



## Urteil vom 17. März 2017

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Hans Urech, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch Alois Mani, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**SBB Schweizerische Bundesbahnen,**  
Konzerneinkauf Dienstleistungen,  
vertreten durch Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und  
Dr. iur. Pandora Kunz-Notter,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel",  
SIMAP-Meldungsnummer 921753,  
SIMAP-Projekt-ID 137577.

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

**A.a** Am 1. April 2016 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel „Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel“ die Reinigung des Tunnels und der unterirdischen Zugangsstollen und Nebenbauwerke im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 905929). Die Ausführung war für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis 31. Dezember 2021 vorgesehen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.10). Die Angebote waren bis zum 11. Mai 2016 einzureichen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 1.4).

**A.b** In der Folge gingen zwei Angebote ein, darunter das der X. \_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

**A.c** Mit Schreiben vom 7. Juli 2016 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass der Zuschlag an einen Mitbewerber erfolgen werde. Ausschlaggebend für diesen Entscheid sei gewesen, dass die Vergabestelle ein Angebot mit einem noch besseren Preis-Leistungsverhältnis erhalten habe.

**A.d** Am 8. Juli 2016 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die Y. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin). Die Zuschlagsverfügung wurde am 8. Juli 2016 auf der Internetplattform SIMAP publiziert (Meldungsnummer 921753). Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass es sich um das wirtschaftlich günstigste Angebot handle (vgl. SIMAP-Publikation, Ziffer 3.3).

**A.e** Mit Schreiben vom 8. Juli 2016 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vergabestelle um Herausgabe aller Unterlagen betreffend das vorliegende Projekt.

**A.f** Die Vergabestelle teilte der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 14. Juli 2016 mit, die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots lägen darin, dass es alle Vergabekriterien erfülle und bei qualitativ ähnlicher Bewertung wesentlich günstiger sei als das Angebot der Beschwerdeführerin.

**B.**

Gegen den Zuschlag vom 8. Juli 2016 erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 28. Juli 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, die Zuschlagsverfügung vom 8. Juli 2016 sei aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin sei aus dem Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin selbst zu erteilen. Eventualiter sei festzustellen, dass der Zuschlag vom 8. Juli 2016 widerrechtlich erfolgt sei. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei dies in einem ersten Schritt superprovisorisch zu geschehen habe, sowie, es sei der Beschwerdeführerin umfassende Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt, obwohl diese die Eignungskriterien nicht erfülle. Nach dem Wissensstand der Beschwerdeführerin habe die Zuschlagsempfängerin noch nie einen Eisenbahntunnel gereinigt. Sie habe im Gotthard-Basistunnel (im Folgenden auch: GBT) zwar Kanalsysteme (ihr Spezialgebiet) gereinigt, jedoch nicht die Röhren oder Stollen, geschweige denn Geleise. Sicherlich habe sie noch nie die Reinigung eines Eisenbahntunnels von vergleichbarer Grösse, geographischer Ausdehnung und Komplexität projektiert oder ausgeführt. Die Zuschlagsempfängerin erfülle daher bereits das erste Eignungskriterium nicht und hätte durch die Vergabestelle ausgeschlossen werden müssen. Demgegenüber erfülle die Beschwerdeführerin das erste Eignungskriterium ohne Weiteres. Seit dem Jahr 2008 sei sie mit der periodischen Reinigung des bezüglich geographische Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben vergleichbaren Lötschberg Basistunnels beauftragt und habe bisher tausende Arbeitsstunden im Tunnel ausgeführt; damit habe sie bereits die ersten Erfahrungen in der Reinigung von Eisenbahntunneln der neusten Generation sammeln können. Ferner sei sie im Dezember 2014 mit der einmaligen Sonderreinigung des Gotthard-Basistunnels beauftragt worden und habe später zwei zusätzliche Reinigungen vorgenommen.

Weiter bezweifelt die Beschwerdeführerin, dass die Zuschlagsempfängerin das Eignungskriterium 2 „Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit“ erfülle. Die festen Fahrbahnen seien für eine Nassreinigung nicht geeignet. Das heisse und feuchte Klima sei für handelsübliche Strassenkehr- und Wischmaschinen ungeeignet. Um Gewölbe, Wände, Bankette und das Schienenbett zu reinigen, seien teure und speziell gefertigte Gerätschaften nötig. Die Zuschlagsempfängerin habe weder entsprechend geschultes Personal, noch sei sie in Besitz solcher Maschinen und sie verfüge auch

nicht über das Wissen zu deren Konstruktion. Die Zuschlagsempfängerin erfülle damit auch das Kriterium der organisatorischen und technischen Leistungsfähigkeit nicht. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin die nötigen Fahrzeuge und Maschinen und habe sie 18 Monate getestet.

Im Ergebnis habe die Vergabestelle eine vollständig ungeeignete Anbieterin unter Verletzung des Vergaberechts nicht vom Verfahren ausgeschlossen.

**C.**

Die Zuschlagsempfängerin teilt mit Eingabe vom 12. August 2016 mit, dass sie auf eine Teilnahme als Beschwerdegegnerin verzichte.

**D.**

Die Zuschlagsempfängerin informiert das Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 16. August 2016, dass sie mit der Einsicht an die Beschwerdeführerin in einen teilweise abgedeckten Auszug ihrer Offerte bezüglich Referenzen (Beilage 6.1 der Ausschreibungsbedingungen) einverstanden sei.

**E.**

Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 18. August 2016, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne; eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, die mit dem Projekt „Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel“ ausgeschriebenen Leistungen vorübergehend und unter bestimmten Auflagen bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Die im Aktenverzeichnis speziell gekennzeichneten Aktenstücke seien von der Akteneinsicht auszunehmen und es sei über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteren Schriftwechsel zu entscheiden.

Die Zuschlagsempfängerin habe ihre Eignung für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung in allen Punkten nachweisen können. Demgegenüber erfülle die Beschwerdeführerin nicht sämtliche Eignungskriterien gemäss Ausschreibungsbedingungen. Konkret habe die Beschwerdeführerin beim Eignungskriterium 2 „Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit“ in Beilage 6.2 angekreuzt, dass sie über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem verfüge. Den geforderten Nachweis habe sie indes-

sen nicht eingereicht. Sie habe insofern den Nachweis für das Eignungskriterium 2 nicht gehörig erbracht. Die Beschwerdeführerin habe daher keine reelle Chance auf den Zuschlag. Zum andern sei das Angebot der Beschwerdeführerin nicht wirtschaftlich. Selbst wenn die Zuschlagsempfängerin nicht geeignet wäre, könnte der Zuschlag nicht der Beschwerdeführerin erteilt werden, denn ihr Angebot sei rund 1 Mio. Franken (12.5%) teurer als jenes der Zuschlagsempfängerin. Im Falle eines erzwungenen Ausschlusses der Zuschlagsempfängerin werde sich die Vergabestelle überlegen, das Verfahren nach Massgabe von Art. 30 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen abzurechnen. Der fehlende Restwettbewerb dürfe sich nicht zulasten der Vergabestelle auswirken. Sollte wider Erwarten auf die Beschwerde eingetreten werden, so sei sie abzuweisen. Aufgrund der Aussichtslosigkeit der Beschwerde sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen.

Es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse am raschen Vertragsabschluss und dem Bezug der ausgeschriebenen Leistungen ab dem 1. Januar 2017. Jede Verzögerung des Beschaffungsvorhabens gefährde die rechtzeitige Inbetriebnahme des schweizerischen Jahrhundertbauwerks, mit schwerwiegenden Auswirkungen auf den alpenquerenden Verkehr, den Umweltschutz, die Wirtschaft und das Verhältnis zu den Nachbarstaaten. Sofern nicht auf Aussichtslosigkeit der Beschwerde erkannt werde, sei im Rahmen einer Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die öffentlichen Interessen an der Beschaffung der ausgeschriebenen Leistung die Interessen der Beschwerdeführerin deutlich überwögen. Werde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wider Erwarten gewährt, sei ein partieller Vorbezug der Leistungen unausweichlich, damit der Betrieb des Gotthard-Basistunnels am 11. Dezember 2016 aufgenommen werden könne. Der Vergabestelle sei in diesem Fall die Erlaubnis zum Vorbezug der Leistungen für längstens ein Jahr zu gewähren.

#### **F.**

Mit Verfügung vom 18. August 2016 stellte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin teilweise abgedeckte Kopien der Beilage 6.1 der Offerte der Zuschlagsempfängerin (Nachweise Eignungskriterium 1 „Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung“) zu.

#### **G.**

Mit Eingabe vom 5. September 2016 legt die Beschwerdeführerin dar, die Zuschlagsempfängerin habe noch nie auch nur einen Meter Eisenbahntun-

nel gereinigt und könne diesbezüglich nicht einmal eine der drei geforderten Referenzen vorlegen. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin auch die nötige Leistungsfähigkeit gemäss Ziffer 4.3.2.1 der Ausschreibungsbedingungen (Zuschlagskriterium 1 „Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Verfügbarkeit“) nicht nachzuweisen vermöge. Die Beschwerdeführerin beantragt weitergehende Einsicht in die Vergabeakten, insbesondere zu den Ausführungen der Zuschlagsempfängerin gemäss Ziffer 4.3.2.1 f. der Ausschreibungsbedingungen (Nachweise Zuschlagskriterien), sowie die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels vor Ergehen des Zwischenentscheids.

#### **H.**

Mit Verfügung vom 6. September 2016 gewährte die Instruktionsrichterin der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zum prozessualen Eventualantrag der Vergabestelle, es sei ihr zu erlauben, die mit dem Projekt „Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel“ ausgeschriebenen Leistungen vorübergehend bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen.

#### **I.**

Die Beschwerdeführerin äussert sich mit Eingabe vom 13. September 2016.

#### **J.**

Die Vergabestelle äussert sich mit unaufgeforderter Stellungnahme vom 16. September 2016.

#### **K.**

Die Beschwerdeführerin lässt sich mit unaufgeforderter Eingabe vom 28. September 2016 vernehmen.

#### **L.**

Die Vergabestelle bringt mit Stellungnahme vom 4. Oktober 2016 vor, die Beschwerde sei aussichtslos, da die Beschwerdeführerin nicht alle Eignungskriterien erfülle und ihr Angebot im Vergleich zu jenem der Zuschlagsempfängerin wesentlich teurer sei. Die Beschwerdeführerin habe ein Aliud angeboten. Betriebsreinigung sei nicht dasselbe wie Baureinigung. Die Reinigungsarbeiten seien ein Teil des Erhaltungskonzepts für den Gotthard-Basistunnel, das unter anderem auch Unterhalt und Reparaturen der technischen Anlagen und Ausrüstungen beinhalte. Sie müssten

zwingend in dieses eingebettet werden. Das „kreative“ Angebot der Beschwerdeführerin widerspreche dem ausgeschriebenen und dokumentierten Erhaltungskonzept diametral.

**M.**

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2016 bestreitet die Beschwerdeführerin die Vorbringen der Vergabestelle.

**N.**

Mit Zwischenentscheid vom 19. Oktober 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gut, mit der Einschränkung, dass der Vergabestelle erlaubt werde, die mit dem Projekt „Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel“ ausgeschriebenen Reinigungsdienstleistungen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts bei der Beschwerdeführerin oder bei der Zuschlagsempfängerin oder einem Dritten zu beziehen.

**O.**

Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2016 hiess die Instruktionsrichterin das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin insofern teilweise gut, als diese Einsicht in das Formular „Prüfung der Zuschlagskriterien“ beantragt hatte, und stellte die Zustellung für den 10. November 2016 in Aussicht. Soweit weitergehend, wurde das Akteneinsichtsgesuch abgewiesen.

**P.**

Die Beschwerdeführerin hält mit Replik vom 5. Dezember 2016 an ihren Rechtsbegehren, Ausführungen und Beweismitteln fest. Die Zuschlagsempfängerin müsse als Branchen-Neuling bezeichnet werden. Sie erfülle weder das Eignungskriterium 1 noch das Eignungskriterium 2. Die Vergabestelle begründe weder ihre Ermessensausübung noch inwiefern die Zuschlagsempfängerin tatsächlich und aktenkundig alle Eignungskriterien erfüllt habe. Entweder habe die Vergabestelle ihr Ermessen missbraucht oder die Vorgaben des öffentlichen Beschaffungsrechts direkt umgangen.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits reinige seit 2007 regelmässig den Lötschberg Basistunnel komplett. Sie beschäftige aktuell 15 Personen mit Erfahrung in der Eisenbahntunnelreinigung und habe den Gotthard-Basistunnel mehrfach gesamtgereinigt. Auch genüge ihr Angebot den Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit bestens, denn ihre Offerte liege mehr als 2.5 Mio. Franken unter dem von der Vergabestelle gesetzten Maximalpreis

und daher klar innerhalb der definierten Preisbandbreite. Was den Vorwurf der Vergabestelle betreffe, die Beschwerdeführerin habe in der Beilage 6.2 angekreuzt, über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem zu verfügen, ohne den geforderten Nachweis einzureichen, so werde nicht ersichtlich gemacht, wie ein Unternehmen, dessen QMS gerade nicht zertifiziert sei, die Qualität seines Systems nachweisen könnte. Die Beschwerdeführerin sei zu keiner Zeit in der Pflicht gewesen, einen physischen Nachweis zu erbringen. Unzutreffend sei auch der Vorwurf, dass die Beschwerdeführerin ein Aliud angeboten habe.

**Q.**

Die Vergabestelle hält mit Duplik vom 20. Januar 2017 an ihren Anträgen fest.

Sie führt aus, der Begriff Tunnelreinigung bezeichne nicht nur Reinigungsleistungen in Eisenbahntunneln, sondern auch Reinigungsarbeiten in Strassentunneln. Zudem seien darunter nicht nur die Reinigung und Instandhaltung einer Tunnelanlage als Ganzes zu verstehen, sondern sämtliche Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten in einem Tunnel, die dem Wertehalt der Tunnelanlage dienten, wie beispielsweise die Reinigung von Schildern, Leitplanken oder von Nebenstollen.

Die Zuschlagsempfängerin habe am 14. August 2015 den Zuschlag für die Kanalreinigung im Gotthard-Basistunnel erhalten und die entsprechenden Arbeiten am 1. Juni 2016 aufgenommen. Sie erbringe seither erfolgreich sämtliche Kanaldienstleistungen auf der Gotthard-Basislinie und der Gotthard-Bergstrecke im Perimeter zwischen Arth-Goldau und Bellinzona, und die Vergabestelle sei mit den von ihr erbrachten Kanaldienstleistungsarbeiten sehr zufrieden. Ihre Eignung für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten habe sich bestätigt.

Der Beschwerdeführerin fehle es an einem schutzwürdigen Interesse betreffend die Beschwerdeführung, weil sie keine reelle Chance auf den Zuschlag habe, da sie das Eignungskriterium 2 „Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit“ nicht erfülle. Sie habe angegeben, über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem zu verfügen, aber den geforderten Nachweis nicht eingereicht. Die Beschwerdeführerin müsse daher aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Ferner sei das Angebot der Beschwerdeführerin rund Fr. 900'000.– (12,5%) teurer als jenes der Zuschlagsempfängerin und damit nicht wirtschaftlich. Selbst wenn der Zu-



schlag an die Zuschlagsempfängerin aufgehoben würde, könnte der Beschwerdeführerin für ihr unwirtschaftliches Angebot kein Zuschlag erteilt werden, vielmehr wäre das Verfahren aufgrund des fehlenden Restwettbewerbs abubrechen, und die Vergabestelle würde die Leistungen neu ausschreiben. Die Vergabestelle habe in Bezug auf alle drei Referenzen der Zuschlagsempfängerin eine Gesamtbetrachtung vorgenommen. Die Vergabestelle habe daraus schliessen können, dass die Zuschlagsempfängerin über genügend Fachkompetenz und Erfahrung in der Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigungen verfüge.

#### **R.**

Mit Eingabe vom 8. Februar 2017 reicht die Vergabestelle eine Kostennote ein.

#### **S.**

Die Beschwerdeführerin reicht mit Eingabe vom 23. Februar 2017 eine Kostennote ein.

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

#### **1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

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.

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 (vgl. 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 (vgl. 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 (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Tunnelreinigung eine Tätigkeit bildet, die unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

Entsprechend Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird vorliegend die Reinigung des Gotthard-Basistunnels sowie der unterirdischen Zugangstollen und Nebenbauwerke nachgefragt, also eine Dienstleistung. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a VöB). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. Massgebend sind insoweit die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC; BVGE 2011/17 E. 5.2.1 f.). Die Dienstleistungs-Positivliste spricht je nach einzelner erfasster Gattung unterschiedliche Ebenen der provCPC an. Ein Verweis auf eine bestimmte Stufe oberhalb der Subklassen umfasst sämtliche Leistungsdefinitionen, die sich in den unter der fraglichen Stufe stehenden Subklassen finden lassen (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1048).

In der Ausschreibung wies die Vergabestelle die vorliegend zu beschaffende Dienstleistung der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorie 90910000 „Reinigungsdienste“ zu (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Die Angabe 90910000 „Reinigungsdienste“ entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der provCPC-Referenznummer 94030 „Reinigungsdienste“. Die provCPC-Nummer 94030 ist eine Subklasse, die in der Division 94 „Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen“ eingeordnet ist, welche ihrerseits im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Der Beschaffungsgegenstand untersteht daher dem Staatsvertragsrecht und fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei Fr. 6'634'752.50 (inkl. MWSt.) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle im Sektorenbereich von Fr. 700'000.– gemäss Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 VöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor.

Die vorliegend angefochtene Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon letztlich auch die Vergabestelle ausgeht.

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

**1.2** 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 (vgl. Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 ([VwVG, SR 172.021])).

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.

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr selbst zu erteilen. Sie rügt dabei, die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt, obwohl diese die Eignungskriterien nicht erfülle, denn sie habe noch nie einen Eisenbahntunnel gereinigt. Würde der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass die Vergabestelle rechtsfehlerhaft vorgegangen sei, als sie die Eignung der Zuschlagsempfängerin bejaht hat, müsste der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin aufgehoben werden. Würde auch der Meinung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass sie selber die Eignungskriterien erfülle, hätte sie eine reelle Chance, selbst den Zuschlag zu erhalten, zumal insgesamt nur zwei Angebote eingereicht worden sind.

Entgegen der Auffassung der Vergabestelle hätte die Beschwerdeführerin im Übrigen auch dann, wenn sie selbst die Eignungskriterien nicht erfüllen würde, ein schutzwürdiges Interesse daran, den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin anzufechten, sofern sie dies – wie vorliegend – damit begründet, die Vergabestelle habe die Eignung der einzigen anderen Anbieterin zu Unrecht bejaht. Ist die Eignung beider Anbieter umstritten, darf der Anspruch des unterlegenen Anbieters auf gerichtliche Prüfung der Eignung der Zuschlagsempfängerin nicht vereitelt werden, indem ihm die Legitimation abgesprochen wird (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.7, vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 *Fastweb* und vom 5. April 2016 C-689/13 *PFE*). Würde die Beschwerdeführerin nämlich mit ihrer Rüge, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Eignungskriterien nicht, durchdringen, so hätte sie Aussicht darauf, dass eine Neuausschreibung erfolgen würde, bei der sie möglicherweise erneut eine Offerte einreichen könnte. Insofern hätte sie auch dann ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags, wenn sie dadurch keinen direkten Zuschlag an sich selbst, sondern lediglich eine Neuausschreibung erwirken könnte.

Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde legitimiert.

**1.3** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. 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).

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

## **2.**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach

dem Verwaltungsverfahrensgesetz, 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). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **3.**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt, obwohl diese die Eignungskriterien nicht erfülle. Die Zuschlagsempfängerin habe keine Referenz, welche Erfahrung mit Tunnelreinigung in einem Tunnel mit vergleichbarer geografischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben nachweise, erbringen können. Dies sei beweismässig erstellt. Sie habe nicht einmal bewiesen, dass sie bereits einmal an einem Reinigungsprojekt mit vergleichbarer geografischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben ausgeführt habe. Weil sie damit die nötigen Eignungsnachweise im Zeitpunkt der Offerteinreichung nicht erbracht habe, hätte sie aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Ermessensausübung der Vergabestelle sei an das Legalitätsprinzip und den Vertrauensgrundsatz gebunden. Vorliegend behaupte die Vergabestelle aber ohne Angabe von Gründen und ohne Auseinandersetzung mit den Referenzobjekten pauschal, die Zuschlagsempfängerin habe mit ihren drei Referenzen hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung in der Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geografischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben nachgewiesen.

**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. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a BöB).

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; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

**3.2** Art. 9 Abs. 1 BöB wird durch Art. 9 Abs. 1 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 VöB genannten Unterlagen erheben und einsehen kann. 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. VöB, Anhang 3, Ziffer 8).

**3.3** Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt die Auftraggeberin bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 f., m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBI 1994 IV 1187 f.) 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. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

**3.4** Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2, m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1; ETIENNE

POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 324). Sofern ein solcher gewährleistet bleibt, ist eine restriktive Festsetzung der Eignungskriterien zulässig, vorausgesetzt, sie sind ausreichend auftrags- bzw. leistungsbezogen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557).

**3.5** 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] 2004-003 und CRM 2004-004 vom 22. März 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 442). 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.).

**3.6** Im vorliegenden Fall legte die Vergabestelle in Ziffer 3.7 der Ausschreibung und Ziffer 2.7.2 der Ausschreibungsbedingungen die folgenden vier Eignungskriterien fest:

- "Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung
- Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit
- Genügende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- Ausreichende Bonität"

In den Ausschreibungsbedingungen (Beilage 6.1 i.V.m. Ziffer 2.7.2 „Eignungskriterien“) definierte sie das Eignungskriterium 1 „Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung“ wie folgt:

„Der Anbieter hat hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben.“

Die Ausschreibungsbedingungen sahen vor, dass, wenn die Anbieterin nicht sämtliche Eignungskriterien erfülle, ihr Angebot nicht in die Bewertung einbezogen werde (vgl. Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 2.7.2 „Eignungskriterien“). Beilage 6.1 der Ausschreibungsbedingungen enthielt Formulare für insgesamt drei Referenzobjekte.

**3.7** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheid der BRK 2005-024 vom 6. Juni 2006 E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

**3.8** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 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. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; 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. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

**3.9** Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut der entsprechenden Ausschreibungsbestimmung insoweit klar, als die Vergabestelle die Eignung eines Anbieters explizit unter anderem davon abhängig gemacht hatte, dass der Anbieter anhand von Referenzprojekten „eine hinreichende Fachkompe-



tenz und Erfahrung im Bereich der Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben“ nachweisen könne.

**3.10** Was vorliegend die Anforderung „Tunnelreinigung mit vergleichbarer (...) Komplexität“ betrifft, stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, die streitbetroffenen Leistungen seien nicht komplex. Dies werde bereits aus der Gewichtung der Zuschlagskriterien offensichtlich. Mit 70% überwiege das Gewicht des Preises alle anderen Kriterien deutlich, was klar mache, das letztlich eine Standardleistung („Commodity“) eingekauft werde. Die ausgeschriebenen Leistungen würden im Wesentlichen das Kehren, Saugen, Staubsaugen, Abwischen, Ausspritzen und Abwaschen beinhalten. Das Wischen, Spülen, Saugen und Entsorgen gehörten zum Kerngeschäft jedes Reinigungsinstituts und damit zum Kerngeschäft der Zuschlagsempfängerin. Im vorliegenden Vergabeverfahren habe demnach unter Berücksichtigung des Grundsatzes des Wettbewerbs bei der Prüfung der angegebenen Referenzen kein allzu strenger Massstab angewendet werden dürfen. Es sei nicht erwartet worden, dass ein Anbieter bereits mehrmals Arbeiten in einem gleichen oder demselben Eisenbahntunnel durchgeführt habe. Ohnehin gebe es nur einen Gotthard-Basistunnel. Da dies zugleich der längste Bahntunnel der Welt sei und die Reinigungsarbeiten für den laufenden Betrieb erstmals ausgeschrieben worden seien, wäre es grober Unfug zu verlangen, ein Anbieter müsse genau diese Arbeit bereits in der Vergangenheit erledigt haben. Weiter habe die Vergabestelle nicht Erfahrungen im Bereich Eisenbahntunnelreinigung, sondern im Bereich Tunnelreinigung gefordert. Der Begriff Tunnelreinigung werde von der Beschwerdeführerin unnötig eng verstanden. Er bezeichne nicht nur Reinigungsleistungen in Eisenbahntunneln, sondern auch Reinigungsarbeiten in Strassentunneln. Zudem sei darunter nicht nur die Reinigung und Instandhaltung einer Tunnelanlage als Ganzes zu verstehen, vielmehr seien unter den Begriff Tunnelreinigung sämtliche Reinigungs- und Unterhaltsarbeiten in einem Tunnel zu subsumieren, die dem Werterhalt der Tunnelanlage dienen, wie beispielsweise die Reinigung von Schildern, Leitplanken oder von Nebenstollen. Es wäre widerrechtlich, wenn die Eignungskriterien so eng ausgelegt würden, dass nur Anbieterinnen mit Erfahrungen im Bereich Eisenbahntunnelreinigung für die ausgeschriebenen Leistungen in Frage kommen würden. Eine derartige Auslegung der Anforderungen an die Eignung der Anbieter würde den Wettbewerb zu stark einschränken und überdies zu einer unzulässigen Bevorteilung der Beschwerdeführerin führen, weil diese bereits (einmalige) Eisenbahntunnelreinigungen im Löttschberg-Basistunnel und im Gotthard-Basistunnel durchgeführt habe.

Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die Zuschlagsempfängerin am 14. August 2015 den Zuschlag für die Kanalreinigung im Gotthard-Basistunnel erhalten und die entsprechenden Arbeiten am 1. Juni 2016 aufgenommen habe. Sie erbringe seither erfolgreich sämtliche Kanaldienstleistungen auf der Gotthard-Basislinie und der Gotthard-Bergstrecke im Perimeter zwischen Arth-Goldau und Bellinzona. Die Vergabestelle sei mit den von ihr erbrachten Kanaldienstleistungsarbeiten sehr zufrieden. Gestützt auf den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts habe die Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag für die interimswise Erfüllung der ausgeschriebenen Reinigungsleistungen ab 1. Januar 2017 bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts abgeschlossen. Die Zuschlagsempfängerin führe die Reinigungsarbeiten der Querschläge und der Fahrbahn seit dem 1. Januar 2017 einwandfrei aus.

Die Beschwerdeführerin entgegnet, der Auftrag sei komplexer als von der Vergabestelle dargetan. Die Reinigungsleistung (Wischen, Spülen, Saugen und Entsorgen) möge an sich vielleicht technisch noch nicht allzu kompliziert sein, doch machten die Umgebung der Dienstleistung und die Umstände, welche der längste Bahntunnel der Welt mit seinen schwierigen klimatischen Verhältnissen, dem Zeitdruck, dem nötigen engen Zusammenspiel der Leistungserbringer und der fragilen und störungsanfälligen Bahntechnik mit sich bringe, die Reinigungsleistung zu einer höchst anspruchsvollen und komplexen Aufgabe. Mit der Komplexität des Auftrags würden auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an die Referenzobjekte steigen. Die von der Vergabestelle formulierten Eignungskriterien stellten daher zu Recht hohe Anforderungen an die Erfahrung und Leistungsfähigkeit der Anbieter. Falls tatsächlich die meisten Reinigungsinstitute zur Reinigung des Gotthard-Basistunnels fähig wären, hätten mehr Unternehmen angeboten.

**3.10.1** Durch das Adjektiv "vergleichbar" wird erkennbar, dass die Referenzprojekte bezüglich der geographischen Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben mehr Übereinstimmungen als Unterschiede zum Vergabegegenstand aufweisen müssen. Sie müssen zwar nicht identisch, aber doch ähnlich bzw. gleichartig sein (vgl. Eintrag zu "vergleichbar", in: DUDEN – Das Synonymwörterbuch, Duden Band 8, 4. Auflage; Zwischenentscheid des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.7.1).

**3.10.2** Da die Vergabestelle den Nachweis einer „hinreichenden Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben“ verlangt hatte, ist in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Beschaffungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens näher zu betrachten. Diesbezüglich ergibt sich aus dem technischen Pflichtenheft (S. 8-31), welches Teil der Ausschreibungsunterlagen bildet, Folgendes:

- In Position 1 (Reinigung der Einspurtunnelröhren) des technischen Pflichtenhefts ist die Reinigung der festen Fahrbahn, der Bankette, der Handläufe, der Tunnellampen und -notleuchten, der Fluchtweg- und sonstigen Schilder und der Signaltafeln vorgesehen.

- In Position 2 (Reinigung der Querschläge und Fluchtwege zwischen den Einspurtunnelröhren) ist die Reinigung der Bodenflächen und der Längswände bis 1 m Höhe sowie der Schränke in den Querschlägen sowie die Reinigung der Fussböden in den Fluchtwegen in der Querkaverne II Sedrun und der Querkaverne II Faido vorgesehen.

- Position 3 (Reinigung Multifunktionsstellen Sedrun und Faido) beinhaltet die Reinigung der Fussböden in den Seiten- und Verbindungsstollen der Multifunktionsstellen sowie der darin enthaltenen Schilder, Leuchten, Anzeigen und Schränke.

- Position 4 (Reinigung der Zugangsstollen) umfasst die Reinigung der Bodenflächen im Zugangsstollen und im Kabelstollen Amsteg, im Zugangstollen und im Schachtkopf Sedrun, im Zugangsstollen Faido inkl. Kaverne Baulegistik sowie die Reinigung der Schilder und Leuchten in den Nebenbauwerken Amsteg, Sedrun und Faido.

- Position 5 (Reinigung des Bahntechnikgebäudes) beinhaltet die Reinigung der Räume und Anlagen in der Längskaverne I, in der Querkaverne I und der Querkaverne II Bahntechnikgebäude innerhalb der Multifunktionsstelle Sedrun inklusive Lampen, Schilder, Tafeln und Schränke, sowie die Bahntechnikräume in der Multifunktionsstelle Faido.

Die Reinigung erfolgt vollständig im unterirdischen Bereich – Tunnel, Querschläge, Zugangs-, Flucht-, Verbindungs-, Seiten- oder Kabelstollen und den Kavernen – wobei bereits die beiden Einspurtunnelröhren Ost und West je eine Länge von je 57 km aufweisen (vgl. Technisches Pflichtenheft, S. 8-32). Teilweise ist mit einem sehr grossen Staubanfall zu rechnen (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 3.1.2). Die Reinigung ist überwiegend im Trockenreinigungsverfahren vorzunehmen, wobei für die Reinigung der Fahrbahn spezielle Saugfahrzeuge eingesetzt werden müssen (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 3.1.1/b). Zugleich ist es nicht erlaubt, ausschliesslich trocken zu kehren ohne abzusaugen oder ausschliesslich

feucht zu wischen. Vielmehr muss der Staub immer zuverlässig gebunden und abgesaugt bzw. entfernt werden, denn mehr als 95% der Schmutzpartikel in den Einspur-tunnelröhren und Querschlägen sind voraussichtlich kleiner als 10 µm. Alle Kehr-/Saugmaschinen etc. müssen mit Schwebstofffiltern/HEPA-Filtern für den Rückhalt von feinen Staubpartikeln ausgestattet sein (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 5.3.2). Der Staub und Unrat liegen teilweise an sehr schwer zugänglichen Stellen, was besonders die feste Fahrbahn mit den Nischen im Bereich der Schwellenschuhe, den Entwässerungsrinnen, Weichen und Banketten betrifft (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 3.1.1/b). Aufgrund der grossen Dimensionen und der Komplexität des Tunnelsystems und seiner Subsysteme, der eingeschränkten Zutrittsmöglichkeiten, der langen Rettungswege und der hohen Temperaturen sind die Arbeitsbedingungen im Gotthard-Basistunnel aussergewöhnlich. Die grosse Anzahl an Arbeitsstellen während den Erhaltungsschichten bedeutet einen grossen logistischen Aufwand und stellt besondere Anforderungen an die Arbeitsvorbereitung und Disziplin des Erhaltungspersonals. Einige Arbeitsplätze müssen aufgrund der klimatischen Verhältnisse im Gotthard-Basistunnel als Hitzearbeitsplätze klassifiziert werden. Die Staubbelastung und Emissionen einiger Arbeitsplätze erfordern entsprechende Schutzmassnahmen. Die Tunnelreinigung ist eine staubintensive Arbeit (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 5.1). Sämtliches Personal, das im Gotthard-Basistunnel für mittelschwere bis schwere Erhaltungsarbeiten eingesetzt wird, muss GBT-tauglich sein und darf nicht unter körperlichen oder geistigen Einschränkungen leiden, wie inneren oder äusseren physischen Verletzungen, psychischen Beschwerden, Klaustrophobie (Platzangst), Tunnelangst, Achluophobie (Angst vor Dunkelheit) oder sonstigen Angstzuständen (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 5.1.1).

**3.11** Als Referenzprojekt 1 gab die Zuschlagsempfängerin das Projekt „Spezialreinigung Schachtkopf-Schachtfusskaverne“ (im Gotthard-Basistunnel) aus dem Jahr 2016 an. Gemäss ihren Offertunterlagen beinhaltete die erbrachte Leistung die Reinigung der Flächen der Hebeeinrichtung mit einer Dauer der tatsächlichen Leistung von zwei bis drei Wochen (vgl. Offerte der Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1).

Die Beschwerdeführerin bemängelt diesbezüglich, dass die Zuschlagsempfängerin in diesem Projekt nicht Auftragnehmerin gewesen sei, sondern nur Mitarbeit verrichtet habe. Für die Projektorganisation sei die Zuschlagsempfängerin offenbar nicht zuständig gewesen. Auch betrage der

Projektumfang nur Fr. 80'000.– und damit einen Bruchteil des streitbezogenen Projektumfangs. Das Referenzobjekt betreffe sodann nicht die Reinigung eines Tunnels, sondern einer Hebeeinrichtung im (vertikalen) Schacht I im Nebenstollen der Multifunktionsstelle Sedrun. Bei dieser Hebeeinrichtung handle es sich im Wesentlichen um einen Industrielift. Der Lift stelle die Verbindung zwischen Erdoberfläche und Tunnelniveau her. Im Unterschied zum restlichen Tunnel verfüge der Seitenstollen an dieser Stelle über ein flächendeckendes Lüftungssystem. Die belüfteten Nebenstollen der Multifunktionsstelle Sedrun seien vom Bahnbetrieb und der damit verbundenen Verschmutzung (Schienenabrieb, Bremsstaub, Ladungsverluste der Züge etc.) wenig bis gar nicht betroffen. Es müssten auch keine sicherheitsrelevanten Bahninfrastrukturen vor Verschmutzung geschützt werden (Lokomotiven, Waggons, Signale, Schienen, Bahnsicherheitssysteme, Fahrleitung etc.). Diese Liftreinigungen könnten von den meisten gewöhnlichen Reinigungsinstituten problemlos bewältigt werden, und die im gelüfteten Nebenstollen angetroffenen Verunreinigungen könnten von jedem Reinigungsinstitut geputzt werden. Es handle sich dabei nicht um einen Tunnelreinigungsnachweis. Die Zuschlagsempfängerin sei weder mit den beiden Röhren des Eisenbahntunnels in Kontakt gekommen noch habe sie den Nachweis erbracht, den reinigungstechnischen Herausforderungen des Bahnbetriebs – beschränkte Einsatzzeit, beschränkte Teamgrösse von acht Mitarbeitenden, Hochspannungsleitungen, Sicherheitsaspekte, Notfalleinsätze – gewachsen zu sein.

Die Vergabestelle führt aus, das Referenzobjekt 1 der Zuschlagsempfängerin, die Reinigung der Hebeeinrichtungen im GBT, sei als Tunnelreinigung zu qualifizieren. Auch beim ausgeschriebenen Projekt gehe es um Reinigungsarbeiten wie die Reinigung von Schildern, Lampen und Tafeln.

**3.11.1** Das von der Zuschlagsempfängerin angegebene Referenzprojekt 1 „Spezialreinigung Schachtkopf- und Schachtfusskaverne“ in der Multifunktionsstelle Sedrun befindet sich zwar im Gotthard-Basistunnel, allerdings nur in einem Nebenstollen. Zu reinigen war weder der Tunnel noch auch nur der Nebenstollen an sich, sondern einzig die Flächen einer Hebeeinrichtung in diesem Nebenstollen. Unbestritten ist, dass das Referenzprojekt 1 der Zuschlagsempfängerin weder die Reinigung von fester Fahrbahn noch von Banketten beinhaltete, dass die Hebeeinrichtung lediglich die Dimensionen eines Industrielifts hatte, während die vorliegende Beschaffung Einspurtunnelröhren von insgesamt rund 115 km und Flächen von insgesamt über 733'000 m<sup>2</sup> betrifft. Unbestritten ist auch, dass der Seitenstollen,

in dem sich das Referenzprojekt 1 befand, an dieser Stelle über ein flächendeckendes Lüftungssystem verfügt und vom Bahnbetrieb und der damit verbundenen Verschmutzung (Schienenabrieb, Bremsstaub, Ladungsverluste der Züge etc.) wenig bis gar nicht betroffen ist und dass an dieser Stelle kein Kontakt mit den Einspurtunneln und dem Bahnbetrieb mit den damit verbundenen beschränkten Einsatzzeiten besteht.

**3.11.2** Im Ergebnis erweist sich der Vorwurf, mit diesem Referenzprojekt habe die Zuschlagsempfängerin keine Tunnelreinigung im eigentlichen Sinn nachgewiesen, und insbesondere keine Tunnelreinigung von einer Komplexität, geographischen Ausdehnung und Terminvorgaben, die mit dem Gotthardtunnel vergleichbar wäre, als begründet. Die Vergabestelle hat ihr Ermessen daher rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie diese Referenz als ausreichend beurteilt hat.

**3.12** Das von der Zuschlagsempfängerin als Referenzobjekt 2 angegebene Projekt „Entwässerung NEAT Basistunnel Abschnitt Nord inkl. Zugangsstollen Amsteg & Sedrun inkl. Kabelstollen Amsteg; Entsorgung Prozessabwasser aus Einbau feste Fahrbahn“ betrifft die im Zeitraum von 2009-2012 und 2015 im Gotthard-Basistunnel vorgenommene Reinigung des Entwässerungssystems während der Rohbauphase. Gemäss den Angaben der Zuschlagsempfängerin umfasste das Projekt die gesamten Entwässerungsanlagen im Abschnitt Erstfeld bis Sedrun, den Kabelstollen Amsteg und den Zugangsstollen Amsteg. Die Aufgabe beinhaltete das Sicherstellen der einwandfreien Funktion aller Entwässerungsleitungen in diesem Abschnitt während der Ausbauphase sowie das Erstellen der Zustandsaufnahmen mittels Kanalfernsehen und Protokollierung (vgl. Offerte der Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1).

Die Beschwerdeführerin kritisiert, auch mit dem Referenzprojekt 2 habe die Zuschlagsempfängerin den Nachweis der hinreichenden Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben nicht erbracht. Die Zuschlagsempfängerin habe hier in ihrem angestammten Betätigungsfeld operiert, der Kanal-Nassreinigung. Auch hier sei kein Tunnel gereinigt worden. Mit der Eisenbahntunnelreinigung habe dieser Auftrag nur gemeinsam, dass die Arbeiten unter Tage stattfänden. Die maschinelle Reinigung eines Eisenbahntunnels und seiner Nebenbauwerke – Querschläge, Seitenstollen, Notfallstationen etc. – habe seine Besonderheiten: Schwankungen im Durchmesser und unzählige bahntechnische Einbauten, wie Signale, Türen, Handläufe, Fahrleitungsaufhängung

erschweren die maschinelle Reinigung. Im Bereich Fahrbahn werde die Reinigung durch Geleise, Betonschwellen, Kabel und Sensoren für die Zugskontrolle behindert. Bei Strassentunneln könne die Hülle üblicherweise mit Wasser-Hochdruck gespült werden. Demgegenüber sei im Gotthard-Basistunnel und in den direkten Nebenwerken aus Sicherheitsgründen eine Trockenreinigung unumgänglich. Der Betrieb von Eisenbahntunneln der neusten Generation sei aufgrund der Ausmasse, schwierigen klimatischen Bedingungen, des hohen Technisierungsgrads, der sensiblen Elektronik, der hohen Kadenz der vielen Durchfahrten störungsanfällig. Entwässerung, Entsorgung von Prozessabwasser oder Kanalfertigarbeiten seien nicht ausgeschrieben und dienten auch nicht als Referenz. Tunnelreinigung sei als solche zu verstehen – Reinigung und Instandhaltung einer Tunnelanlage – und nicht als Reinigungsarbeiten innerhalb eines Tunnels (wie Schächte spülen, Liftanlagen reinigen). Die Zuschlagsempfängerin habe nachweislich noch nie eine Tunneltrockenreinigung durchgeführt. Dies sei unbestritten, und zudem zeige die Dokumentation der Zuschlagsempfängerin Strassenreinigungsfahrzeuge mit Wasserhochdrucktechnik.

Ergänzend legt die Beschwerdeführerin dar, sie habe im Rahmen einer Testreinigung im Gotthard-Basistunnel im Jahr 2014 fristgerecht die Feinstaubbelastung auf das sicherheitstechnisch vertretbare Mass reduzieren können und sei zusätzlich mit der Schlussreinigung des Gotthard-Basistunnels beauftragt worden. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht in Frage gekommen, da sie keine Trockenreinigungen anbieten können.

Die Vergabestelle führt dagegen aus, die Kernkompetenz der Zuschlagsempfängerin sei die Spezialreinigung. Sie sei in der Vergangenheit auch im Bereich Tunnelreinigung sowie im Bereich Eisenbahntunnelreinigung tätig gewesen. Die Zuschlagsempfängerin habe bereits erste Erfahrungen mit Reinigungsarbeiten im Gotthard-Basistunnel und kenne damit bereits die Ausmasse und Anforderungen des Bauwerks. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin könne bei der Zuschlagsempfängerin nicht von einem „Branchen-Neuling“ gesprochen werden. Aufgrund der Angaben der Zuschlagsempfängerin zu Referenzobjekt 2, die Entwässerung des Gotthard-Basistunnels, habe die Vergabestelle feststellen können, dass die Zuschlagsempfängerin nebst den Kanaldienstleistungen, die sie am 1. Juni 2016 aufgenommen habe, bereits Tunnelreinigungsarbeiten im GBT ausgeführt habe. Sie kenne die Besonderheiten der Arbeitsbedingungen in diesem Tunnel und habe mit diesem Projekt ausgewiesen, dass sie

über hinreichende Erfahrung mit der Projektierung und den speziellen Arbeitsbedingungen im Tunnel verfüge. Referenzprojekt 2 lasse sich mit dem ausgeschriebenen Projekt gut vergleichen.

**3.12.1** Vorliegend beinhaltet der Beschaffungsgegenstand die Reinigung des Tunnels und der unterirdischen Zugangsstollen und Nebenbauwerke (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Welche Teile des Gotthard-Basistunnels im Rahmen des Auftrags „Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnels“ genau gereinigt werden müssen, ergibt sich wie dargelegt aus dem Technischen Pflichtenheft (S. 8-32; vgl. E. 3.10.2).

**3.12.2** Als Tunnel sind gemäss der deutschen Norm DIN 1076 (Ingenieurbauwerke im Zuge von Strassen und Wegen, November 1999, im Folgenden DIN 1076: 1999-11) dem Strassenverkehr dienende Bauwerke zu verstehen, die unterhalb der Erd- oder Wasseroberfläche liegen und in geschlossener Bauweise hergestellt werden oder bei offener Bauweise länger als 80 m sind. Zu den Tunneln gehören auch die für Bau und Betrieb erforderlichen Nebenanlagen, soweit sie baulich integrierte Bestandteile des Tunnelbauwerkes sind (vgl. DIN 1076: 1999-11, Art. 3.1.3). In der Literatur werden Tunnel als Bauwerke mit ringsherum umschlossenem, röhrenartigem Verkehrsraum mit einer lichten Weite von mindestens 2 m, rechtwinklig zwischen den Tunnelwänden gemessen, definiert (vgl. GEORG LINDEMANN, Bauen mit DIN-Normen, 1986, S. 226). Tunnel sind demnach für den Verkehrswegebau bestimmt und haben entsprechend grosse Querschnitte (vgl. WOLFGANG R. DACHROTH, Handbuch der Baugeologie und Geotechnik, 2013, S. 455; DERS., Baugeologie, 2. Aufl. 1992, Kapitel 5.1). Neben Tunneln werden im unterirdischen Hohlraumbau – je nach Baukörperform und Nutzung – auch Stollen, Kammern, Kavernen und Schächte unterschieden. Stollen sind für den Leitungs- und Richtstreckenbau bestimmt und haben meist kleinere Durchmesser. Kammern sind Hohlräume bis etwa 10 m Breite. Kavernen sind grosse Hohlräume (Hallen) bis etwa 35 m Breite. Bei Neigungen zwischen 10° und 45° spricht man von Schrägstollen, zwischen 45° und 90° von Schrägschächten bzw. Schächten (vgl. DACHROTH, a.a.O., 2013, S. 455; DACHROTH, a.a.O., 1992, Kapitel 5.1).

Bereits rein nach dem allgemeinen bzw. technischen Sprachgebrauch ergibt sich somit, dass ein (Entwässerungs-, Kabel- oder Zugangs-) Stollen kein Tunnel ist, sondern höchstens ein Nebenbestandteil eines Tunnels sein kann.



**3.12.3** Das Entwässerungssystem des Gotthard Basistunnels besteht aus rund 560 km Kanalisationsröhren (vgl. Homepage der Zuschlagsempfängerin, Referenzprojekte > News vom 8. Juni 2016 < [...] >; abgerufen am 9. März 2017). Die Zuschlagsempfängerin legt zum Referenzobjekt 2 dar, die Aufgabe sei das Spülen und Reinigen der Entwässerungsleitungen ab Bauzug mit dem Spülgerät gewesen, auch im Zugangsstollen Sedrun. Zur Entleerung der Schlammsammler während des Rohbaus sei eine Saugereinheit eingesetzt worden. Die Platzverhältnisse seien eng und eine Reinigung mit herkömmlichen Mitteln sei ausgeschlossen gewesen. Daher habe sie für die Reinigung des Entwässerungssystems im Abschnitt Erstfeld bis Sedrun während der Rohbauphase (Referenzobjekt 2) eine Spül-Einheit zum Einsatz verwendet, die nicht breiter als 1.60 m und nicht höher als 1.80 m gewesen sei. Die Masse hätten sich zwingend aufgrund der Breite des Stollenzuges und des Lichtraumprofils der zu passierenden mobilen Betonschalungen ergeben (vgl. Offerte Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1).

Das Referenzprojekt 2 der Zuschlagsempfängerin hatte eine Nassreinigung zum Inhalt. Die Unterschiede in Bezug auf die erforderliche technische Ausrüstung und das Vorgehen sind offensichtlich. Wie dargelegt, erfolgt in der vorliegenden Beschaffung die Reinigung der festen Fahrbahn mittels Kehrmachine oder Saugbagger. Beide Anbieter haben in ihren Offerten hierfür den Einsatz speziell entwickelter Maschinen vorgesehen.

Unter diesen Umständen ist mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass dieses Referenzobjekt der Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die Komplexität mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten mit dem Vergabeobjekt aufweist.

**3.12.4** Was die Vergleichbarkeit der geographischen Ausdehnung angeht, so geht aus den Akten nicht klar hervor, welchen Anteil der rund 560 km Kanalisationsröhren des Gotthard-Basistunnels die Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres Referenzobjekts 2 gereinigt hat. Ihre Angabe „im Abschnitt Erstfeld bis Sedrun“ impliziert indessen, dass es sich um weniger als die Hälfte handelt.

Die Vergabestelle macht in ihrer Duplik geltend, die Länge des Tunnels sei kein gewichtiges Kriterium, denn wer einen fünf Kilometer langen Tunnel reinigen könne, könne auch einen 15 km langen Tunnel reinigen. Für die Vergabestelle seien Referenzen massgebend gewesen, aus denen sich habe erkennen lassen, dass die Anbieter komplexe Projekte und Projekte

mit engen Terminvorgaben im Bereich der Tunnelreinigung ausgeführt hätten und die Referenzen diesbezüglich mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar seien. Es sei nicht ums Erbsenzählen gegangen, sondern um den gewogenen Vergleich mit anderen komplexen Aufgaben. Die Vergabestelle habe daher im Ausschreibungsverfahren durchaus auch Referenzen gelten lassen können, die kleinere Projekte zum Gegenstand gehabt hätten, die aber auch komplex gewesen seien und enge Terminvorgaben gehabt hätten.

Die Vergabestelle ist zwar an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien gebunden (vgl. Art. 9 Abs. 2 BÖB). Dies bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen „Spielregeln des Verfahrens“. Die Vergabestelle darf die Anforderungen gegenüber der Ausschreibung nicht erhöhen. Wenn sie hingegen beim obsiegenden Anbieter ein Eignungskriterien weniger streng gehandhabt hat, als es in der Ausschreibung festgelegt wurde, kann sich ein unterliegender Anbieter nicht auf eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes berufen (vgl. CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Rz. 33 S. 406, mit Hinweisen auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2012.00243 vom 21. September 2012 E. 3.5 und VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3.1.1; Urteil des BVerG B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.4). Es liegt im Ermessen der Vergabestelle, zu bestimmen, ob eine Referenz ausreicht, um darzutun, dass eine Unternehmung auch in der Lage ist, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen (vgl. Zwischenentscheid des BVerG B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 6.1; Zwischenverfügung der BRK 2006/011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564).

In Anbetracht dessen, dass der Gotthard-Basistunnel der weltweit längste Eisenbahntunnel ist und selbst dann, wenn als „mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung“ beispielsweise noch eine Tunnellänge von 30 km zugelassen würde, gäbe es weltweit nur ein Dutzend Eisenbahn- oder U-Bahntunnel, welche diese Masse aufweisen würden (vgl. Wikipedia, Liste der längsten Tunnel der Erde, <[https://de.wikipedia.org/wiki/Liste\\_der\\_l%C3%A4ngsten\\_Tunnel\\_der\\_Erde](https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_l%C3%A4ngsten_Tunnel_der_Erde)>, abgerufen am 9. März 2017). Wie erwähnt, können hohe Anforderungen an die Anbieter im Hinblick auf das Ziel des Vergaberechts, unter anderem den Wettbewerb zu

stärken, problematisch sein. Unzulässig können namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an deren Festlegung die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb mehr verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557). Schon allein, um eine unzulässige Beschränkung des Restwettbewerbs zu verhindern, musste die Vergabestelle demnach vorliegend unter dem Aspekt der Vergleichbarkeit der geographischen Ausdehnung von vornherein auch Referenzobjekte zulassen, welche eine geringere geographische Ausdehnung haben als der Gotthard-Basistunnel. Dass die Vergabestelle auch Referenzen über ausgeführte kleinere Projekte einfordern bzw. gelten lassen darf, welche den Umfang eines in Frage stehenden Grossprojekts nicht erreichen, um den Kreis der potenziellen Anbieterinnen zu erweitern und den Wettbewerb zu stärken, geht auch aus dem von der Beschaffungskonferenz des Bundes BKB erlassenen Merkblatt „Referenzen: Einholung von Auskünften und Bewertung“, Ausgabe 30. November 2014, hervor (vgl. Beschaffungsportal des Bundes, Merkblatt Referenzen: Einholung von Auskünften und Bewertung, S. 2, <<https://www.beschaffung.admin.ch/bpl/de/home/beschaffung/merkblaetter.html>>, abgerufen am 9. März 2017).

Wenn die Vergabestelle an die Vergleichbarkeit der geographischen Ausdehnung keine allzu strengen Anforderungen stellt, ist das daher nicht zu beanstanden. Indessen würde dieses Kriterium jeden Sinnes entleert, wenn sie auch einen Tunnel von 5 km als vergleichbar akzeptieren würde. Da im vorliegenden Fall gar kein Tunnel, sondern nur ein Teil des zu einem Tunnel gehörenden Stollen- und Entwässerungssystems in Frage steht, kann indessen offen gelassen werden, ob die Vergabestelle das Referenzprojekt 2 der Zuschlagsempfängerin unter dem Kriterium der geographischen Ausdehnung als vergleichbar einstufen durfte oder nicht.

**3.12.5** In Bezug auf das Erfordernis vergleichbarer Terminvorgaben ist davon auszugehen, dass eine Reinigung des Entwässerungssystems, welche während des Rohbaus erfolgt, nicht mit der Situation der Tunnelreinigung während des Erhaltungsbetriebs zu vergleichen ist. Beim vorliegenden Vergabeobjekt stehen dem Tunnelreiniger lediglich die Intervalle von 22.00 bis 06.00 Uhr in der Nacht von Samstag auf den Sonntag, von Sonntag auf Montag und von Montag auf Dienstag zur Verfügung. Alle Arbeitsstellen in den Einspurtunnelröhren, Tunnelwechsellinien und Querschlägen sowie in den Multifunktionsstellen Sedrun können nur mit dem Erhaltungszug angefahren werden. Nur die Arbeitsstellen in den Zugangsstollen Amsteg,

Sedrun und Faido, im Kabelstollen Amsteg und in den Seitenstollen der Multifunktionsstelle Faido können während Normalbetrieb (Montag-Sonntag, 06.00-22.00 Uhr) bearbeitet werden (vgl. Technisches Pflichtenheft, Ziffer 2.2 S. 6).

Die Vergabestelle äussert sich nicht zur Frage, ob das Referenzprojekt 2 der Zuschlagsempfängerin vergleichbare Terminvorgaben aufgewiesen habe. Da das Projekt „Reinigung des Entwässerungssystems“ während des Rohbaus ausgeführt wurde, ist aber auszuschliessen, dass mit der Situation, wie sie während den Erhaltungsschichten besteht, vergleichbare Bedingungen geherrscht hätten. Auch macht die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte nicht geltend, dass die Terminvorgaben anspruchsvoll gewesen seien. Die grosse Herausforderung sei vielmehr in den engen Platzverhältnissen gelegen, wodurch die Reinigung mit herkömmlichen Mitteln ausgeschlossen gewesen sei (vgl. Offerte der Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1).

Das Referenzobjekt 2 ist damit auch unter dem Aspekt der vergleichbaren Terminvorgaben nicht mit der ausgeschriebenen Dienstleistung vergleichbar.

**3.12.6** Wenn die Beschwerdeführerin daher rügt, dass auch das zweite von der Zuschlagsempfängerin als Referenz genannte Projekt nicht Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer Komplexität, vergleichbarer geographischer Ausdehnung und vergleichbaren Terminvorgaben zu belegen vermöge und die Vergabestelle ihr Ermessen daher rechtsfehlerhaft ausgeübt habe, erweist sich diese Rüge demnach als begründet.

**3.13** Als Referenzobjekt 3 reichte die Zuschlagsempfängerin das Projekt „Betrieb und Unterhalt hochspezialisierter Laboreinrichtungen (GMP Labor)“ ein. Diese Leistung mit einem Projektumfang von 1,3 Mio. Franken pro Jahr beinhaltet die Reinigung und Desinfektion von Hygienebereichen (Reinräume, Labore, Produktionsbereiche) in der Pharmaindustrie.

Die Vergabestelle legt dar, beim Referenzobjekt 3, dass die Reinigung einer hochspezialisierten Laboreinrichtung (GMP Labor) beinhaltet, handle es sich um eine Spezialreinigung. Die Zuschlagsempfängerin habe ein Konzept entwickeln und Personal mit entsprechendem Know-how zur Verfügung stellen müssen. Der Auftragswert zeige, dass es sich um einen kom-

plexen und zeitintensiven Auftrag gehandelt habe. Die Zuschlagsempfängerin beweise damit wiederum, dass sie in der Lage sei, komplexe Spezialreinigung mit engen Terminvorgaben und entsprechend geschultem Personal auszuführen.

Dieses Projekt betrifft offensichtlich und unbestrittenermassen keine Tunnelreinigung, sondern die Reinigung von Räumen, Maschinenteilen und Materialschleusen. Es ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die Zuschlagsempfängerin damit Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung nachweisen könnte.

**3.14** Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe ihren Ermessensspielraum rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie zum Schluss gekommen sei, die Zuschlagsempfängerin habe den Nachweis einer hinreichenden Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben erbracht, begründet ist.

**3.15** Die Vergabestelle bringt in ihrer Duplik vor, sie habe mit der Zuschlagsempfängerin einen Vertrag für die interimswise Erfüllung der ausgeschriebenen Reinigungsleistungen abgeschlossen (ab 1. Januar 2017 bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts). Die Zuschlagsempfängerin habe die Reinigungsarbeiten der Querschläge und der Fahrbahn am 1. Januar 2017 aufgenommen und führe diese einwandfrei aus. Ihre Eignung für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten habe sich bestätigt. Die Zuschlagsempfängerin stelle der Vergabestelle sowohl geeignetes Personal als auch die erforderlichen Maschinen zur Verfügung. Die Maschinen seien Eigenanfertigungen der Zuschlagsempfängerin, ihr Einsatz habe sich bestens bewährt. Die Zuschlagsempfängerin erfülle seit Arbeitsbeginn die geforderte Reinigungsqualität gemäss Pflichtenheft, und die Vergabestelle sei mit der Erfüllung der ausgeschriebenen Reinigungsarbeiten durch die Zuschlagsempfängerin rundum zufrieden.

**3.15.1** Im offenen Verfahren ist die Eignung des Anbieters durch die Vergabebehörde (und auch die Beschwerdeinstanz) grundsätzlich aufgrund der Verhältnisse bei der Einreichung der Offerte und aufgrund der zu diesem Zeitpunkt eingelegten Unterlagen zu prüfen. Die Rechtsprechung zog aus dem Gleichbehandlungsgebot den Schluss, dass die Eignung der Anbieter

aufgrund der eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen sei (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 573). Dieser Grundsatz wird allerdings durch die Untersuchungsmaxime relativiert, wonach der rechtserhebliche Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen ist. Die Vergabebehörde bzw. die Beschwerdeinstanz hat entsprechende Hinweise zu überprüfen, aufgrund derer die ursprünglich angenommene Leistungsfähigkeit eines Anbieters nicht mehr bestehen könnte (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 574).

**3.15.2** Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1, mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3; Entscheide der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa, und 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, Eignungsnachweise, welche erst nach Ablauf der Antragsfrist, etwa im Laufe eines Beschwerdeverfahrens, beigebracht würden, dürften als verspätet nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 19 N. 1 BöB). Teilweise wird diese Rechtsfolge dagegen lediglich für das selektive Verfahren befürwortet, im offenen Verfahren dagegen könne sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Rückfragepflicht der Vergabestelle ergeben. So müsse es mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot wohl zulässig sein, eine zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gegebene Eignung durch das nachträgliche Einreichen von Nachweisen zu belegen. Entsprechend habe die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststelle, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter mangels Eignung ausschliesse (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 572 und Rz. 575; MARTIN BEYELER, Eignung und technische Spezifikation, BR 2010, S. 93). Demgegenüber erachtete es das Bundesverwaltungsgericht als mit dem Grundsatz von Art 19 Abs. 1 BöB kaum vereinbar, Belege zu berücksichtigen, die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereicht wurden und deren Existenz im Angebotszeitpunkt noch gar nicht behauptet worden war (vgl. Urteil des BVGer B-4902/2014 vom 14. März 2014 E. 7.2.2).

**3.15.3** Einen allfälligen Nachweis ihrer Eignung für die Reinigung des Gotthard-Basistunnels könnte die Zuschlagsempfängerin nur für den Zeitraum seit dem 1. Januar 2017 erbringen. Hierbei würde es sich um einem Nachweis handeln, der im Zeitpunkt der Offerte noch gar nicht vorliegen konnte, da die Zuschlagsempfängerin zu jenem Zeitpunkt unbestrittenermassen noch nie eine Reinigung des Gotthard-Basistunnels vorgenommen hatte. Die Frage, ob ein provisorischer Bezug der in Frage stehenden Reinigungsdienstleistung für wenige Monate das Endurteil präjudizieren würde, indem eine allenfalls dadurch gewonnene Erfahrung der Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren als Referenz berücksichtigt würde, hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Zwischenentscheid vom 19. Oktober 2016 ausdrücklich verneint (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.3).

**3.15.4** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, die Eignung der Zuschlagsempfängerin für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten habe sich in der Zwischenzeit *bestätigt*. Implizit bringt die Vergabestelle damit vor, die bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts befristete Möglichkeit der Zuschlagsempfängerin, die Reinigungsdienstleistungen zu erbringen, sei im Sinne einer Referenzobjekts im vorliegenden Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass die seit dem 1. Januar 2017 interimweise ausgeführten Reinigungsdienstleistung im Gotthard-Basistunnel durch die Zuschlagsempfängerin zur vollen Zufriedenheit der Vergabestelle ausgefallen sind und damit tatsächlich die Eignung der Zuschlagsempfängerin für das ausgeschriebene Aufgabe nachgewiesen würde, könnte ein solches „Referenzprojekt“ im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden, da es sich unbestrittenermassen um ein nachträglich erlangtes Referenzprojekt handelt, welches im Zeitpunkt der Offerteingabe noch nicht existiert hatte.

**3.15.5** Die diesbezüglichen Vorbringen der Vergabestelle erweisen sich daher für das vorliegende Verfahren als irrelevant.

#### **4.**

In ihrer Vernehmlassung macht die Vergabestelle geltend, die Beschwerdeführerin ihrerseits erfülle das Eignungskriterium 2 „Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit“ nicht. Die Beschwerdeführerin habe bei diesem Eignungskriterium in Beilage 6.2 angekreuzt, dass sie über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem verfüge, den geforderten Nach-

weis indessen nicht eingereicht. In ihrer Duplik führt die Vergabestelle ergänzend aus, die Anforderung, dass ein Anbieter, der über kein zertifiziertes QS-System verfüge, einen alternativen „Nachweis“ betreffend die unternehmensbezogene Qualitätssicherung erbringen müsse, entspreche der gängigen Praxis. Ohne dies könne die Vergabestelle bei einem nicht zertifizierten QS-System nicht prüfen, ob ein geeignetes Qualitätsmanagement vorhanden sei und der Anbieter die Anforderung an die Qualitätssicherung erfülle. Lippenbekenntnisse genügten nicht. Praxisgemäss würden als alternativer Nachweis für ein firmeninternes Qualitätsmanagementsystem andere geeignete Unterlagen verlangt, wie z.B. ein QS-Handbuch. Der Nachweis müsse für die Vergabestelle verständlich und nachvollziehbar sein. Die Beschwerdeführerin habe angegeben, über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem zu verfügen, den geforderten Nachweis habe sie indessen nicht eingereicht. Sie erfülle daher bereits deshalb nicht alle Eignungskriterien der Ausschreibung und müsse aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Zwar sei der Vergabestelle bei der Prüfung der Eignungskriterien ein Fehler unterlaufen, als sie dies übersehen habe. Sie sei aber verpflichtet, diese offensichtlich fehlerhafte Beurteilung in Wiedererwägung zu ziehen und die Beschwerdeführerin auszuschliessen. Der von der Vergabestelle erst nachträglich entdeckte Umstand der mangelhaften Erfüllung der Eignungskriterien sei im Rahmen des Beschwerdeverfahrens von Amtes wegen zu berücksichtigen. Im Verwaltungsverfahren könnten aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes Noven grundsätzlich jederzeit vorgebracht werden. Mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter sei es geboten, die fehlende Eignung der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nachträglich zu berücksichtigen und den begangenen Fehler zu korrigieren. Insbesondere wäre rechtswidrig, wenn im vorliegenden Beschwerdeverfahren nur die fehlende Eignung der Zuschlagsempfängerin geprüft würde, nicht aber die fehlende Eignung der Beschwerdeführerin. Ferner sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin den fehlenden Nachweis des QS-Systems nicht erbringen könne, ansonsten sie diesen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgeholt hätte.

Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vergabestelle werfe ihr vor, sie habe in der Beilage 6.2 angekreuzt, über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem zu verfügen, ohne den geforderten Nachweis einzureichen. Weder die Ausschreibungsunterlagen noch die Ausschreibung an sich würden Angaben dazu enthalten, was unter dem „Nachweis“ für ein nicht zertifiziertes QMS verstanden werden solle, ebenso wenig werde ein



solcher Nachweis als konstitutiv verlangt. Es werde nicht ersichtlich gemacht, wie ein Unternehmen, dessen QMS gerade nicht zertifiziert sei, die Qualität seines Systems nachweisen könnte. Auch dem Gesetzgeber sei klar, dass nur anerkannte, das heisst zertifizierte QMS, verlangt werden könnten, denn er sehe im Anhang 3 zur VöB, der eine Aufzählung möglicher Eignungsnachweise verlange, in Ziffer 10 die „Bescheinigung über das Vorliegen eines anerkannten Qualitätsmanagementsystems“ vor. Die Beschwerdeführerin sei zu keiner Zeit in der Pflicht gewesen, einen physischen Nachweis zu erbringen. Sie verfüge zwar über ein nicht zertifiziertes QM-System und habe dies auch deklariert. Hätte die Vergabestelle einen schriftlichen Nachweis dazu als konstitutiv erachtet, hätte sie ihr nicht ausdrücklich bestätigen dürfen, dass ihre Offerte vollständig sei. Die Vergabestelle habe für die Nichtberücksichtigung nie einen anderen Grund als den höheren Angebotspreis gefunden. Die nun im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung, die Beschwerdeführerin erfülle das Eignungskriterium 2 gemäss Beilage 6.2 nicht, sei nicht nur unbegründet und falsch, sondern auch treuwidrig.

**4.1** In den Ausschreibungsbedingungen bzw. der dazu gehörenden Beilage war unter dem Eignungskriterium 2 „Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit“ ein unternehmensbezogenes Qualitätsmanagementsystem verlangt. Der Anbieter müsse zweckmässig und prozessorientiert vorgehen und genügend Erfahrung bei der Problemanalyse und der Fehlerbehebung haben (Ziffer 2.7.2 i.V.m. Beilage 6.2 der Ausschreibungsbedingungen). Zur Auswahl standen die folgenden Optionen:

<input type="checkbox"/>	QS-Zertifikat nach ISO (Kopie beilegen) Zertifikat nach ISO 9001-04 und ISO 14001 oder gleichwertig. Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Massnahmen des Unternehmens zur Gewährleistung der Qualität.	<input type="checkbox"/> Kopie
<input type="checkbox"/>	nicht zertifiziertes QS-System	<input type="checkbox"/> Nachweis
<input type="checkbox"/>	sonstige Zertifikate QS	<input type="checkbox"/> Kopie

**4.2** Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte die Option „nicht zertifiziertes QS-System“ angekreuzt, ohne aber das Feld „Nachweis“ anzukreuzen und ohne diesbezüglich irgendwelche Dokumente einzureichen.

**4.3** Auftraggeber sind in der Pflicht, ihre quantitativen und qualitativen Anforderungen an Referenzobjekte sehr deutlich zu umschreiben. Alles, was nicht ausdrücklich verlangt wird, kann nicht in die Bewertung einfließen, und wo Unklarheiten bestehen, sind sie zugunsten der Anbieter auszulegen. Dies gilt umso mehr dann, wenn es um die Eignungsprüfung und um die Zulassung oder den Ausschluss eines Anbieters geht. Soweit es auf die Auslegung nach guten Treuen und den Grundsatz des Vertrauensschutzes ankommt, ist zu beachten, dass es dabei um den Schutz desjenigen Anbieters geht, der einen Nachteil erfährt, weil er sein Angebot so verfasste und diejenige Nachweise beibrachte, die nach seiner Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ausreichend sein mussten. Die Vergabebehörde darf die Anforderungen gegenüber der Ausschreibung nicht erhöhen (vgl. SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., Rz. 33 S. 406; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 3.5).

**4.4** Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin zu Recht geltend, dass in den Ausschreibungsbedingungen nicht verlangt worden ist, dass ein Anbieter zwingend ein QS-Zertifikat, sei es nach ISO 9001-04 und ISO 14001 oder ein anderes, gleichwertiges Zertifikat, einreichen müsse. Vielmehr stand es einem Anbieter ausdrücklich offen, stattdessen die Option „nicht zertifiziertes QS-System“ anzukreuzen. Weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen sind irgendwelche zusätzlichen Angaben dazu enthalten, was unter dem „Nachweis“ für ein nicht zertifiziertes QS-System zu verstehen ist. Indessen ist aufgrund der Angaben in der Beilage vertretbar, wenn die Vergabestelle sinngemäss die Auffassung vertritt, auch wenn nicht konkret vorgegeben sei, welche Belege ein Anbieter in diesem Fall einzureichen habe, so müsse er doch den Nachweis erbringen, dass er „zweckmässig und prozessorientiert vorgeht und genügend Erfahrung bei der Problemanalyse und der Fehlerbehebung hat“, was allein mit dem Ankreuzen, dass er über ein nicht zertifiziertes QS-System verfüge, nicht getan sei.

**4.5** Aktenmässig erstellt ist, dass die Vergabestelle anlässlich der Evaluation der Offerten davon ausging, die Eignung der Beschwerdeführerin sei gegeben. Dies geht aus der formellen Prüfung, der Eignungsprüfung, der

Gesamtbewertung und dem internen Vergabeantrag der Vergabestelle hervor (vgl. Seiten 2, 6, 8 und 16 des Vergabedossiers). Auch im Schreiben vom 14. Juli 2016 gab die Vergabestelle als Gründe für die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin einzig an, das berücksichtigte Angebot sei wirtschaftlich wesentlich günstiger als das Angebot der Beschwerdeführerin. Die Auffassung, dass die Beschwerdeführerin nicht alle Eignungskriterien erfülle, vertrat die Vergabestelle erstmals in ihrer Vernehmlassung vom 18. August 2016.

Die Vergabestelle hat somit ihre Meinung zu dieser Frage geändert. Hingegen war ihre ursprüngliche Beurteilung, dass auch die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium 2 erfülle, weder Gegenstand einer formell rechtskräftigen Verfügung noch einer anderen Kommunikation gegenüber der Beschwerdeführerin gewesen, welche diese von der Einreichung der erforderlichen Nachweise hätte abhalten können. Der Grundsatz von Treu und Glauben steht daher einer Meinungsänderung der Vergabestelle bezüglich der Frage, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium 2 erfülle oder nicht, nicht entgegen.

**4.6** Wie bereits in E. 3.15.2 dargelegt, sind sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen. Fehlen wesentliche Angaben oder Belege und weist der betreffende Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht auf, so muss die Vergabestelle die Offerte ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen. Handelt es sich dagegen lediglich um unbedeutende Mängel, so verfügt die Vergabestelle über einen gewissen Ermessensspielraum, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen will. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben dazu verpflichtet (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2; Urteile des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H. und B-8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 3.8.1 f.). Entsprechend hat die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter mangels Eignung ausschliesst (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 575, m.H.).

Im vorliegenden Fall war für die Vergabestelle leicht erkennbar, dass die Beschwerdeführerin keine Dokumente eingereicht hatte, um den in Frage stehenden Eignungsnachweis zu erbringen. Fraglich ist indessen, ob sie

effektiv über ein Sicherheitshandbuch oder ein vergleichbares Dokument verfügt, aus dem hervorgeht, wie der Betrieb bei der Problemanalyse und Fehlerbehebung vorgeht, und diesen Nachweis lediglich versehentlich nicht eingereicht hat. Diese Frage ist auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren offen geblieben. Da die Beschwerdeführerin indessen mit ihrer Offerte nicht nur keine entsprechenden Dokumente eingereicht, sondern auch im Formular kein Kreuz angebracht hatte, musste sich der Vergabestelle nicht der Eindruck aufdrängen, die Beschwerdeführerin sei zwar in der Lage, diesen Nachweis zu erbringen, und habe dies auch beabsichtigt, aber die Einreichung der massgeblichen Dokumente nur versehentlich unterlassen.

Unter diesen Umständen kann der Vergabestelle nicht vorgeworfen werden, sie wäre aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus dazu verpflichtet gewesen, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Vervollständigung ihrer Offerte zu geben. Ob sie dazu nicht verpflichtet, aber im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens berechtigt gewesen wäre, kann im vorliegenden Fall offen gelassen werden, da die Beschwerdeführerin daraus jedenfalls keinen Rechtsanspruch ableiten könnte, entsprechende Belege nachreichen zu dürfen.

## 5.

Im Ergebnis erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin erfülle das Eignungskriterium 1 nicht und sei daher auszuschliessen gewesen, als begründet, weshalb die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben ist.

Hingegen dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem Rechtsbegehren auf einen direkten Zuschlag an sich selbst nicht durch, da nicht erstellt ist, dass sie das Eignungskriterium 2 erfüllt. Diese Frage ist auch nicht im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu klären, da die Beschwerdeführerin, wie dargelegt, keinen Rechtsanspruch darauf hat, dass sie nachträglich den entsprechenden Nachweis erbringen dürfte.

Wenn noch Fragen zu entscheiden sind, bezüglich derer der Vergabestelle Ermessen zukommt, weist das Bundesverwaltungsgericht die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (vgl. Art. 32 Abs. 1 BöB; Urteile des BVerG B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6, B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 2.2 sowie B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1395 f.). Im vorliegenden Fall

wird die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens darüber zu entscheiden haben, ob sie der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Nachreichung des fehlenden Nachweises geben will und, gegebenenfalls, anschliessend aufgrund der erhaltenen Dokumente darüber zu entscheiden haben, ob die Beschwerdeführerin die Eignungskriterien erfüllt und ihr der Zuschlag zu erteilen ist oder ob sie auszuschliessen und das Vergabeverfahren abubrechen und eine neue Ausschreibung vorzunehmen ist. Die Sache ist daher zu diesem Zweck an die Vergabestelle zurückzuweisen.

## 6.

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (vgl. Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Dabei gilt die Rückweisung zu erneutem Entscheid bei offenem Ausgang praxismässig als Obsiegen (vgl. Urteil des BGer 2C\_846/2013 vom 28. April 2014 E. 3.2). Auch in Bezug auf den Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin grösstenteils obsiegt. Der Beschwerdeführerin sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen, ebensowenig der Vergabestelle (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

## 7.

Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (vgl. Art. 64 VwVG, Art. 7 ff. VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, andernfalls die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festsetzt (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969 [Kostenverordnung, SR 172.041.0]). An den Detaillierungsgrad der Kostennote sind gewisse Anforderungen zu stellen, damit überprüft werden kann, ob der geltend gemachte Aufwand vollumfänglich notwendig und damit entschädigungsberechtigt ist. Daher soll aus der Kostennote nicht nur ersichtlich sein, welche Arbeiten durchgeführt worden sind und wer wie viel Zeit zu welchem Ansatz aufgewendet hat, sondern auch, wie sich der geltend gemachte Aufwand auf die einzelnen Arbeiten verteilt (vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 64 VwVG N. 18 S. 825). Vorliegend hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zwar eine Kostennote eingereicht, doch ist sie nicht in

diesem Sinne detailliert, weshalb die Parteientschädigung nach Ermessen festzusetzen ist. Als Anhaltspunkt kann in diesem Zusammenhang zwar auch die von der Vergabestelle eingereichte Kostennote dienen, die jedoch genau so wenig detailliert ist und ebenfalls unangemessen hoch scheint. Die der Beschwerdeführerin zuzusprechende Parteientschädigung ist daher ermessensweise auf Fr. 20'000.– (inkl. MwSt. und Auslagen) festzusetzen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die angefochtene Zuschlagsverfügung vom 8. Juli 2016 wird aufgehoben und die Sache wird an die Vergabestelle zurückgewiesen zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

#### **3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 137577; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin Y. \_\_\_\_\_ AG (Auszug; A-Post)

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 BGG), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziffer 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 21. März 2017