt zeigt, dass die Vergabestelle auch der zweiten Anbieterin "Berechnungsannahmen detailliert und klar zusammengestellt", "Grundlagen ersichtlich" und "hoher Detaillierungsgrad" attestierte. Diese Anbieterin erhielt dafür die Note 4. Die Beschwerdegegnerinnen erhielten die noch höhere Note 5 für die zusätzliche "gute tabellarische Darstellung der Berechnung und der Resultate". Da das Thema dieses Zuschlagskriteriums auch die Darstellung ist, ist diese Bewertung daher nachvollziehbar und nicht zu beanstanden.

12.3 Die Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihres Angebots noch bezüglich weiterer Unterpunkte unter den Zuschlagskriterien ZK2 und ZK4.

Würden diese Rügen alle als begründet erachtet, so würde sich die Punktedifferenz zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Beschwerdegegnerinnen um höchstens weitere 10 Punkte verringern, was insgesamt nicht ausreichen würde, um eine höhere Punktzahl als die Beschwerdegegnerinnen zu erhalten: Das Angebot der Beschwerdeführerin weist einen Rückstand von 27 Punkten auf dasjenige der Beschwerdegegnerinnen auf (vgl. E. 8.5). Selbst unter Berücksichtigung einer allfälligen Begründetheit der prima facie nicht als offensichtlich unbegründet erachteten Rügen, erhielte die Beschwerdeführerin im besten Fall 10 Punkte für die Rundung unter dem Zuschlagskriterium ZK3 (vgl. E. 9.3), 5 Punkte bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK3 (vgl. E. 11.4) und die oben genannten 10 Punkte, womit der Punkterückstand auf das Angebot der Beschwerdegegnerinnen nicht aufgeholt werden könnte. Es erübrigt sich daher, diese Rügen weiter zu prüfen.

13.

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde offensichtlich aussichtslos ist. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

14.

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 178286; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (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), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 25. September 2019