



## Urteil vom 18. März 2020

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richterin Eva Schneeberger, Richter Christian Winiger,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

---

Parteien

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

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,

2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

beide vertreten durch Rechtsanwälte  
lic. iur. Remo Baumann und Dr. iur. Franz Xaver Muheim,  
Muheim Merz Baumann, Rechtsanwälte und Notare,  
Bundesplatz 2, Postfach 7525, 6302 Zug,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

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

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - N09.72 Zwischbergen,  
Casermettatunnel, Baumeisterarbeiten,  
SIMAP Meldungsnummer 844207 (Projekt-ID 116838).

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

**A.a** Am 4. September 2014 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "N09.72 Zwischbergen, Casermettatunnel, Baumeisterarbeiten" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 835079). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung sind im Abschnitt "Zwischbergen Casermettatunnel", der sich auf der Südseite der Simplonpassstrasse befindet und sich über eine Länge von ca. 1.9 km erstreckt, wovon ca. 95% der Strecke in Galerien, Tunnel und Brücken verlaufen, verschiedene bauliche Massnahmen geplant. Ziel des Gesamtprojekts sei die Instandsetzung der Kunstbauten und des Trassees sowie die Erstellung eines norm- und richtlinienkonformen Zustands.

**A.b** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, darunter dasjenige der ARGE X. \_\_\_\_\_ sowie dasjenige der ARGE Y. \_\_\_\_\_, welches neben dem Amtsvorschlag auch zwei Varianten enthielt.

**A.c** Der Zuschlag vom 17. November 2014 an die Mitglieder der ARGE Y. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerinnen) wurde am 21. November 2014 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 844207) publiziert. Die Zuschlagsempfängerinnen erhielten insgesamt 423 von maximal 500 Punkten, während das Angebot der ARGE X. \_\_\_\_\_ mit 353 Punkten bewertet wurde.

**B.**

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 17. November 2014 erhoben die Mitglieder der ARGE X. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) am 11. Dezember 2014 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei der Zuschlag gemäss Publikation vom 21. November 2014 aufzuheben und den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben, das Vergabeverfahren abubrechen und anschliessend zu wiederholen. Ausserdem enthielt die Beschwerde ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen verschiedene Bewertungsrügen vor (Beschwerde, Rz. 33 ff.; Rz. 38 ff. und Rz. 51 ff.). Nach einlässlicher Analyse der Ausschreibungsunterlagen sei ihnen zudem aufgefallen, dass die vorgegebenen Leistungsverzeichnisse nicht mit den Ausführungsplänen übereinstimmen. Eine Vergabe auf Basis einer Ausschreibung, bei welcher der

Mengenvergleich zwischen den Angaben im Leistungsverzeichnis und den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen derart divergiere, sei rechtswidrig (Beschwerde, Rz. 67 ff.).

### **C.**

**C.a** Mit superprovisorischer Anordnung vom 12. Dezember 2014 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit den Zuschlagsempfängerinnen.

**C.b** Am 15. Dezember 2014 wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 5. Januar 2015 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Den Zuschlagsempfängerinnen wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen.

**C.c** Mit Schreiben vom 19. Dezember 2014 teilten die Zuschlagsempfängerinnen mit, sie würden einstweilen darauf verzichten, zur Beschwerde vom 11. Dezember 2014 Stellung zu nehmen, wobei spätere Stellungnahmen ausdrücklich vorbehalten wurden.

**C.d** Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle am 19. Januar 2015 nebst den Akten eine Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen ein und beantragte, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Die Vergabestelle äussert sich einerseits zu den beschwerdeführerischen Bewertungsrügen (Vernehmlassung vom 19. Januar 2015, Rz. 31 ff. und 62 ff.). Andererseits bringt sie vor, dass bei der Sanierung von Bauwerken die Dokumentation des Ist-Zustands anhand von alten Plänen schwierig sei, weshalb man bei einigen Vorausmassen die Mengen im Leistungsverzeichnis im Vergleich zu den Submissionsplänen erhöht habe. Dies sei notwendig und üblich, um nicht bei der Ausführung mit erheblichen Mehrmengen konfrontiert zu werden (Vernehmlassung vom 19. Januar 2015, Rz. 24 ff.).

### **D.**

Nachdem die Beschwerdeführerinnen Einsicht in erste Aktenstücke erhalten und die Verfahrensbeteiligten am 28. Januar 2015 bzw. am 5. Februar 2015 zur Frage der aufschiebenden Wirkung Stellung genommen hatten, wurde der Beschwerde mit Zwischenentscheid vom 24. Februar 2015 die

aufschiebende Wirkung erteilt. Zur Begründung wurde namentlich ausgeführt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Vergabestelle von ihrem in der Ausschreibung kommunizierten Bewertungssystem abgewichen ist. Demnach brauche namentlich die Rüge betreffend die in den Leistungsverzeichnissen in Frage stehenden Mengen und dadurch mögliche Umlagen im Angebot der Zuschlagsempfängerinnen nicht geprüft zu werden (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2015 E. 5.2.7 und E. 5.3 "Casermettatunnel").

## **E.**

**E.a** Im Rahmen der Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren wurden die Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 9. März 2015 ersucht, substantiierte Akteneinsichtsanträge zu stellen. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, prozessuale Anträge betreffend die Abnahme von Beweisen zu stellen.

**E.b** Innert einmalig erstreckter Frist stellte die Vergabestelle am 27. März 2015 namentlich den prozessualen Antrag, die Rüge bezüglich abweichender Mengen zwischen Submissionsplänen und Leistungsverzeichnis sei gestützt auf Treu und Glauben nicht zu hören, womit auch nicht darauf einzutreten sei. Zudem beantragte sie, die Frage der verspäteten Rüge bezüglich Mengenabweichungen sei vorab zu prüfen und es sei ein selbständig anfechtbarer Zwischenentscheid zu erlassen. Daneben sei auf die Einholung eines Gutachtens zur Feststellung abweichender Mengen zwischen Submissionsplänen und Leistungsverzeichnis zu verzichten; eventualiter sei das Gutachten auf fachliche Fragen zu beschränken.

**E.c** Mit Eingabe vom 27. März 2015 reichte die Vergabestelle das Dossier 10 (Taktbauabläufe aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerinnen) und die Beilagen 22 und 23 ein.

**E.d** Die Beschwerdeführerinnen formulierten am 30. März 2015 substantiierte Akteneinsichtsanträge und weitere prozessuale Anträge. Sie beantragten unter anderem, es sei ein Gutachten betreffend die Differenzen zwischen dem Leistungsverzeichnis und den Ausführungsplänen zu erstellen.

**E.e** Mit Verfügung vom 1. April 2015 wurde dem Begehren der Vergabestelle, zur Frage der verspäteten Rüge einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu erlassen, entsprochen.

**E.f** Am 16. April 2015 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Stellungnahme ein mit dem Antrag, es sei festzustellen, dass die Rügen betreffend abweichender Mengen rechtzeitig erfolgt und deshalb zu hören seien.

## **F.**

**F.a** Die Beschwerdeführerinnen reichten mit Eingabe vom 8. Mai 2015 einen umfangreichen Fragenkatalog ein, welche dem Experten für die Erstellung des Gutachtens vorzulegen sei. Daraufhin stellt die Vergabestelle am 11. Mai 2015 für die Erstellung des Gutachtens den Antrag, dieses sei auf die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfenen Punkten des Leistungsverzeichnisses sowie auf die Frage der plausiblen Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerinnen und der Zuschlagsempfängerinnen zu beschränken. Des Weiteren reichte auch die Vergabestelle einen Fragenkatalog ein.

**F.b** Mit Eingabe vom 27. Mai 2015 beantragte die Vergabestelle, es sei Heinz Dicht, Dipl. Bauingenieur ETH/SIA, als Experte mit der Ausarbeitung des Gutachtens zu beauftragen. Im Übrigen sei der von den Beschwerdeführerinnen aufgestellte Fragenkatalog vollumfänglich abzulehnen. Heinz Dicht sei als Experte geeignet, da er zahlreiche Sanierungsarbeiten, darunter auch Tunnelsanierungen, durchgeführt und bereits in verschiedenen Bereichen als Experte geamtet habe. In Bezug auf den Fragenkatalog führt die Vergabestelle aus, dass dieser unter anderem reine Suggestivfragen oder Rechtsfragen enthalte und es sich teilweise um unstrittige und banale Fragen handle.

**F.c** Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Eingabe vom 8. Juni 2015 ebenfalls die Einsetzung von Heinz Dicht als Experte und machten keine Ablehnungsgründe geltend.

**F.d** Am 10. Juni 2015 beantragte die Vergabestelle, das zu erstellende Gutachten sei erst nach Erlass eines selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids über die Frage der nach Treu und Glauben verspäteten Rüge bezüglich der Abweichungen zwischen Submissionsplänen und Leistungsverzeichnis in Auftrag zu geben.

## **G.**

**G.a** Mit Verfügung vom 10. Juni 2015 setzte der Instruktionsrichter Heinz Dicht, Dipl. Bauingenieur ETH/SIA, als Experten ein. Zudem ordnete er für

die Experteninstruktion die Durchführung einer Instruktionsverhandlung an.

**G.b** Am 24. Juni 2015 wurde im Beisein der Zweitrichterin eine Instruktionsverhandlung zur Klärung der an den Experten zu stellenden Fragen durchgeführt. Im Rahmen der Instruktionsverhandlung erhielten die Parteien Gelegenheit, sich zu den von ihnen wie auch zu den vom Instruktionsrichter vorgeschlagenen Fragen zu äussern, worauf ein Fragenkatalog für den Experten erstellt wurde. Dabei wurde auch das Prozessprogramm insofern bestimmt, als der Experte beauftragt wurde, zuerst zu den Fragen, ob die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf Treu und Glauben die allfälligen Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis und Plänen ohne Weiteres hätten erkennen können, Stellung zu nehmen. Erst in einem zweiten Schritt sei ein weiteres Gutachten zu erstellen. Dieses würde namentlich die Fragen betreffend die Bewertung der Angebote der Beschwerdeführerinnen und der Zuschlagsempfängerinnen zum Gegenstand haben.

**G.c** Mit Verfügung vom 25. Juni 2015 wurde der Experte wie anlässlich der Instruktionsverhandlung in Aussicht genommen ersucht, vor der Ausarbeitung des Hauptgutachtens betreffend die Bewertung der Angebote ein "Vorgutachten" namentlich zur Verkehrsführung mit Blick auf die Beurteilung der Frage, ob diesbezüglich gemäss Angebot der Zuschlagsempfängerinnen von einer Variante ohne Grundangebot auszugehen sei. Des Weiteren wurde dem Experten mit Blick auf die Argumentation der Parteien zu Treu und Glauben betreffend die Rügen betreffend das Leistungsverzeichnis aufgetragen, folgende Frage zu beantworten:

"Frage 1: Sind aus der Sicht eines Fachmanns Aussagen möglich zur Frage, ob die Differenzen zwischen Leistungsverzeichnis einerseits und Ausschreibungsunterlagen/Plänen andererseits unter Berücksichtigung des üblichen Aufwands im Rahmen der Beurteilung der Ausschreibungsunterlagen unmittelbar nach deren Erhalt ohne Weiteres erkennbar sind oder ob ein gewisser Aufwand notwendig ist, um diese Unterschiede festzustellen? Sind aus der Sicht des Fachmanns Aussagen möglich zur Frage, ob im Rahmen der Offertstellung diese Unterschiede üblicherweise auffallen?"

**H.**

**H.a** Mit Verfügung vom 13. Juli 2015 wurden die Beschwerdeführerinnen namentlich aufgefordert, einen Beweiskostenvorschuss in der Höhe der Kostenschätzung des Experten vom 3. Juli 2015 von Fr. 20'000.– zu leisten.

**H.b** Am 3. August 2015 reichte der Experte das Vorgutachten ein und kam insbesondere zum Schluss, die Anzahl der Positionen sei bei der Baumeisterausschreibung Casermetta gross. Eine umfassende Feststellung der vorhandenen Differenzen zwischen dem Leistungsverzeichnis und den Ausschreibungsunterlagen/Plänen sei nur mit einem grösseren Aufwand möglich und erfolge im Rahmen der Ausarbeitung der Offerte durch die Unternehmer nur für die wesentlichen Positionen, bei denen der Unternehmer im eigenen Interesse eine Mengenplausibilisierung rasch und einfach vornehmen könne und werde.

**H.c** Nachdem die Parteien am 14. August 2015 zu den vom Instruktionsrichter in Betracht gezogenen Ergänzungen bzw. Präzisierungen des Gutachtens und zu einer vorgeschlagenen Zusatzfrage Stellung genommen und Anträge auf Zusatzfragen bzw. weitere Ergänzungen gestellt hatten, wurde mit Verfügung vom 17. August 2015 festgehalten, dass der Experte das Gutachten in zwei Punkten zu ergänzen sowie eine Zusatzfrage, namentlich zur Frage betreffend Treu und Glauben, zu beantworten hat. Soweit weitergehend wurden die Anträge der Parteien zumindest einstweilen abgewiesen.

**H.d** Am 24. August 2015 wurden im Rahmen der Instruktionsverhandlung die Auskunftspersonen seitens der Beschwerdeführerinnen (C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_) und seitens der Vergabestelle (E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_) befragt. Ausserdem reichte die Vergabestelle weitere Ergänzungsanträge zum Gutachten vom 3. August 2015 ein.

**H.e** Die Anträge der Vergabestelle auf Ergänzung des Gutachtens vom 3. August 2015 wurden mit Verfügung vom 27. August 2015 abgewiesen. Anschliessend reichte der Experte am 28. August 2015 das ergänzte Gutachten ein, zu welchen die Parteien wiederum mit Eingaben vom 7. bzw. 8. September 2015 Stellung nahmen.

## **I.**

Mit selbständig anfechtbarem Zwischenentscheid vom 30. September 2015 wurde auf die Beschwerde eingetreten sowie erkannt, dass die mit Beschwerde vom 11. Dezember 2014 vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die abweichenden Angaben zwischen Leistungsverzeichnis und Plänen nicht verspätet und demnach materiell zu prüfen sind. Aufgrund des Gutachtens sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen die erhobenen Rügen nicht bereits im Rahmen der

Offerteingabe oder gar der Fragerunde hätte vorbringen müssen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.4 "Casermettatunnel").

## **J.**

**J.a** Am 26. Oktober 2015 teilten die Beschwerdeführerinnen dem Gericht mit, dass es aus prozessökonomischen Gründen angezeigt sein könnte, die Sache nach Vorliegen des Gutachtens zu den Bewertungsrügen einem weiteren Zwischenentscheid zuzuführen. Zudem reichten die Beschwerdeführerinnen Ergänzungsfragen zum Hauptgutachten und zum Themenkreis Ausmassreserven bzw. "verbotene Umlagen" ein.

**J.b** Der Experte kam am 27. Oktober 2015 der Anordnung des Instruktionsrichters vom 14. Oktober 2015 nach und reichte einen Vorschlag für die weitere Abwicklung der Expertentätigkeit ein. Er führte aus, dass der Aufwand für eine detailliertere Prüfung der Abweichungen zwischen dem Ausmass und den Plänen gross sei. Mangels zeitlicher Kapazität beantragte der Experte, ein Ingenieurbüro mit der Erstellung eines Hilfsgutachtens betreffend den Vergleich von Plänen und Ausmassen der seitens der Beschwerdeführerinnen beanstandeten Positionen einerseits und den Vergleich der Offertpreise aller vier Anbieterinnen bzw. allfällige diesbezügliche Auffälligkeiten zu beauftragen.

**J.c** Die Vergabestelle beantragte am 9. November 2015 namentlich, es sei auf das Erstellen eines Gutachtens zur zahlenmässigen Erhebung von allfälligen Umlagen in den Angeboten der Zuschlagsempfängerinnen und Beschwerdeführerinnen zu verzichten; eventualiter sei damit ein von ihr vorgeschlagenes Ingenieurbüro zu beauftragen. Die Vergabestelle führte aus, dass sie – wie die Beschwerdeführerinnen – der Ansicht sei, dass eine vertiefte Analyse des Leistungsverzeichnisses mit Blick auf allfällige spekulative Positionen und Umlagen erst nach Vorliegen des Hauptgutachtens zu den Bewertungsrügen und eines zweiten Zwischenentscheids sinnvoll sei.

## **K.**

**K.a** Mit Verfügung vom 16. November 2015 wurde in Erwägung gezogen, dass die Parteien dahingehend übereinstimmen, dass ein Gutachten zur Frage allfälliger spekulativer Positionen und Umlagen aus prozessökonomischen Gründen erst nach Vorliegen des Hauptgutachtens und eines selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids betreffend insbesondere

die Bewertungsrügen anzuordnen sei. Demzufolge wurde der Experte ersucht, zur Plausibilität der Bewertung der Offerten der Beschwerdeführerinnen und der Zuschlagsempfängerinnen gutachterlich Stellung zu nehmen. Ausserdem hatte er Ergänzungsfragen zur Konformität der Angebote mit den Vorgaben der Vergabestelle bzw. der Vollständigkeit der Angebote zu beantworten.

**K.b** Mit Eingabe vom 25. November 2015 erachteten die Beschwerdeführerinnen die von der Vergabestelle vorgeschlagenen Ingenieurbüros für die Erstellung des Hilfsgutachtens als ungeeignet, während sich die Vergabestelle am 26. November 2015 mit dem seitens des Gutachters bzw. von den Beschwerdeführerinnen vorgeschlagenen Ingenieurbüro, Widmer Ingenieure AG, Chur, einverstanden erklärte.

**K.c** Der Experte reichte am 9. Dezember 2015 eine Kostenschätzung für das Gutachten zur Frage betreffend Umlagen im Zusammenhang mit Reserven im Leistungsverzeichnis ein.

**L.**

**L.a** Nachdem den Parteien das rechtliche Gehör gewährt worden war, verfügte der Instruktionsrichter am 10. Dezember 2015, dass über die Erstellung eines Hilfsgutachtens durch die Widmer Ingenieure AG und des Gutachtens durch den Experten bezüglich der Frage der Umlagen erst nach Ergehen eines selbständig anfechtbaren Zwischenentscheids zur Frage der Bewertung entschieden werde.

**L.b** Mit Posteingang vom 14. Dezember 2015 reichte der Experte das Hauptgutachten vom 11. Dezember 2015 ein, welches den Parteien zur Stellungnahme zugestellt wurde.

**L.c** Der Instruktionsrichter verfügte am 11. Januar 2016 die Zustellung der vom Experten eingereichten Offerte der Widmer Ingenieure AG betreffend das Hilfsgutachten und gab den Parteien Gelegenheit, sich zur Person des Hilfsgutachters zu äussern. Davon machten die Parteien mit den Eingaben vom 25. Januar 2015 Gebrauch.

**L.d** Die Vergabestelle nahm am 18. Januar 2016 Stellung zum Hauptgutachten vom 11. Dezember 2015 und führte zur Bewertung des Zuschlagskriteriums 2 und 3 einige Punkte aus, welche ins Gutachten aufzunehmen seien. Auch die Beschwerdeführerinnen äusserten sich am 18. Januar

2016 zum Hauptgutachten. Sie wiesen einerseits auf die Abgrenzung zwischen Tat- und Rechtsfrage hin und schlugen andererseits verschiedene Erläuterungs- und Ergänzungsfragen vor.

**L.e** Am 25. Januar 2016 bzw. am 1. Februar 2016 äusserten sich die Parteien zur jeweiligen Stellungnahme der Gegenseite vom 18. Januar 2016. Die Vergabestelle beantragte dabei namentlich, die von den Beschwerdeführerinnen formulierten Erläuterungs- und Ergänzungsfragen seien abzulehnen.

**L.f** Nach entsprechender Ankündigung nahm der Instruktionsrichter mit dem Experten Kontakt auf, um Fragen betreffend das Hauptgutachten zu klären. Der Experte erklärte namentlich, dass wenige Punkte berichtigungs- bzw. ergänzungswürdig seien. Dies wurde den Parteien in Form einer Aktennotiz mitgeteilt.

## **M.**

**M.a** Am 18. Februar 2016 wurde der Experte ersucht, die Methode in Bezug auf die Überprüfung der Bewertung im Rahmen der spezifischen Vorbemerkungen des Hauptgutachtens zu erläutern. Weiter wurde er gebeten, das Gutachten vom 11. Dezember 2015 in Bezug einige Punkte zu ergänzen. Der Experte wurde ausserdem ersucht, bei abweichenden Benotungen soweit möglich Ausführungen darüber zu machen, ob die ursprüngliche Bewertung der Vergabestelle nachvollziehbar oder so nicht haltbar sei.

**M.b** Am 11. März 2016 reichte der Experte die Ergänzung zum Hauptgutachten ein und beantwortete bzw. behandelte Fragestellungen gemäss der Verfügung vom 18. Februar 2016. Die Ergänzung zum Hauptgutachten wurde den Parteien zur Stellungnahme zugestellt.

## **N.**

**N.a** Mit unaufgefordert eingereichter Eingabe vom 21. März 2016 wiesen die Beschwerdeführerinnen auf eine Hausdurchsuchung bei der Aussenstelle Visp der Vergabestelle und in diesem Zusammenhang vorgenommene Verhaftungen durch die Bundespolizei hin; zur Stellungnahme reichten sie als Beilage Zeitungsberichte ein. Zudem warfen sie die Frage auf, wie sich die Untersuchung der Bundesanwaltschaft auf das vorliegende Verfahren auswirke.

**N.b** Am 29. März 2016 nahm die Vergabestelle Stellung zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 21. März 2016 und bestätigte, dass gegen zwei ihrer Angestellten eine Strafuntersuchung laufe, wobei eine Person im vorliegenden Vergabeverfahren involviert gewesen sei. Zum angekündigten Prozessprogramm stellte die Vergabestelle keine Anträge.

**N.c** Der Instruktionsrichter hielt mit Verfügung vom 30. März 2016 am Prozessprogramm fest.

**N.d** Am 1. April 2016 äusserten sich die Beschwerdeführerinnen zum Beweisergebnis. Sie führten namentlich aus, dass die vorliegende Vergabe sei zu einer reinen Preisvergabe verkommen, weil die Vergabestelle eine für die Anbieter nicht zu erwartende Anwendung der Bewertungsskala im Bereich der Qualitätskriterien ausgeübt habe. Nach Verhaftung einer Schlüsselperson sei der Zuschlag mangels Eignung zu widerrufen. Die Zuschlagsempfängerinnen seien aus dem Verfahren auszuschliessen.

**N.e** Die Vergabestelle bezog ebenfalls am 1. April 2016 Stellung zum Beweisergebnis, namentlich zur Ergänzung des Gutachtens vom 11. März 2016.

**N.f** Mit Verfügung vom 4. April 2016 wurde festgehalten, dass ohne umgehend zu stellende, anders lautende Anträge davon ausgegangen werde, dass mit Blick auf den selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zur Frage der Bewertung der Angebote keine weiteren Stellungnahmen erforderlich sind.

**O.**

**O.a** Die Zuschlagsempfängerinnen reichten dem Gericht am 11. April 2016 unaufgefordert ein der Vergabestelle zugestelltes Dokument betreffend die Anpassung des Organigramms bzw. der Baustellenorganisation ein. Dieses Dokument wurde den Beschwerdeführerinnen auf entsprechenden Antrag der Zuschlagsempfängerinnen und der Vergabestelle hin einstweilen nicht zugestellt.

**O.b** Am 19. April 2016 teilte die Vergabestelle mit Bezug auf die Eingabe der Beschwerdeführerinnen mit, dass sie basierend auf die bisherigen Erkenntnisse nicht beabsichtige, den Zuschlag vom 17. November 2014 zu widerrufen. Sie wies ausserdem darauf hin, dass die Reorganisation der Baustellenorganisation nicht Gegenstand der Beschwerde sei.

**O.c** Die Beschwerdeführerinnen nahmen mit Eingabe vom 25. April 2016 zur Frage der Qualität der Schlüsselperson der Zuschlagsempfängerinnen unaufgefordert Stellung.

**O.d** Am 9. Mai 2016 äusserte sich die Vergabestelle zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 25. April 2016.

**P.**

**P.a** Mit Zwischenentscheid vom 7. Juli 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht erstens fest, dass die Zuschlagsempfängerinnen entgegen der Rüge der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Verkehrsführung keine Variante ohne Grundangebot eingereicht haben. Zweitens wurde erkannt, dass sich die Bewertung der Offerten sowohl der Beschwerdeführerinnen als auch der Zuschlagsempfängerinnen durch die Vergabestelle in Bezug auf die qualitativen Zuschlagskriterien 2 bis 4 jedenfalls soweit als rechtskonform erweist, dass die Rangfolge der Anbieter nicht in Frage gestellt wird. Zudem wurde erkannt, dass sich die Rüge, wonach die Vergabestelle im Rahmen der Benotung der Angebote vom kommunizierten Bewertungssystem abgewichen ist, als unbegründet erweist. Schliesslich stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Vergabestelle die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen entgegen den entsprechenden Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht wegen Abweichungen von den einschlägigen Vorgaben bzw. Unvollständigkeit hätte ausschliessen müssen.

**P.b** Gegen den Zwischenentscheid vom 7. Juli 2016 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 10. August 2016 Beschwerde beim Bundesgericht, welches darauf mit Urteil 2C\_688/2016 vom 12. August 2016 nicht eintrat.

**Q.**

**Q.a** Mit Verfügung vom 20. Juli 2016 wurde in Bezug auf die Behandlung der Rügen betreffend Ausmassreserven und Umlagen festgehalten, dass das Hilfsgutachten, ohne anders lautende Anträge der Parteien, gestützt auf das Honorarangebot der Widmer Ingenieure AG vom 18. April 2016 in Auftrag gegeben werde. Weiter wurde erwogen, dass der zu verrechnende Aufwand des Experten den Beweiskostenvorschuss für das Vorgutachten und das Hauptgutachten von Fr. 20'000.– übersteigt, weshalb ein zusätzlicher Kostenvorschuss von Fr. 40'000.– erhoben werde. Der Experte wurde sodann ersucht, seinen bisherigen Aufwand zu beziffern, wobei eine ent-

sprechende Aufstellung des Experten am 2. August 2016 den Parteien zugestellt wurde. Schliesslich wurde den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gegeben, auf noch nicht behandelte Rügen hinzuweisen.

**Q.b** Mit Eingabe vom 8. August 2016 verzichteten die Beschwerdeführerinnen auf eine Stellungnahme zum Hilfsgutachterauftrag und zum Beweiskostenvorschuss, wiesen indes darauf hin, dass lediglich noch die Rüge der Preisumlagerung im Raum stehe.

**Q.c** Am 9. August 2016 wurden die Beschwerdeführerinnen aufgefordert, einen Beweiskostenvorschuss von Fr. 40'000.– zu leisten.

**Q.d** Mit Verfügung vom 22. September 2016 setzte der Instruktionsrichter Gian Jegher, Dipl. Bauingenieur FH/SIA, als Hilfsgutachter ein, wobei er ermächtigt wurde, Hilfspersonen beizuziehen. Der Experte wurde ersucht, dem Hilfsgutachter die Ausschreibungsunterlagen gemäss Dossier 3, Dossier 11 und die Beilage 30 der Vergabestelle, die Beschwerdebeilage 10 und die Offerten der Beschwerdeführerinnen sowie der Zuschlagsempfängerinnen zur Verfügung zu stellen. Zudem wurden die weiteren beiden Anbieterinnen (D und C) aufgefordert, sich zur Zustellung ihrer Offerten an den Hilfsgutachter zu äussern, wobei Stillschweigen als Zustimmung gewertet werde.

**Q.e** Die Anbieterin C erklärte sich mit Eingabe vom 29. September 2016 mit der Zustellung von Beilagen 11 und 30 von Dossier 3 an den Hilfsgutachter einverstanden. Anbieterin D erhob innert Frist keine Einwände gegen die erwähnte Zustellung. Somit wurden sie dem Hilfsgutachter am 6. Oktober 2016 zugestellt.

**Q.f** Am 26. Oktober 2016 wurde den Verfahrensbeteiligten die Zwischenrechnung des Experten zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 18. November 2016 die Auszahlung von Fr. 25'000.– verfügt wurde.

**Q.g** Der Hilfsgutachter teilte mit elektronischer Mitteilung vom 16. Dezember 2016 den Stand der Bearbeitung des Hilfsgutachtens mit, welche den Parteien übermittelt wurde.

## **R.**

Mit Schreiben vom 24. Januar 2017 wandte sich die Bundesanwaltschaft an das Bundesverwaltungsgericht. Sie ersuchte um Zustellung des Zwi-

schenentscheids vom 7. Juli 2016, welcher – mangels anderslautender Anträge der Verfahrensbeteiligten – der Bundesanwaltschaft am 10. Februar 2017 in nichtanonymisierter Form zugestellt wurde.

## **S.**

**S.a** Am 23. Januar 2017 wurde das Hilfsgutachten vom 18. Januar 2017 in nichtanonymisierter Form der Vergabestelle sowie dem Experten zugestellt. Zudem wurde es gleichentags in anonymisierter Form (Fassung vom 19. Januar 2017) den Beschwerdeführerinnen zugestellt, wobei den Beschwerdeführerinnen sowie der Vergabestelle Frist zur Stellungnahme eingeräumt wurde.

**S.b** Innert erstreckter Frist nahmen die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 9. Februar 2017 zum Hilfsgutachten in der Fassung vom 19. Januar 2017 dahingehend Stellung, dass der Hilfsgutachter zu weiteren Ausführungen bezüglich einzelner Positionen aus dem Leistungsverzeichnis anzuweisen sei. Zudem brachten die Beschwerdeführerinnen vor, dass eine zusätzliche Entschädigung des Hilfsgutachters für die Beantwortung von Ergänzungsfragen nicht angehen könne.

**S.c** Die Vergabestelle nahm mit Eingabe vom 10. Februar 2017 Stellung zum Hilfsgutachten, wobei sie im Wesentlichen beantragte, dass sich das Hilfsgutachten zusätzlich zu den Zahlen der Ausschreibung im Verhältnis zu den festgestellten Abweichungen zu äussern habe.

**S.d** Der Hilfsgutachter wurde am 13. Februar 2017 ersucht, zu den Eingaben vom 10. Februar 2017 Stellung zu nehmen bzw. das Hilfsgutachten gegebenenfalls anzupassen.

**S.e** Mit Verfügung vom 7. März 2017 wurde den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Ergänzungsbegehren der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 gegeben.

**S.f** Die Beschwerdeführerinnen beantragten mit Eingabe vom 9. März 2017, das von der Vergabestelle formulierte Ergänzungsbegehren sei abzuweisen, da die Vergabestelle nicht ausführe, weshalb die von ihr aufgezählten Verhältniszahlen für die weitere Beurteilung der Sache sinnvoll seien.

**S.g** Mit Verfügung vom 10. März 2017 wurde der Antrag der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 auf eine erneute Ergänzung des Hilfsgutachtens abgewiesen.

**S.h** Am 12. April 2017 wurde das inzwischen gemäss Verfügung vom 13. Februar 2017 aktualisierte Hilfsgutachten vom 7. April 2017 den Beschwerdeführerinnen, der Vergabestelle und dem Experten zur freigestellten Stellungnahme zugestellt.

**S.i** Innert erstreckter Frist nahmen die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 8. Mai 2017 Stellung zum aktualisierten Hilfsgutachten, wobei sie hinsichtlich bestimmter Positionen in den Leistungsverzeichnissen Ergänzungen bzw. eine Begründung verlangten.

**S.j** Mit Verfügung vom 10. Mai 2017 wurde der Hilfsgutachter ersucht, zu den Erläuterungsbegehren der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen und, sofern er dies für notwendig erachte, das Hilfsgutachten entsprechend anzupassen, wobei der Auftrag an den Hilfsgutachter mit Verfügung vom 17. Mai 2017 nach Einholung eines neuen Kostendachs bestätigt wurde.

**S.k** Das abermals revidierte Hilfsgutachten in der Fassung vom 30. Mai 2017 wurde den Parteien sowie dem Experten am 15. Juni 2017 zugestellt.

**T.**

**T.a** Der Instruktionsrichter formulierte am 30. Juni 2017 betreffend die Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis einerseits und Ausführungsplänen andererseits bzw. der Bedeutung der festgestellten Reserven und allfällige Indizien für Spekulationen bzw. Umlagerungen Fragen an den Experten, welche den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurden.

**T.b** Mit derselben Verfügung vom 30. Juni 2017 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, zu einer beabsichtigten Umfrage durch das Bundesverwaltungsgericht unter allen Kantonen in den jeweiligen Amtssprachen in Bezug auf die kantonale Praxis zu den Ausmassreserven im Strassen- und Tunnelbau sowie zu den Beträgen für Baustelleninstallationen im Verhältnis zu den Bauleistungen insgesamt Stellung zu nehmen.

**T.c** Die Beschwerdeführerinnen erklärten sich mit Eingabe vom 6. Juli 2017 mit dem Schreiben an die Kantone wie auch mit den vorgeschlagenen Fragen an den Gutachter einverstanden.

**T.d** Die Vergabestelle äusserte sich mit Eingabe vom 10. Juli 2017 dahingehend, dass in erster Linie die Beschwerdeführerinnen anzuhalten seien, die ihrerseits behaupteten kantonalen Vorgaben einzureichen. Aus prozessökonomischen Gründen sei auf eine Umfrage zu verzichten. Die Vergabestelle formulierte keine Einwände in Bezug auf die Fragen an den Gutachter.

**T.e** Am 11. Juli 2017 wurde der auf Wunsch der Beschwerdeführerinnen bezüglich der Betitelung angepasste Entwurf des Schreibens an die Kantone betreffend Gepflogenheiten bezüglich Reserven und Baustelleninstallationen den Parteien, dem Experten sowie dem Hilfgutachter zugestellt. Ausserdem wurde dem Experten die Beantwortung von Fragen einerseits zu den Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis und Ausführungsplänen bzw. der durch die Differenz entstehenden Reserven aufgetragen. Andererseits wurde der Gutachter beauftragt, sich zum prozentualen Anteil der Baustelleneinrichtung an den gesamten Bauleistungen zu äussern.

**T.f** Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 11. Juli 2017 nahmen die Beschwerdeführerinnen Stellung zur Eingabe der Vergabestelle vom 10. Juli 2017.

**T.g** Am 18. Juli 2017 wurde die Umfrage unter den Kantonen zu den üblichen Ausmassreserven sowie den Baustelleninstallationen an alle Schweizer Kantone in den jeweiligen Amtssprachen versandt.

**T.h** Am 14. August 2017 wurde den Verfahrensbeteiligten die Zwischenrechnung des Hilfgutachters zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 5. September 2017 die Auszahlung von Fr. 30'311.70 verfügt wurde.

**T.i** Die Eingaben von 22 Kantonen zur Umfrage vom 30. Juni 2017 zu den üblichen Ausmassreserven sowie den Baustelleninstallationen samt einer Zusammenstellung ebendieser Eingaben wurden den Beschwerdeführerinnen, der Vergabestelle sowie dem Experten mit Verfügung vom 5. September 2017 zugestellt.

**T.j** Am 13. September 2017 wurde die (verspätete) Eingabe des Kantons Wallis vom 12. September 2017 zu den üblichen Ausmassreserven sowie den Baustelleninstallationen den Parteien zugestellt.

## **U.**

**U.a** Mit Eingabe vom 7. September 2017 reichte der Experte das Gutachten vom 6. September 2017 zu den instruktionsrichterlichen Fragen gemäss der Verfügung vom 11. Juli 2017 ein.

**U.b** Mit Verfügung vom 8. September 2017 wurde es den Zuschlagsempfängerinnen freigestellt, zur Offenlegung der Beilagen D1 und D2 des Gutachtens vom 6. September 2017 (Preisanalysen der Zuschlagsempfängerinnen vom 15. Oktober 2014) Stellung zu nehmen bzw. Abdeckungsvorschläge einzureichen, wobei Stillschweigen als Zustimmung zur Zustellung an die Beschwerdeführerinnen gewertet werde.

**U.c** Nachdem die Zuschlagsempfängerinnen in ihren Eingaben vom 18. September 2018 und vom 2. Oktober 2018 die Geheimhaltungsinteressen unterstrichen hatten, erklärten sie sich am 3. Oktober 2017 schliesslich mit einer weitergehenden Offenlegung von Beilagen C (Beurteilung rote Positionen zu Frage 3a), D1 und D2 gemäss instruktionsrichterlichem Vorschlag einverstanden. Dementsprechend konnten diese Dokumente den Beschwerdeführerinnen zugestellt werden.

**U.d** Mit Verfügung vom 3. Oktober 2017 wurde der Experte ersucht, eine Fassung des Gutachtens vom 6. September 2017 einzureichen, bei dem keine Aufschlüsse über die auf die einzelnen Leistungen entfallenden Kosten der Beilagen D1 und D2 ermöglicht werde.

**U.e** Am 20. Oktober 2017 wurde das abermals angepasste Gutachten samt Beilagen A, B und C den Beschwerdeführerinnen sowie der Vergabestelle zur freigestellten Stellungnahme zugestellt.

**U.f** Mit Eingaben vom 17. November 2017 bzw. vom 21. November 2017 nahmen die Beschwerdeführerinnen sowie die Vergabestelle zum Gutachten vom 6. September 2017 in der aktualisierten Fassung Stellung und stellten insbesondere Anträge auf Unterbreitung von Ergänzungsfragen.

**U.g** Am 20. November 2017 sowie am 24. November 2017 nahmen die Parteien zu den jeweiligen Anträgen der Gegenseite Stellung.

**U.h** Mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 stellte die Vergabestelle im Wesentlichen den Antrag, die Ergänzungsanträge der Beschwerdeführerinnen seien abzuweisen.

**V.**

**V.a** Am 24. Januar 2018 wurden dem Experten nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zwei Ergänzungsfragen zur Bedeutung der Verkehrssituation für die Komplexität des Projekts und zur Bedeutung der ausserhalb des Kapitels 113 allenfalls zu berücksichtigenden Baustelleneinrichtungselementen gestellt.

**V.b** Mit Posteingang vom 25. Januar 2018 reichte der Experte eine Aufwandschätzung für die Beantwortung der Ergänzungsfragen ein. Am 15. Februar 2018 reichte der Experte das Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 ein.

**V.c** Die Beschwerdeführerinnen erklärten sich mit Eingabe vom 19. Februar 2018 mit der Offenlegung der Tabellen 1 und 2 zum Ergänzungsgutachten unter Wahrung des Gegenrechts einverstanden. Die Zuschlagsempfängerinnen gaben stillschweigend ihr Einverständnis, weshalb das Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 samt Tabellen am 2. März 2018 an die Parteien zur freigestellten Stellungnahme zum Ergänzungsgutachten sowie zum Beweisergebnis insgesamt versandt wurde.

**V.d** Die Vergabestelle verzichtete mit Eingabe vom 16. März 2018 auf eine Stellungnahme zu den Feststellungen des Experten. Sie betont gleichzeitig ihren Ermessensspielraum, was das auftragsbezogene Festlegen von Reserven betrifft.

**V.e** Innert erstreckter Frist nahmen die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 23. März 2018 zum Ergänzungsgutachten und zum Beweisergebnis insgesamt Stellung. Sie äussern sich einerseits zum Hilfsgutachten und zum Gutachten dahingehend, dass teilweise massiv überschüssende Ausmassreserven von weit über zehn Prozent festgestellt worden seien. Zu den Installationspauschalen sei zu erwähnen, dass der Experte ausführe, dass es zusätzlich zur unzulässig hohen Pauschale gemäss Angebot der Zuschlagsempfängerinnen von 20.7 Prozent noch Installationskosten nach Ausmass gebe, die nicht von der Globale umfasst seien. Die Kantone würden bezüglich der Pauschale von einer Höhe von 10% bis 15% im Verhältnis zur Gesamtsumme ausgehen, wobei selbst der Kanton Wallis von nicht mehr als 20% ausgehe. Schliesslich sei zum Beweisergebnis

festzustellen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen spekulativ sei. Entgegen den Feststellungen des Gutachters sei sehr wohl eine Systematik hinter den Angebotspreisen der Zuschlagsempfängerinnen zu erkennen. Die 50 untersuchten Positionen seien zudem nur als Spitze des Eisbergs zu verstehen, da es mehr als 1'000 Ausmasspositionen gebe.

**V.f** Mit Posteingang vom 3. April 2018 reichte der Experte eine Schlussabrechnung für seinen Aufwand ein, welche den Parteien zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde, wobei Stillschweigen als Verzicht auf Einwände gewertet würde.

**V.g** Die Vergabestelle zeigte sich mit Stellungnahme vom 16. April 2018 mit der Schlussabrechnung des Experten einverstanden. Sie entgegnet jedoch zu den beschwerdeführerischen Ausführungen unter anderem, dass gemäss den Auskünften der Kantone grössere Reserven zugestanden werden bei Sanierungsarbeiten oder geologischen Unsicherheiten. Auf der Stufe Bund gebe es diesbezüglich keine Vorgaben. Die Beschwerdeführerinnen hätten die Untersuchung der 51 Positionen im Leistungsverzeichnis vorgeschlagen, wobei sie erst nach dem Ergebnis des Gutachters daran zweifeln würden, ob dieses repräsentativ für die mehr als 1'000 Ausmasspositionen sei. Diese Argumentation sei nur vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die Schlüsse der Gutachter nicht im Interesse der Beschwerdeführerinnen liegen. Zu den Installationen gebe es in den Kantonen entgegen der beschwerdeführerischen Behauptungen keine Vorgaben in der Höhe von 10 bis 15%. Der Kanton Wallis habe sich zudem nicht vernehmen lassen.

**V.h** Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde mangels anderslautender Anträge am 26. April 2018 die Auszahlung des Restbetrags von Fr. 9'400.– an den Experten verfügt.

**V.i** Mit Eingabe vom 30. April 2018 äusserten sich die Beschwerdeführerinnen zur Eingabe der Vergabestelle vom 16. April 2018 im Wesentlichen dahingehend, dass der Kanton Wallis sehr wohl eine (verspätete) Stellungnahme eingereicht habe, woraus sich ergebe, dass der Gesamtbetrag an Installationen nicht höher als 20% sein dürfe. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle würden die besonderen Bestimmungen gemäss Ausschreibungsunterlagen den Passus "Umlagen von z.B. Lohnkosten auf andere Positionen sind nicht zulässig." enthalten. Ausserdem führe der Umstand, dass es auf Bundesebene keine Vorgaben bezüglich Ausmassreserven

gebe, nicht automatisch dazu, dass nie von einer widerrechtlichen Vergabe gesprochen werden könne.

**V.j** Mit Verfügung vom 1. Mai 2018 wurde der Schriftenwechsel unter Vorbehalt umgehend zu stellender, anders lautender Anträge geschlossen.

**W.**

Auf die dargelegten und auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

### **1.**

**1.1** Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 2.1 mit Hinweisen "Publicom").

**1.2** Auf die Beschwerde vom 11. Dezember 2014 wurde am 30. September 2015 mit selbständig anfechtbarem Zwischenentscheid eingetreten. Im Rahmen desselben Zwischenentscheides hat das Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus erkannt, dass die mit Beschwerde vom 11. Dezember 2014 vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die abweichenden Angaben zwischen Leistungsverzeichnis und Plänen bzw. die Höhe der Ausmassreserven nicht verspätet sind und demnach materiell geprüft werden. Aufgrund des Gutachtens sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen die erhobenen Rügen nicht bereits im Rahmen der Offerteingabe oder gar der Fragerunde hätte vorbringen müssen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.4 "Casermettатunnel").

**1.3** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das Bundesgesetz vom 14. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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 Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **2.**

**2.1** Mit Eingabe vom 8. August 2016 äussern sich die Beschwerdeführerinnen dahingehend, dass als Thema für den vorliegenden Endentscheid nach Durchsicht der Akten einzig noch die Frage der Preisspekulation bzw. der Umlagen als unbehandelte Rüge im Raum stehe. Im Übrigen sind die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, dass die jeweils vorgebrachten Rügen in den bereits ergangenen Zwischenentscheiden abgehandelt wurden. Dies betrifft insbesondere den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 "Casermettатunnel"), mit welchem vor allem

die Bewertungsrügen der Beschwerdeführerinnen gestützt auf das entsprechende Gutachten beurteilt worden sind.

**2.2** Die Beschwerdeführerinnen machen in ihrer Beschwerde vom 11. Dezember 2014 namentlich geltend, dass der Abgleich von Ausführungsplänen und Leistungsverzeichnis deutliche Abweichungen zeige. Der Mengenvergleich zwischen den Angaben gemäss dem Leistungsverzeichnis und den Angaben in den Ausführungsplänen divergiere massiv. Diesbezüglich sei ein Gutachten in Auftrag zu geben, das die Abweichungen der Vorausmasse bezogen auf die Ausführungspläne aufzeige und bewerte, welche Abweichungen als in der Toleranz zu sehen seien und ob die Toleranz vorliegend eingehalten sei (Beschwerde, Rz. 26). Damit wird die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsunterlagen gerügt (Beschwerde, Rz. 67). Beanstandet wird indessen nicht nur der Umstand, dass durch das Vorgehen der Vergabestelle Umlagen von einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses auf andere möglich sind (Beschwerde, Rz. 28). Vielmehr wird auch gerügt, die tiefe Offertsumme der Zuschlagsempfängerinnen könne einzig auf dem Ausnützen von falschen Mengenangaben im Leistungsverzeichnis beruhen. Den unumstösslichen Hinweis darauf gebe das Verhältnis zwischen den offerierten Preisen für die Baustelleninstallation gegenüber den konkreten Bauarbeiten (Beschwerde, Rz. 75). Die Praxis der gerichtlichen Instanzen des Kantons Wallis gehe dahin, dass Baustelleninstallationen maximal 15% der Bauleistungen ausmachen dürften, was überschritten worden sei. Angesichts der hier vorliegenden Verhältnisse zwischen Baustelleninstallationen und Baustelleneinrichtungen springe ins Auge, dass Umlagen gemacht worden seien (Beschwerde, Rz. 67 ff.).

**2.3** Aus der Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 8. August 2016 in Verbindung mit der Beschwerde vom 11. Dezember 2014 ergibt sich, dass das Thema der Preisspekulation bzw. der Umlagen beschränkt ist, wobei es sich um zwei separate Rügen handelt:

Zum einen wird beanstandet, dass das Leistungsverzeichnis nicht vollständig und klar gewesen sei, da die Vorausmasse nur ungenügend bestimmt worden seien. Die vorgesehenen Reserven seien zu hoch. Eine solche Vergabe sei rechtswidrig, da sie Umlagerungen ermögliche. Eine reeller Offertvergleich sei so nicht möglich, was sowohl das Transparenzgebot als auch das Gleichbehandlungsgebot verletze (Beschwerde, Rz. 67 ff.).

Zum anderen wird gerügt, dass im Rahmen der Offertstellung durch die Zuschlagsempfängerinnen tatsächlich eine verbotene spekulative Umlagerung stattgefunden habe. Mit Eingabe vom 8. September 2015 präzisieren die Beschwerdeführerinnen ihre Stellungnahme dahingehend, dass sich die Spekulation namentlich am Missverhältnis zwischen den Gesamtkosten für die Baustelleninstallation zu den reinen Bauleistungen gemäss dem Leistungsverzeichnis auf Seiten der Zuschlagsempfängerinnen zeige. Dort lasse sich die Spekulation ablesen (Stellungnahme vom 8. September 2015, Rz. 8 f.).

Nach dem soeben Gesagten erscheint es sachgerecht, zunächst die Rechtmässigkeit des Leistungsverzeichnisses an sich zu prüfen und dann unter Berücksichtigung der Pauschale für die Baustelleninstallationskosten auf die Frage einzugehen, ob es Indizien für unzulässige Umlagerungen gibt, welche die Vergabestelle hätten veranlassen müssen, die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen auszuschliessen. Einem allfälligen Ausschluss wegen unzulässiger Umlagen steht auch der Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 "Casermettatunnel" nicht entgegen. Mit diesem hat das Gericht festgestellt, dass die Vergabestelle die Offerte der Zuschlagsempfängerinnen nicht wegen Abweichungen von den einschlägigen Vorgaben bzw. Unvollständigkeit hätte ausschliessen müssen. Gerügt war die Unvollständigkeit des Bauprogramms und die in diesem Zusammenhang in Frage stehenden Vorgaben beziehen sich auf technische Rahmenbedingungen.

### **3.**

**3.1** Im Folgenden ist demnach die erste Rüge der Beschwerdeführerinnen zu behandeln, wonach die Ausschreibungsunterlagen und der Leistungsbeschreibung nicht klar und vollständig seien und damit ein Verstoss insbesondere gegen das Transparenzgebot vorliege bzw. dass Mängel in den Ausschreibungsunterlagen Umlagerungen erst ermöglicht hätten (Beschwerde, Rz. 72).

**3.1.1** Die Beschwerdeführerinnen führen im Rahmen der bereits zu ihren Gunsten beurteilten Frage, ob ihre Rüge im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags noch zu hören ist, aus, im vorliegenden Fall sei in Bezug auf die Abweichungen der Ausmasse bzw. der Reserven gemäss Ausschreibungsunterlagen von den Ausführungsplänen von einer schweren Missachtung des Transparenzgebots auszugehen (Stellungnahme vom 16. April 2015, Rz. 7). Die Rechtsprechung besage, dass die Ausschreibungsunterlagen

vollständig und klar sein müssten. Jede anbietende Unternehmung solle wissen, welche Leistung zu erbringen sei. Ebenso müsse sie sich darauf verlassen können, dass die Vergabeinstanz nicht einen Auftrag ver gebe, der vom Ausgeschriebenen abweiche. Eine mangelhafte Ausschreibung, bei der die Leistungsverzeichnisse nicht mit den Ausführungsplänen übereinstimmen, führe zu Intransparenz. Da die gerügten Mängel zugleich einen sachgerechten Offertvergleich verunmöglichen würden, führe dies zugleich zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Beschwerde, Rz. 74).

**3.1.2** Dagegen führt die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 19. Januar 2015 an, vorliegend seien – wie bei anderen Bauwerken – in den Leistungspositionen die Mengen mit einem üblichen Zuschlag von 10 Prozent Reserve gemäss den Plänen berechnet worden. Bei einer Sanierung werde aber an bestehenden Bauwerken gearbeitet. Im vorliegenden Streckenabschnitt handle es sich um Bauwerke aus den 60er bis 90er Jahren, d.h. die Dokumentation des Ist-Zustandes anhand von alten Plänen etc. sei erfahrungsgemäss oft unvollständig bzw. es könnten Abweichungen vom Ist-Zustand bestehen. Überprüfungen des Ist-Zustands könnten nur punktuell zum Beispiel mittels Sondierbohrungen vorgenommen werden. Somit bleibe ein gewisses Risiko bestehen, dass Bauwerksdimensionen (z.B. Wandstärken bei Gallerierückwänden zum Fels, Tunnelgewölbe, Fahrbahnaufbauten) in Realität anders aussehen als auf alten Plänen dargestellt. Aus Erfahrung bei vergleichbaren Bauwerken am Simplon seien bei einigen Vorausmassen im Leistungsverzeichnis die Mengen erhöht bzw. es hätten vom Planer teilweise Annahmen für denen Berechnung getroffen werden müssen. Diese Vorgehensweise sei absolut notwendig und üblich, um nicht bei der Ausführung mit erheblichen Mehrmengen bzw. Nachträgen konfrontiert zu werden (Stellungnahme vom 19. Januar 2015, Rz. 28).

**3.1.3** Die Beschwerdeführerinnen äussern sich mit Stellungnahme vom 28. Januar 2015 dahingehend, dass entgegen der Darstellung der Vergabestelle Reserven von 5% üblich seien. Dagegen seien Reserven von 10% nicht üblich. Die massiven Reserven von 50% bis 5000% würden sich unter anderem aus Beschwerdebeilage 10 (Mengenvergleich Devis/Plan vom 10. Dezember 2014) ergeben. Klarheit werde nur ein Gutachten bringen (Stellungnahme vom 28. Januar 2015, Rz. 16.2).

**3.1.4** Die Vergabestelle reagiert darauf mit Eingabe vom 5. Februar 2015 bzw. der Aussage, wonach die Konsequenz aus einem unvollständigen

oder gar fehlerhaften Devis grundsätzlich die Vergabebehörde trage, weshalb es üblich sei, entsprechende Reserven einzubauen. Gemäss dem Teil der Ausschreibungsunterlagen bildenden Vertragsentwurf (Ziffer 2.4.3) sei zwischen den Parteien die SIA-Norm 118 anwendbar. In Art. 5 i.V.m. Art. 86 der SIA-Norm 118 werde zum Ausdruck gebracht, dass die Ausschreibung ein hinreichend klares Projekt voraussetze und die vereinbarten Einheitspreise bei allfälligen Bestellungenänderungen von plus oder minus 20% für die gesamte Menge massgebend seien. Die Einrechnung von Reserven und Optionen schütze auch die Anbieter, indem ihnen bei Bestellungenänderungen die vereinbarten Einheitspreise zugesichert seien (Stellungnahme vom 5. Februar 2015, Rz. 15. f.). Bei einem Sanierungsprojekt seien 10% Reserven durchaus üblich. Im Gegensatz zu einem Neubauprojekt lasse sich bei der Sanierung von älteren Bauwerken nicht die gleichen Genauigkeiten bei der Ermittlung der Vorausmasse erreichen. Es sei zudem eine Frage der Ausschreibungsphilosophie der Vergabestelle, ob die Reserven knapp gehalten und später mit Nachträgen gerechnet werden soll oder ob etwas höhere Reserven eingerechnet werden sollen, um späteren Abweichungen gegen oben vorzubeugen (Stellungnahme vom 5. Februar 2015, Rz. 19).

**3.2** Die Vergabebehörde hat den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen zu umschreiben (Art. XII Ziff. 2 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 382). Das bedeutet zunächst, dass die Anforderungen an die geforderte Leistung in hinreichender und Ausführlichkeit beschreiben werden (Art. 16a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Dabei hängt der Präzisions- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes jeweils von der Art des zu vergebenden Auftrages ab (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung I"). Nach Art. 18 Abs. 1 Bst. b VöB müssen die Ausschreibungsunterlagen einen umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder - wie im vorliegenden Fall - ein detailliertes Leistungsverzeichnis enthalten. Es bestimmt unmittelbar den Inhalt des mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessenden Vertrages; ein davon abweichender Vertragsinhalt darf nicht vereinbart werden. Folglich bildet das Leistungsverzeichnis ein Kernelement der Ausschreibung (Urteil des BVGer

B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 9.3.2 "Verkehrsingenieur Effretikon - Ohringen"). Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten. Publikationstransparenz besteht, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise die Parameter von Leistung und Verfahren bekanntgibt (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"; Zwischenentscheid des BVGer B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.3.2 "Gotthard Passstrasse"; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 25, 44 ff.). Dabei ist der zu erwartende Bedarf zu berücksichtigen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2011.00321 vom 28. September 2011 E. 5.2). Andernfalls kann namentlich die Vergleichbarkeit der Offerten beeinträchtigt sein. Die Klarheit und Vollständigkeit trägt insbesondere zur Vergleichbarkeit der Angebote bei (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 383 mit Hinweis auf die Materialien zur VöB-Revision vom 18. November 2009).

**3.3** Grundlage für die Offertstellung waren im vorliegenden Fall die mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebenen Leistungsverzeichnisse, nach welchen die Anbietenden für die Mehrzahl der Teilleistungen Einheitspreise zu offerieren hatten, das heisst Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Dabei ist die erwartete Menge der Einheiten gemäss Leistungsverzeichnis nicht verbindlich, sondern die geschuldete Vergütung ergibt sich erst aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 [2013]; Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.1 mit Hinweisen "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"). Vorliegend stellte die Vergabestelle den Anbietern ein äusserst umfangreiches Leistungsverzeichnis (LV1 und LV2) zur Verfügung. Aufgrund des aufwendigen Vergleichs von den Plänen mit den Ausmassen des Leistungsverzeichnisses bzw. der von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten 51 Positionen wurde zur Unterstützung des Gutachters ein Hilfgutachten eingeholt.

#### **4.**

**4.1** Art. 12 lit. e VwVG sieht als Beweismittel unter anderem Gutachten von Sachverständigen vor (vgl. dazu Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]). Mit solchen Expertisen wird gestützt auf besondere Sachkenntnis Bericht über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung erstattet

(BGE 132 II 257 E. 4.4.1; Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.6 "trattamento acque Monte Ceneri"). Dem Sachverständigen sind bloss Sach- und keine Rechtsfragen zu unterbreiten; die Beantwortung Letzterer obliegt zwingend dem Gericht (BGE 130 I 337 E. 5.4.1). Des Weiteren darf das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.4 "Casermettatunnel"). Ein Abweichen ist zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens und wird dennoch keine ergänzende Abklärung angeordnet, kann sich dies als rechtswidrig erweisen (vgl. BGE 130 I 337 E. 5.4.2). Im Rahmen eines Gutachtens von Sachverständigen bestehen verschiedene Parteirechte: Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen vorzubringen sowie sich zu den Fragen an diesen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 bzw. 57 Abs. 2 BZP). Nach Erstattung des Gutachtens ist ihnen Gelegenheit zu geben, Erläuterung und Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 BZP; vgl. dazu das Urteil des BVGer A-7097/2013 vom 25. Juni 2015 E. 8.3.1; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 5.4 "Casermettatunnel").

## **4.2**

**4.2.1** Mit Verfügung vom 22. September 2016 setzte der Instruktionsrichter Gian Jegher, Dipl. Bauingenieur FH/SIA, als Hilfsgutachter ein, wobei er ermächtigt wurde, Hilfspersonen beizuziehen. Dagegen wurden keine Einwände erhoben. Der Hilfsgutachter wurde mit der Erstellung eines Hilfsgutachtens basierend auf seiner Offerte vom 23. Dezember 2015 bzw. vom 18. April 2016 beauftragt. Dieses beinhaltet einerseits den Vergleich von Plänen und Ausmassen der seitens der Beschwerdeführerinnen beanstandeten Positionen gemäss Beschwerdebeilage 10. Andererseits werden die Offertpreise aller vier Anbieterinnen zu diesen Positionen verglichen. Nachdem die Parteien zum Beweisergebnis Stellung genommen hatten, wurde der Hilfsgutachter ersucht, zu den gestellten Präzisierungs- bzw. Ergänzungsbegehren Stellung zu nehmen und das Hilfsgutachten entsprechend anzupassen bzw. zu präzisieren, wobei die Ergänzungsanträge der Vergabestelle abgewiesen wurden. Den Parteien wurde schliesslich das ergänzte Hilfsgutachten vom 7. April 2017 zur freigestellten Stellungnahme zugestellt, wobei die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 8. Mai 2017

innert erstreckter Frist teilweise neue Präzisierungen beantragten. Sie machen namentlich geltend, dass in einzelnen der untersuchten Positionen noch grössere Differenzen zwischen Vorausmass und Leistungsverzeichnissen bestehen würden. Dem Hilfsgutachter wurde mit Instruktionsverfügung vom 10. Mai 2017 freigestellt, das Hilfsgutachten soweit notwendig anzupassen. Auch zur Ergänzung des Hilfsgutachtens vom 30. Mai 2017 erhielten die Parteien mit Verfügung vom 20. Oktober 2017 Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon sie jedoch keinen Gebrauch machten.

**4.2.2** Als Basis für die Beurteilung der Frage, ob die Vergabestelle mit überhöhten Reserven gearbeitet hat, dient der Vergleich von Plänen und Ausmassen in Bezug auf die von den Beschwerdeführerinnen beanstandeten Positionen im Leistungsverzeichnis gemäss Beschwerdebeilage 10. Die Beschwerdeführerinnen sprechen diesbezüglich von einer "Fleissarbeit" (Eingabe vom 9. Februar 2017, Rz. 4). Auf Anregung des Gutachters hin ist dem Hilfsgutachter zusätzlich die Aufgabe gestellt worden zu beurteilen, ob auffällige (nicht nachvollziehbare) Reserven in den Ausmassen vorhanden sind. Im Folgenden gilt es zunächst, die Ergebnisse des Hilfsgutachtens zu plausibilisieren. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der Gutachter auftragsgemäss ebenfalls Aussagen zur Plausibilität des Hilfsgutachtens macht, die in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen sind (vgl. E. 5.1.1 hiernach).

**4.2.3** Der Hilfsgutachter hält zusammenfassend fest (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017, Ziff. 4.1 "Allgemeines"), dass die Submissionspläne detailliert ausgearbeitet sind und es in den meisten Fällen erlauben würden, die Vorausmasse zuverlässig zu bestimmen. Der Vergleich zwischen Vorausmass laut Leistungsverzeichnis und Vorausmass gemäss Plänen sei somit in den meisten Fällen möglich. Es sei festzustellen, dass teilweise beträchtliche Reserven einberechnet worden seien. In 30 der 49 (recte: 51) untersuchten Positionen einschliesslich von Subpositionen seien Reserven von 30% und mehr eingerechnet worden, namentlich in den folgenden Positionen:

- Provisorische Beläge und Belagsfräsen mit Folgepositionen
- Aufbruch von Kiessand-Fundationsschichten sowie Lieferung und Einbau von KS
- Betonabträge
- Felsabbau und Folgepositionen
- Sicherungsmittel wie Selbstbohranker und Einbaustahl

**4.2.4** Die Vergabestelle stimmt den Schlussfolgerungen des Hilfsgutachters grundsätzlich zu (Stellungnahme vom 10. Februar 2017). Im Folgenden ist auf die umstrittenen Positionen einzugehen, die im Hilfsgutachten mit Blick auf überhöhte Reserven untersucht wurden (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017, Ziff. 4.2 "Kommentar zu einzelnen Positionen"). Diese Positionen und Subpositionen im Leistungsverzeichnis beruhen auf dem Normpositionenkatalog (NPK) der CRB (Schweizerische Zentralstelle für Baurationalisierung).

### **4.3 Umstellung der New-Jersey-Leitschranken**

**4.3.1** Der Hilfsgutachter führt zu den Umstellungen der New-Jersey-Leitschranken aus, dass je eine Umstellung pro Bauetappe vorgesehen sei (Abschluss der Instandsetzung der ersten Spur). Die Summe der Umstellungen ergebe 1'630 m. Die Reserve betrage 96% (Beilage 1 zum Hilfsgutachten in der Fassung vom 19. Januar 2017 zur NPK-Position 113.252.201).

**4.3.2** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass der Hilfsgutachter einen Denkfehler begehe. Die Gesamtlänge der Baustelle betrage 1'905 m. Die grösste Einzeletappe sei mit 622 m verzeichnet. Es könne folglich nicht sein, dass eine Länge von 1'630 m geboten wäre. Vielmehr zeige sich:  $1'905 \text{ m} - 622 \text{ m} = 1'283 \text{ m}$ . Dies sei die Summe der Umstellungen, die zu weit höheren Reserven führe, als durch den Hilfsgutachter verzeichnet. Beim Seitenwechsel linke/rechte Fahrbahn sei zudem keine Vergütung zu leisten (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 113.252.201).

**4.3.3** Die Vergabestelle entgegnet, dass die New Jersey-Leitschranken, wie im Hilfsgutachten richtig festgestellt, jeweils zu Beginn einer Bauperiode umgestellt würden. Gemäss der Ausschreibung sei in NPK-Position 113.252.201 nur der Wechsel der Längsrichtung zu vergüten. Der Wechsel linke/rechte Fahrbahn sei einzurechnen. Daraus resultiere ein theoretisches Vorausmass von 1'630 m. Das Vorausmass sei wegen längerem Winterunterbruch, der exponierten Lage, Anpassungen während der Bauperioden sowie im Falle einer Sperrung der Gotthard-Achse und Umleitung über den Simplon auf 3'200 m erhöht worden (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zu NPK-Position 113.252.113 und mit Bezug auf NPK-Position 113.252.201).

**4.3.4** Der Hilfgutachter präzisiert, dass in den Unterlagen offenbar vier Umstellungen der vorzuhaltenden 800 m Leitschranken erfolgt und somit offenbar 3'200 m einberechnet seien. Es gebe indessen nur eine Umstellung, jeweils beim Wechsel der Baustelle zum Arbeitsbeginn im neuen Baujahr. Über die ganze Baustelle ergäbe dies 1'577 m statt 3'200 m, bestehend aus 569 m, 619 m und 389 m. Die vom ASTRA begründete Reserve (zur Abdeckung von witterungsbedingten zusätzlichen Etappen) sei sachlich plausibel, aber mit etwa 100% zu hoch (Hilfgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 zur NPK-Position 113.252.113 und Beilage 1 zu NPK-Position 113.252.201).

**4.3.5** Wie der Hilfgutachter zu Recht ausführt, sind vier Umstellungen der Leitschranken eingerechnet. Auch die Vergabestelle stimmt den Ausführungen des Hilfgutachters diesbezüglich zu, dass Reserve für die oben erwähnte NPK-Position um 100% zu hoch berechnet wurde, nämlich 3'200 m statt 1'630 m. Allerdings lasse sich dies durch eine allfällige Sperrung der Gotthard-Achse, durch einen längeren Winterunterbruch, durch erhöhte Risiken infolge extremer Wetterereignisse sowie aus Platzgründen erklären (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zu NPK-Position 113.252.113). Der Hilfgutachter korrigiert das Vorausmass - beziehend auf die Beilagen der Ausschreibung (Dossier 3, D09-01 und D09-02) - mit dem Hilfgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 auf 1'577 m statt 1'630 m. Bei der von der Vergabestelle geltend gemachten Sperrung der Gotthard-Achse handelt es sich um ein äusserst seltenes Ereignis. Damit ist es nachvollziehbar, dass der Hilfgutachter aufgrund seiner Expertise eine Reserve von 100% angenommen hat. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch der Experte auf Ergänzungsfrage 1 zum Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 bestätigt hat, dass eine Sanierung unter Verkehr keinen Einfluss auf die Reserven habe (vgl. E. 5.1.6 hiernach). Die Vergabestelle macht diesbezüglich jedenfalls keine triftigen Gründe geltend, inwiefern eine allfällige Sperrung der Gotthard-Achse, kalte Winter sowie das Bauen unter Verkehr für sich genommen höhere Reserven rechtfertigen würden.

#### **4.4 Aufbruch KS-Fundationsschicht**

**4.4.1** Die Beschwerdeführerinnen reichen mit Eingabe vom 9. Februar 2017 in Beilage 1.1 ausführliche Berechnungen zum Vorausmass unter der NPK-Position 117.219.111 ein. Das Vorausmass betrage 5'462.45 m<sup>3</sup>, was zu einer Reserve von 136% führe. Betreffend die Sand- und Kiesschichten gehe das Hilfgutachten von einer durchschnittlichen Stärke zu 80 cm aus.

Die Pläne würden jedoch die Tiefen exakt angeben. Es könne nicht angehen, dass von einem Durchschnittsmass ausgegangen werde. Dies führe zu einem verfälschten Bild (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 117.219.111). Die NPK-Position 117.811.003 stehe in Verbindung zur Position NPK 117.219.111. Da ein falsches Total an Kies- und Sandmasse ermittelt worden sei, sei auch die erwähnte Position zu korrigieren (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 117.811.003). Betreffend der NPK-Position 117.811.006 gehe der Hilfsgutachter von einer durchschnittlichen Stärke von 20 cm aus. Die Pläne würden faktisch teilweise 4 cm bzw. 10 cm zeigen. Die einschlägigen Flächenmasse würden sich aus NPK-Position 117.213.206 entnehmen lassen, was zu einer markant veränderten Reserve führe (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 117.811.006). Auch in Bezug auf die NPK-Positionen 117.822.211 und 117.831.111 bestehe ein Zusammenhang zu NPK-Position 117.219.111, was zu markanten Reserven führe (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 117.822.211 und 117.831.111). Zu den NPK-Positionen 117.822.214 und 117.831.114 meinen die Beschwerdeführerinnen, dass sich die Reserve auf die NPK-Positionen 117.213.206 bzw. 117.811.006 beziehe und sich damit die gleichen Reserven zeigen würden (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 117.822.214 und 117.831.114).

**4.4.2** Der Hilfsgutachter führt in Beilage 1 auf Seite 2 zum Hilfsgutachten vom 7. April 2017 aus, dass er das theoretische, nach Plan ermittelte Ausmass geprüft habe. Abgesehen von unwesentlichen Abweichungen, sei er damit einverstanden. Das Vorausmass betrage 5'721 m<sup>3</sup> und die Reserve somit 136% (Hilfsgutachten vom 7. April 2017 zur NPK-Position 117.219.111).

**4.4.3** Der Hilfsgutachter hat die Einwände bzw. die ausführlichen Berechnungen der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt und für nachvollziehbar erachtet. Die Vergabestelle hat sich nicht zu dieser Position bzw. zu den entsprechend zusammengehörenden Unterpositionen geäußert. Es gibt keine Gründe, um von den Feststellungen des Hilfsgutachters abzuweichen.

#### **4.5 Bitumenbelag abberechnen**

**4.5.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass der Hilfsgutachter betreffend den Bitumenbelag die ganze Strassenbreite als massgeblich annehme. Deshalb sei der Wert für die Breite zu gross, weil die Breite der Bankette in NPK-Position 117.214.241 gesondert vermerkt sei (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu NPK-Position 117.213.206). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen beträgt die Breite gemäss Plan 7 m und die Länge 19 m, was zu 133 m<sup>2</sup> anstelle der in den Hilfsgutachten erwähnten 143 bzw. 343 m<sup>2</sup> führe. Die Reserve würde dadurch grösser als die neu durch den Hilfsgutachter ausgewiesenen 62% (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 117.213.206).

Bezüglich der Bereiche "Tunnelportal Casermettatunnel" und "Casermettatunnel" beachte der Hilfsgutachter nicht, dass es sich nicht um Bitumen-, sondern um Betonbelag handle. Der Beton sei von den Massen der Bitumen in Abzug zu bringen, da die Betonausmasse in NPK-Position 117.219.211 zu finden seien (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu NPK-Position 117.213.206).

**4.5.2** Der Hilfsgutachter führt dazu aus, dass die grosse Differenz daher komme, dass im Casermettatunnel und in der Alpjengalerie 2a ein Betonbelag eingebaut sei, was im Vorausmass nicht erkannt worden sei (Hilfsgutachten vom 7. April 2017 zur NPK-Position 117.213.206). Gemäss technischem Bericht Trasse / Umwelt, Seite 28, werde der Belag auf der gesamten Fläche ersetzt. Es seien 30 m offenes Trasse vor der Hohstegbrücke einberechnet worden, was 49 m anstelle von 19 m ergebe. Lasse man diese 30 m weg, so erhöhe sich die Reserve von 62% auf 65% (Hilfsgutachten in der Fassung vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 117.213.206).

**4.5.3** Der Hilfsgutachter hat vorliegend die Einwände der Beschwerdeführerinnen zur unterschiedlichen Länge bzw. Breite mehrheitlich berücksichtigt. Die einschlägige Länge ergibt sich im Übrigen auch aus dem technischen Bericht Trasse / Umwelt, S. 28. Es gibt diesbezüglich keine triftigen Gründe für ein Abweichen vom Hilfsgutachten. Die Frage, ob die 30 m offenes Trasse ebenfalls berücksichtigt werden müssten, kann offenbleiben, da eine Differenz von 3% bei der geringen Bedeutung dieser Position im Vergleich zum Gesamtauftrag am Ergebnis nichts zu ändern vermag (vgl. E. 4.17 hiernach).

## **4.6 Betonabtrag für Gerbergelenke**

**4.6.1** Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen geht der Hilfsgutachter von einer falschen Annahme aus. Der Betonabtrag betrage statt "d = 250 mm" nur "d = 200 mm". Die Reserve verändere sich markant (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 131.422.517). Der Wert d = 40 mm würde nur in ganz wenigen Fällen zum Tragen kommen. Hingegen sei der Wert "d = 300 mm" verbreitet anzutreffen. Die Reserve ändere sich folglich markant (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 131.422.527). Zu den NPK-Positionen 131.422.517 und .527 stehe im Hilfsgutachten, dass die Betonabtragsflächen zu hoch berechnet worden seien. Der Hilfsgutachter vermerke am Schluss, dass erfahrungsgemäss der Instandsetzungsbedarf eher grösser sei, was einen Widerspruch darstelle (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 131.422.517 und .527).

**4.6.2** Der Hilfsgutachter stellt fest, dass die Betonabtragsflächen lediglich theoretisch zu hoch seien. Es sei richtig einen Zuschlag zu machen, da der effektive Zustand des Betons erst beim Abtrag richtig erkannt werden könne. Damit seien die Reserven gerechtfertigt. Die Abtragstiefe habe keinen Einfluss auf das Ausmass, da sie in m<sup>2</sup> definiert sei. Dagegen hätten sie auf die Preiskalkulation einen entscheidenden Einfluss (Hilfsgutachten vom 7. April 2017 zur NPK-Position 131.422.517 und .527).

**4.6.3** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen, dass sich die Ausführungen des Hilfsgutachters, wonach der effektive Betonzustand entscheidend sei, nicht mit der Ausschreibung decken würden. Vorgesehen sei, dass die beweglichen Gerbergelenke zusammenbetoniert werden. Es gehe nicht um eine Betonsanierung. Im Plan sei zu erkennen, dass die genannten Gerbergelenke bloss auf die Tiefe von d = 200 mm ausgeführt sind. Deshalb komme es für die Tiefe von d = 250 mm (Abstufung für jeweils 25 mm nach NPK) zu einem Nachtrag. Damit handle es nicht um 17%, sondern es gehe eher um 100% Reserven (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 131.422.517). Bei NPK-Position 131.422.527 begehe der Hilfsgutachter den gleichen Denkfehler. Es sei nicht "d bis 400 mm" ausgeschrieben, sondern "d = 400 mm". Die Pläne würden aber zeigen, dass überwiegend das Mass von "d = 300 mm" gegeben sei (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 131.422.527).

**4.6.4** Der Hilfgutachter führt aus, dass die Betonabtragsflächen bei den Gerbergelenken beim Teilobjekt Casermettagalerie bei den vertikalen Flächen um 65% und bei den horizontalen Flächen um 52% zu hoch seien. Der Projektverfasser habe für die vertikalen bzw. horizontalen Gerbergelenke nur je eine Position ausgeschrieben. Die Absicht des Projektverfassers sei klar, dass alle Tiefen in diese Positionen einzurechnen seien. Es treffe zu, dass nach NPK für verschiedene Abtragstiefen verschiedene Unterpositionen ausgeschrieben werden müssten. Sollte es zu Nachtragspreisen kommen, wären diese gestützt auf Preisanalysen zu ermitteln. Phantasiepreise würden damit nicht akzeptiert. Der Ansatz der Beschwerdeführerinnen, die Massen, die nach NPK unter einer Unterposition abzurechnen wären, bei der Beurteilung der Richtigkeit des Vorausmasses auszublenden, sei nicht haltbar (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 zu den NPK-Positionen 131.422.517 und .527).

**4.6.5** Der Hilfgutachter stimmt demnach den Beschwerdeführerinnen dahingehend zu, dass verschiedene Unterpositionen zu Unrecht nicht im Leistungsverzeichnis aufgeführt worden seien, da nur eine Abtragstiefe vorgesehen sei. Es ist jedoch - wie der Hilfsexperte ausführt - schlüssig, dass alle Unterpositionen für die Beurteilung des Vorausmasses von Bedeutung sind, auch wenn nur eine Position im Leistungsverzeichnis angegeben wurde. Ansonsten würde sich offensichtlich ein verfälschtes Bild ergeben, da einige Unterpositionen beim Vergleich schlicht unberücksichtigt blieben. Deshalb kann den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, soweit sie geltend machen, dass infolge der Ausschreibung von jeweils nur einer Abtragstiefe alle anderen Unterpositionen bei der Beurteilung der Richtigkeit des Vorausmasses ausgeblendet werden müssten.

#### **4.7 Betonabtrag für vertikale Flächen**

**4.7.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass der Hilfgutachter von einer falschen Annahme ausgehe, indem er die Flächen in den Galerien als durchgehend betrachte und die Betonstützen nicht ausnehme. Die Stützen seien in einer gesonderten Position des Leistungsverzeichnisses vermerkt. Sinngemäss gelte gleiches betreffend den Dachrand (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 131.422.803). Der Hilfgutachter würde 642 m<sup>2</sup> statt 6'950 m<sup>2</sup> gemäss Vorausmass messen. Dies stelle eine Abweichung von 962% dar. Der Hilfgutachter führe aus, dass die genannte Abtragstiefe gar nicht vorkomme. Deshalb müsse ein Nachtrag erfolgen, nämlich für den Abtrag "< 10 m<sup>2</sup> statt

für > 10 m<sup>2</sup> (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 131.422.803).

**4.7.2** Laut dem Hilfsgutachter ist die NPK-Position 131.422.803 für den grössten Teil der projektierten Betonabträge nicht zutreffend. Entweder seien die Abtragstiefen oder aber die Einzelflächen kleiner. Die Aussage der Beschwerdeführerinnen, dass es Nachtragspositionen gebe, sei demnach zutreffend (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 131.422.803). Der Hilfsgutachter hat die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen, dass es Nachtragspositionen geben werde, bestätigt. Es gibt keine Gründe davon abzuweichen.

#### **4.8 Bitumenbeläge fräsen**

**4.8.1** Die Vergabestelle meint, dass die Entwässerung über Schlitzrinnen und Einlaufschächte erfolge, d.h. es müsse jeweils über die gesamte Baustellenbreite der provisorische Deckbelag eingebaut und dementsprechend wieder abgefräst werden, auch wenn der Hilfsgutachter ausführe, dass lediglich die Anrampungen und ein schmaler Mittelstreifen zu fräsen seien. Der Einbau der definitiven Deckbeläge erfolge allenfalls nach einem mehrmonatigen Unterbruch, wobei der Verkehr auf einem provisorischen Belag geführt werde. Aus diesem Grund seien zwei Fräsvorgänge über die gesamte Fläche anzunehmen, um die Beläge zurückzubauen. Die definitiven Beläge sollen nach Ansicht der Vergabestelle erst am Schluss eingebaut werden, damit möglichst wenig Flicker entstünden. Dies sei im Hilfsgutachten zu berücksichtigen. Es würden analog die Überlegungen zu NPK-Position 113.252.113 gelten (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zur NPK-Position 223.213.112).

**4.8.2** Zur Entwässerung der Fahrbahn führt der Hilfsgutachter aus, dass diese teilweise über Schlitzrinne und im Übrigen über Einlaufschächte am tieferliegenden Fahrbahnrand erfolge (Beilage 1 zum Hilfsgutachten vom 7. April 2017, S. 8 zur NPK-Position 223.213.112). Die grosse Differenz komme daher, dass im Vorausmass eine vollflächige Binderschicht und ein vollflächiger Deckbelag eingerechnet seien, die provisorisch eingebaut und anschliessend abgefräst werden müssen. Der Hilfsgutachter hebt hervor, dass die Ansicht der Vergabestelle, wonach die gesamte Binderschicht ersetzt werden müsse, als zu pessimistisch erscheine (Hilfsgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 zur NPK-Position 223.213.112, S. 5).

**4.8.3** In Bezug auf diese NPK-Position äussern sich die Beschwerdeführerinnen dahingehend, dass der Hilfsgutachter im ersten Hilfsgutachten ausgeführt habe, es bestehe eine Reserve von 1'514%, wobei zu fragen sei, ob er daran festhalten werde (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 223.213.112).

**4.8.4** Aufgrund des beschwerdeführerischen Vorbringens vom 8. Mai 2017, präzisiert der Hilfsgutachter mit Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 seine Einschätzung zu den Reserven. Die Feststellung, dass die Annahmen der Vergabestelle zu pessimistisch seien, würde diejenige vom 16. Januar 2018 (recte: 18. Januar 2017 und in der Fassung vom 19. Januar 2017) ersetzen. In Beilage 1.1 führt der Hilfsgutachter zudem aus, dass die Fahrbahnfläche theoretisch 14'220 m<sup>2</sup> betrage. Bei Einbau einer ganzflächigen, provisorischen Binderschicht, welche nicht aus den Submissionsunterlagen ersichtlich sei, würde sich die Fläche auf ein theoretisches Ausmass von 28'440 m<sup>2</sup> verdoppeln. Die Reserve liege somit zwischen 37% und 173% (Beilage 1 zum Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 auf S. 8 zur NPK-Position 223.213.112).

**4.8.5** Der Hilfsgutachter hat die Einwände der Parteien sowohl zur Entwässerung als auch zur Grösse der Reserven berücksichtigt und hat das Vorausmass von ursprünglich 2'408 m<sup>2</sup> auf 14'220 m<sup>2</sup> bzw. 28'440 m<sup>2</sup> korrigiert. Die Reserven liegen bei Berücksichtigung der vollflächigen, provisorischen Bindschicht bei 37% bzw. ohne bei 173%. Es gibt keine Gründe, um von der Einschätzung des Hilfsgutachters, dass die Annahmen der Vergabestelle eher pessimistisch ausfallen, abzuweichen. Damit sind die Reserven in diesem Punkt jedenfalls zu hoch. Auch wenn die Binderschicht gemäss der Auffassung der Vergabestelle ganzflächig provisorisch einzubauen und später zu ersetzen wäre, wären von Reserven von mindestens 37% auszugehen. Da das Szenario der Vergabestelle vielleicht zu pessimistisch, aber in gewissem Umfang nachvollziehbar ist, durfte der Experte bei der Plausibilisierung der Reserven im Gutachten vom 6. September 2017 (in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017) von einer Reserve von 100% und damit von einem (ungefähren) Mittelwert ausgehen (vgl. Beilage A zum Gutachten vom 6. September 2017).

#### **4.9 Schneiden von Belägen**

**4.9.1** In Bezug auf das Schneiden der Beläge rügen die Beschwerdeführerinnen, dass entgegen der Ansicht des Hilfsgutachters drei Schnitte statt nur ein Schnitt notwendig seien, was zu einer grösseren Reserve führen

würde (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 223.423.104).

**4.9.2** Laut dem Hilfsgutachter ist das Nachschneiden des Belags in der Fahrbahnmitte vor dem Belageinbau der zweiten Fahrspur erforderlich. Gemäss den Besonderen Bestimmungen Bau S. 89 unter "Längsfugen" sei das Nachschneiden der einzelnen Schichten in die Einheitspreise einzurechnen. Dies stelle einen Widerspruch zum Ausmass von 2'000 m dar (Beilage 1 zum Hilfsgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 S. 9 zur NPK-Position 223.423.104).

**4.9.3** Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass die neuen Ausführungen des Hilfsgutachters ein anderes Bild als noch das erste Hilfsgutachten vom 16. Januar 2017 (recte: 18. Januar 2017 und in der Fassung vom 19. Januar 2017) zeichnen würden. Der vermeintlich festgestellte Widerspruch könne aufgelöst werden. Gemäss den Bemerkungen des Hilfsgutachters seien fünf Belagsschichten einzubauen. 1'800 m mal fünf ergebe 9'000 m. Das Vorausmass zeige 2'000 m. Dies ergebe eine Reserve von 350%. Die Ausschreibung gebe exakt vor, dass das Nachschneiden der Belagsränder bezahlt werde. Nicht gesondert entschädigt werde das Fräsen der Längsfugen am Tagesarbeitsende (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 223.423.104).

**4.9.4** Der Hilfsgutachter führt im Hilfsgutachten in der Fassung vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 223.423.104 aus, das Vorausmass von 2'000 m für das Schneiden des Belags bei provisorischen Fugen entspreche in etwa der Gesamtlänge des Bauloses. Es bestehe (nach wie vor) ein Widerspruch zu den Besonderen Bestimmungen Bau, Seiten 88 f., wo festgelegt werde, dass das Nachschneiden der einzelnen Schichten einzurechnen sei (Beilage 1 zum Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 223.423.104, S. 9). Die Überlegungen der Beschwerdeführerinnen, wonach fünf Belagsschichten auf der ganzen Länge einzurechnen seien, würden zu einem Manko führen, nicht zu einer Reserve (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 223.423.,104 S. 5).

**4.9.5** Vorliegend kann dem Hilfsgutachter gefolgt werden, dass das beschwerdeführerische Vorbringen, wonach zu wenige Belagsschichten im Vorausmass einberechnet worden seien, zu einem Manko und nicht zu einer Reserve führen würden. Demnach kann gesagt werden, dass sich die Ausführungen des Experten als nachvollziehbar und schlüssig erweisen.

Ein triftiger Grund für ein Abweichen von den Feststellungen des Experten besteht damit nicht.

#### **4.10 Provisorische Beläge**

Die Vergabestelle macht geltend, dass zur NPK-Position 223.451.701 die analogen Überlegungen wie zur NPK-Position 223.213.112 (Bitumenbeläge fräsen) gelten würden (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zur NPK-Position 223.451.701). Der Hilfgutachter verteidigt seine Ausführungen. Wie in NPK-Position 223.213.112 beschrieben, sei der gesamte Ersatz der Binderschicht zu pessimistisch. Eine Reserve von 20% erscheine plausibler (Hilfgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 zur NPK-Position 223.451.701). Diese Ausführungen zum Ersatz der Binderschicht sind aufgrund Fachexpertise mit ähnlichen Projekten des Hilfgutachters nachvollziehbar und schlüssig. Die nicht substantiierten Einwände der Vergabestelle vermögen jedenfalls keine ausreichenden Zweifel an der Richtigkeit des Hilfgutachtens zu begründen.

#### **4.11 Aushub U-Gräben**

**4.11.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass der Hilfgutachter fälschlicherweise davon ausgehe, dass der Felsabbau als Zuschlag zum gesamten übrigen Abbau ausgeschrieben sei. Der Felsabbau sei aber eben gerade nicht ausgeschrieben, wodurch sich der gesamte Grabenaushub mit 4'790 m<sup>3</sup>, statt 1'330 m<sup>3</sup> zeige. Die Reserven seien entsprechend grösser (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 237.224.111).

**4.11.2** Der Hilfgutachter führt dazu aus, dass die Leitungsgräben nicht ausschliesslich nach Plan ausgezogen werden können. Es seien stets mindestens einseitig Leitungen vorhanden bzw. auf gewissen Abschnitten sogar zweiseitig. Deshalb sei die Annahme eines über den Gesamtabschnitt laufenden Grabens gerechtfertigt. Auch der Grabenabschnitt sei sehr variabel. Das Vorausmass sei um 50 bis 70% zu hoch (Beilage 1 zum Hilfgutachten vom 7. April 2017 auf S. 9 zur NPK-Position 237.224.111).

**4.11.3** Mit den Feststellungen des Hilfgutachters zu dieser NPK-Position zeigen sich die Beschwerdeführerinnen nicht einverstanden. Der Felsabbau sei nicht als Zuschlag ausgeschrieben. Die Position enthalte nur den Grabenaushub aus Fels, schwer abbaubar, mit einer Quantität von 2'290 m<sup>2</sup>. Der normale (schwer abbaubare) Aushub sei in den Positionen des Kapitels 237 (Positionen 221.111, 221.112, 221.211, 223.111,

224.111 und 211.323.215) ausgeschrieben (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 237.224.111).

**4.11.4** Der Hilfgutachter weist mit dem Hilfgutachten in der Fassung vom 30. Mai 2017 erneut darauf hin, dass Leitungsgräben nicht ausschliesslich nach Normalprofil gezogen werden können. Es gebe noch Querungen und Verbindungen. Angesichts der Tatsache, dass es keine Bestandpläne gibt, wo man den heutigen Felsverlauf erkennen könnte, seien nur Vermutungen möglich. Das Vorausmass könne bis zu 173% zu hoch sein. Das Ausmass nach Normalprofilen betrage geschätzt 697 m<sup>3</sup>. Der Zuschlag für Querungen betrage 140 m<sup>3</sup>. Das Vorausmass betrage somit 836 m<sup>3</sup> (Hilfgutachten vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 237.224.111 sowie Beilage 1 zum Hilfgutachten vom 30. Mai 2017, S. 9).

**4.11.5** Nach dem zuvor Gesagten geht der Hilfgutachter von Annahmen bestehend aus den Normalprofilen aus und berücksichtigt dabei allfälligen Felsaushub. Diese Feststellungen sind – aufgrund des Umstands, dass keine Bestandespläne vorliegen – nachvollziehbar. Triftige Gründe für ein Abweichen von den Feststellungen des Hilfgutachters sind nicht ersichtlich.

#### **4.12 Vermörtelte Selbstbohranker und Gewölbeunterfangung**

**4.12.1** Die Vergabestelle erläutert zu den Selbstbohrankern sowie den Stahlträgern, dass die Anzahl der Anker und Stahlträger konservativ geschätzt worden sei. Die Erfahrung, namentlich beim Schallbergtunnel im Jahr 2014, zeige, dass beim Abbruch eines alten Tunnelgewölbes mit hoher Vorsicht gearbeitet werden müsse (Eingabe der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 266.323.116/117 und 266.351.116/117).

**4.12.2** Laut dem Hilfgutachter sind die Bemerkungen der Vergabestelle zwar grundsätzlich richtig (Beilage 1 zum Hilfgutachten vom 30. Mai 2017 zu den NPK-Positionen 266.323.116/117, S. 9), aber ein Vorausmass von 1'500 Ankern aufgrund der freizulegenden Felsfläche als hoch. Das Vorausmass von 1'500 Ankern verteilt auf eine Fläche von 1'306 m<sup>2</sup> ergebe 1.15 Anker pro m<sup>2</sup> Fels. Die Hälfte sei aus Erfahrung ausreichend. Der Vergleich mit dem Schallbergtunnel sei zu relativieren, da der Casermettatunnel nur teilweise unterfangen sei. Im Gegensatz zum Schallbergtunnel werde das Gewölbe nicht entfernt (Hilfgutachten vom 7. April 2017 zu den NPK-Positionen 266.323.116 und .117 und Beilage 1 zum Gutachten vom

7. April 2017 zu den NPK-Positionen 266.323.116/117, S. 10). Das Vorausmass von 660 Stück an Spriessen erscheine aufgrund der erforderlichen Gewölbeunterfangungen als hoch. Ein Drittel bis die Hälfte sei aus Erfahrung ausreichend (Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 zu den NPK-Positionen 266.351.116/117, S. 10).

**4.12.3** Der Hilfsgutachter nimmt Bezug auf Erfahrungswerte zur Anzahl der nötigen Selbstbohranker bzw. Spriessen. Die Vergabestelle liefert jedenfalls keine substantiierte Begründung für das Vorausmass der obgenannten NPK-Positionen von 750 statt 1'500 Ankern bzw. 304 statt 660 Spriessen, sondern stimmt den Ausführungen des Hilfsgutachters insofern zu, dass es sich um "eine konservative Schätzung" handle. Das Hilfsgutachten beruht auf den Fachkenntnissen und Erfahrungen des Hilfsgutachters mit ähnlichen Projekten, womit jedenfalls keine triftigen Gründe ersichtlich sind, um von den Feststellungen des Hilfsgutachters abzuweichen.

#### **4.13 Felsabbau im Bereich der Fahrbahn**

**4.13.1** Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, dass der Hilfsgutachter von einer falschen Annahme ausgehe. Es brauche keinen Felsabbau für das Vertiefen der Gräben. Die Leitungen seien nämlich alle im Querprofil der bestehenden Fundamente verlegt. Der Hilfsgutachter habe zu prüfen, ob seine Aussage, dass das Ausmass um Faktor zwei zu hoch sei, einer 100%-Reserve entspreche (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zur NPK-Position 211.323.215).

**4.13.2** In Beilage 1 zum Hilfsgutachten in der Fassung vom 30. Mai 2017 zur NPK-Position 211.323.215 führt der Hilfsgutachter aus, dass keine Bestandespläne vorliegen, welche den heutigen Felsverlauf zeigen würden. Das Ausmass sei deshalb für die Hochsteggalerie und die Casermettagalerie nicht genau eruierbar, aber es sei jedenfalls zu hoch. Für die Alpjengalerie bestehe eine Reserve von 550%. Aus dem Bestandesplan für die Alpjengalerie gehe hervor, dass nur für diese ein Felsaushub nötig sei.

**4.13.3** Dass es mangels Bestandesplänen in der Hochsteggalerie und der Casermettagalerie zu Felsabbau kommen kann, ist nachvollziehbar und schlüssig. Im Gegensatz zur Aussage im Hilfsgutachten in der Fassung vom 19. Januar 2017 verzichtet der Experte im Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 auf eine konkrete Aussage zur Höhe der Reserve mit Ausnahme der Alpjengalerie. Eine genaue Aussage zur Reserve braucht indessen auch nicht getätigt zu werden, da der Experte jedenfalls im Gutachten vom

6. September 2017 (Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017) von einem Vorausmass von 268 m<sup>3</sup> statt 2'685 m<sup>3</sup> ausgeht, womit die beschwerdeführerischen Rügen jedenfalls berücksichtigt wurden.

#### **4.14 Transport Fels, fest, und Lagergebühren Fels, fest**

**4.14.1** Der Hilfsgutachter führt in Beilage 1 auf Seite 8 zum Hilfsgutachten vom 19. Januar 2017 zu den NPK-Positionen 211.711.214 und 211.751.114 aus, dass das Vorausmass für den Transport von Fels korrekt sei.

**4.14.2** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass der Hilfsgutachter von der falschen Annahme ausgehe, dass für das Vertiefen von Gräben ein Volumen von 2'685 m<sup>3</sup> anfalle. Er vermerke selber, dass das Ausmass bei NPK-Position 211.323.215 um Faktor zwei zu hoch sei. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb das Ausmass bei dieser Position vom Hilfsgutachter als korrekt angegeben werde (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 211.711.214 und 211.751.114).

**4.14.3** Der Hilfsgutachter präzisiert in Beilage 1 auf Seite 7 zum Hilfsgutachten vom 7. April 2017 zu den NPK-Positionen 211.711.214 und 211.751.114, dass sich alleine aufgrund der Überprüfung von NPK-Position 211.323.15 eine Reserve von 187% ergebe. Damit hat der Hilfsgutachter das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen berücksichtigt. Es sind jedenfalls keine Gründe ersichtlich, um von den Feststellungen des Hilfsgutachters abzuweichen.

#### **4.15 Lieferung Kiesgemisch und fertiger Einbau Foundationsschicht**

**4.15.1** Gemäss technischem Bericht sei – so der Hilfsgutachter – von einer mittleren Stärke von 65 cm für den Kofferbau auszugehen. Die Reserve betrage für die NPK-Positionen 221.111.212 und 221.411.224 zwischen 15 und 20% bzw. zwischen 10 und 16% (Beilage 1 zum Hilfsgutachten vom 19. Januar 2017 zu den NPK-Positionen 221.111.212 und 221.411.224, S. 9).

**4.15.2** Die Beschwerdeführerinnen sind mit den Ausführungen zur Sohle nicht einverstanden. Der Hilfsgutachter gehe fälschlicherweise von einer mittleren Stärke von 65 cm aus und treffe damit eine Annahme. Er übersehe dabei, dass bei den beidseitig verlaufenden Gehsteigen kein Strassenkoffer verbaut sei, da diese in Beton erstellt seien. Brücken und Viadukt

seien zudem nicht unterkoffert. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen beträgt die Reserve bei den oben erwähnten NPK-Positionen 134% bzw. 120% (Beilage 2.1 sowie Beilage 1 zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 221.111.212 und 221.411.224). Es gebe entgegen der Ansicht des Hilfsgutachters keine offenen Strassenabschnitte.

**4.15.3** In Beilage 1 zum Gutachten in der Fassung vom 7. April 2017 zu den NPK-Positionen 221.111.212 und 221.411.224 zeigt sich der Hilfsgutachter auf S. 7 f. mit den Berechnungen der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen einverstanden. Die Reserve für NPK-Position 221.111.212 betrage 95% und bei NPK-Position 221.411.224 84%. Bei NPK-Position 221.411.224 sei ein Zuschlag von ca. 20% für die kurzen offenen Strassenabschnitte, Leitungsumhüllungen, Aushubkeile etc. einzurechnen, weshalb das Volumen anstelle der geltend gemachten 5'462.45 m<sup>3</sup> auf ca. 6'555 m<sup>3</sup> zu erhöhen sei, was zu einer Reserve von 84% führe.

**4.15.4** Die Beschwerdeführerinnen entgegneten daraufhin, dass es einzig Brückenkonstruktionen gebe und auf diesen seien keine Kiesschichten einzubauen. Leitungsumhüllungen und Aushubkeile hätten in NPK-Position 221.411.224 nichts zu suchen. Sie seien gesondert auszuweisen (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 8. Mai 2017 zur NPK-Position 221.411.224).

**4.15.5** Der Hilfsgutachter stimmt mit Gutachten vom 30. Mai 2017 den Beschwerdeführerinnen grösstenteils zu. Er zeigt sich insbesondere mit dem von den Beschwerdeführerinnen ermittelten Vorausmass für NPK-Position 221.111.212 von 5'462.45 m<sup>3</sup> (mit unwesentlichen Abweichungen) einverstanden (Beilage 1 zum Hilfsgutachten vom 30. Mai 2017 S. 8 zu NPK-Position 221.111.212). Bei NPK-Position 221.411.224 erhöhe sich aufgrund des offenen Trasseabschnitts von 30 m vor der Hohstegbrücke das ermittelte Vorausmass von 5'462.45 m<sup>3</sup> auf 5'553 m<sup>3</sup>. Der Hilfsgutachter stützt sich bei seinen Ausführungen im Wesentlichen auf die nachvollziehbaren Berechnungen der Beschwerdeführerinnen in Beilage 2.1 zur Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017. Es ist somit unter NPK-Position 221.111.212 von einem Ausmass von 5'462.45 m<sup>3</sup> auszugehen, wobei auch der Experte in seinem Gutachten vom 6. September 2017 (in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017) zu Recht von diesem Ausmass (gerundet) ausgegangen ist (vgl. Beilage A zum Gutachten). Zur NPK-Position 221.411.224 kann gesagt werden, dass die Reser-

ven basierend auf 5'553 m<sup>3</sup> um mindestens 117% zu hoch sind; ob die Reserven wegen den 30 m vor der Hohstegbrücke sogar 120% betragen, kann letztlich offenbleiben, da es am Ergebnis nichts zu ändern vermag (vgl. E. 4.17 hiernach).

#### **4.16 Trockenreinigung Belagsböden**

**4.16.1** Im Hilfsgutachten in der Fassung vom 19. Januar 2017 wird in Beilage 1 S. 9 zur NPK-Position 223.231.121 und 223.231.211 ausgeführt, dass die gesamte Belagsfläche gut 16'000 m<sup>2</sup> betrage. Es sei erfahrungsgemäss erforderlich, die Fahrbahn entlang der Baustellen nach dem 2. Quartal und zu Bauende je einmal zu reinigen. Damit ergebe sich eine Fläche von 32'000 m<sup>2</sup> und eine Hochdruckreinigung von 16'000 m<sup>2</sup>, was zusammen 48'000 m<sup>2</sup> ergebe.

**4.16.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen ist es Sache der Anbieter, sämtliche Aufwendungen für die Strassenreinigungen in die Installationspauschale einzurechnen. Dies ergebe sich aus den Besonderen Bestimmungen Bau in Beilage 3.1 (Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 223.231.121 und 223.231.211).

**4.16.3** Laut dem Hilfsgutachter sind Reinigungen vor dem Einbau einer neuen Belagsschicht erforderlich. Gemäss der Stellungnahme der Vergabestelle vom 10. Februar 2017 zu den Belagsschichten sind vier Reinigungen nötig, nämlich je zwei Mal für die Binderschicht und zwei Mal für den Deckbelag (Beilage 1 zum Hilfsgutachten in der Fassung vom 7. April 2017 S. 8 zu den NPK-Positionen 223.231.121 und 223.231.211).

**4.16.4** Die Beschwerdeführerinnen verweisen zwar auf die Besonderen Bestimmungen Bau in Beilage 3.1 zur Eingabe vom 9. Februar 2017 (Stellungnahme vom 9. Februar 2017 zu den NPK-Positionen 223.231.121 und 223.231.211, Rz. 14). Die dort angeführten Reinigungen unterscheiden sich jedoch von der Trocken- bzw. Nassreinigung der Fahrbahn nach dem Einbau, da die Position "Trockenreinigung Belagsböden" ansonsten überflüssig würde. Dem Hilfsgutachter kann somit gefolgt werden, wenn er davon ausgeht, dass unter der Position "Trockenreinigung Belagsböden" vier Reinigungen nötig sind, nämlich nach jedem Einbau einer neuen Belagsschicht. Triftige Gründe für ein Abweichen von den Feststellungen des Hilfsgutachters sind nicht gegeben.

#### **4.17 Fazit Hilfgutachten**

**4.17.1** Wie bereits oben erwähnt (vgl. E. 4.15.5 und E. 4.5.3 hiervor), kann offengelassen werden, ob die beschwerdeführerischen Vorbringen namentlich zu den NPK-Positionen 221.411.224 sowie 117.213.206 berücksichtigt werden müssen. Würden sie berücksichtigt, so würden die Reserven in diesen beiden Positionen jeweils um 3% höher ausfallen. Angesichts der Tatsache, dass diese beiden Positionen betragsmässig für die Offertsumme praktisch nicht von Bedeutung sind (vgl. Beilage A zum Gutachten vom 6. September 2017), vermögen sie am Ergebnis nichts zu ändern (vgl. E. 6.3.3 hiernach).

**4.17.2** Würden dagegen die Vorbringen der Vergabestelle berücksichtigt (vgl. E. 4.8.1 hiervor), so reduzierten sich die Reserven in der NPK-Position 223.213.112 auf bis zu 37%. Wie es sich damit verhält, kann jedoch letztlich offenbleiben, da auch eine derartige Reduktion ebenfalls nichts am Ergebnis ändern würde (vgl. E. 6.3.3 hiernach).

**4.17.3** Zusammenfassend ist festzustellen, dass auf die Feststellungen des Hilfgutachters abgestellt werden kann, nämlich, dass sich in 30 der 49 (meint: 51 Positionen einschliesslich Subpositionen) untersuchten Positionen Reserven von 30% und mehr eingerechnet worden sind, namentlich in den folgenden Positionen:

- Provisorische Beläge und Belagsfräsen mit Folgepositionen
- Aufbruch von Kiessand-Fundationsschichten sowie Lieferung und Einbau von KS
- Betonabträge
- Felsabbau und Folgepositionen
- Sicherungsmittel wie Selbstbohranker und Einbaustahl

**4.17.4** Der Hilfgutachter hat sich insbesondere lege artis mit den Einwänden der Beschwerdeführerinnen gemäss Eingabe vom 9. Februar 2017 betreffend die "Fleissarbeit" auseinandergesetzt. Auch seine Aussage, wonach die Submissionspläne detailliert ausgearbeitet sind und es in den meisten Fällen gestatten, die Vorausmasse zuverlässig zu bestimmen, womit der Vergleich zwischen Vorausmass laut Leistungsverzeichnis und Vorausmass gemäss Plänen in den meisten Fällen möglich sei, ist nicht zu beanstanden. Es ist im Folgenden danach zu fragen, welche Bedeutung den festgestellten Reserven zuzumessen ist. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, im vorliegenden Fall seien die Ausschreibungsunterlagen wegen überhöhter Reserven rechtswidrig. Die Vergabestelle vertritt

demgegenüber die Ansicht, die Festsetzung von Ausmassreserven liege in ihrem Ermessen. Zur Plausibilisierung der Reserven wurde ein Gutachten eingeholt, welches sich auf das soeben gewürdigte Hilfgutachten stützt.

## 5. Gutachten vom 6. September 2017 / Beantwortung der Frage 1

### **5.1**

**5.1.1** Am 11. Juli 2017 wurden dem Experten folgende instruktionsrichterlichen Fragen betreffend Abweichungen vom Leistungsverzeichnis gegenüber den Ausführungsplänen gestellt:

Frage 1.a): Liegen die Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis einerseits und Ausführungsplänen andererseits bzw. die durch die Differenz entstehenden Reserven in einem üblichen Rahmen? Im Rahmen der Beantwortung dieser Frage sind die Erkenntnisse des Hilfgutachters zu plausibilisieren.

Frage 1.b): Gibt es hierzu bei Sanierungen andere Gepflogenheiten in Bezug auf Toleranzen als bei Neubauten?

Frage 1.c): Lässt sich durch das Insverhältnissetzen der untersuchten Positionen mit dem Gesamtauftrag eine Aussage über die Bedeutung der festgestellten Reserven gewinnen?

Im Gutachten vom 6. September 2017 macht der Experte vorab "Allgemeine Bemerkungen" zur Frage 1.a) betreffend die Ausmassreserven. Dann kommt er im Rahmen der "Bemerkungen/Beurteilungen zur vorliegenden Ausschreibung" zunächst zum Schluss, dass bei vielen der untersuchten Position z.T. grosse Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnissen und Plänen vorliegen. Einige dieser Ausmasse seien von den Projektverantwortlichen bewusst so bestimmt worden (z.B. Beläge), andere resultieren aus vorsichtiger/pessimistischer Beurteilung der Situation (z.B. Unterfangungen). Verschiedene Ausmasse basieren nach der Auffassung des Gutachters wohl auch auf einer ungenauen Erhebung der Mengen. Eine systematische Erhöhung der Ausmasse zur Schaffung von Reserven könne nicht festgestellt werden. Auch kommen nach den Erkenntnissen des Gutachters keine relevanten Positionen vor, welche voraussichtlich gar nicht zur Anwendung gelangen und eine versteckte Reserve darstellen würden. Wesentlich oder hauptsächlich würden die Positionen in Zusammenhang mit den Mengen von Belags- und Strassenaufbruch sowie Betonabtrag und Fundationsmaterial zu den festgestellten Reserven beitragen. Die Berücksichtigung der gemäss Hilfgutachten ermittelten Mengen führe zu Abweichungen und daraus entstehenden Reserven, welche allein

gemessen an diesen 51 Positionen eindeutig nicht in einem üblichen Rahmen liegen. Im Vergleich mit den gesamten Bauleistungen oder der Gesamtvergabesumme sei die Differenz jedoch nicht ausserordentlich (Gutachten, S. 2). Zur Frage 1.b) führt der Gutachter aus, dass bei Sanierungsprojekten die Unsicherheiten in Bezug auf den effektiven Zustand und somit den notwendigen Umfang der auszuführenden Arbeiten grösser als bei Neubauten gleichartiger Bauwerke sei. Deshalb sei bei den Projekt- und Ausschreibungsverantwortlichen komplexer Sanierungsvorhaben verständlicherweise die Tendenz grösser, genügend Ausmassreserven vorzusehen bzw. pessimistische Annahmen zu treffen (Gutachten, S. 3). Unter Frage 1.c) bestätigt der Gutachter zunächst seine zur Frage 1.a) getroffenen Feststellungen. Die Reduktion der Angebote, welche sich aus der Korrektur der Ausmasse der konkret beanstandeten Positionen ergebe, betrage gemessen an den 51 Positionen selbst 24.5% (Zuschlagsempfängerinnen) bzw. 31.2% (Beschwerdeführerinnen), was absolut unüblich hoch sei. Gemessen an den Bauleistungen insgesamt betrage die Reduktion jedoch nur 4.2% (Zuschlagsempfängerinnen) bzw. 6.1 % (Beschwerdeführerinnen und gemessen am Gesamtangebot noch 2.9% bzw. 4.6%. Die festgestellten Reserven bei diesen 51 Positionen seien aus dieser Sicht nicht unüblich gross. Dabei erwähnt er besonders, dass der Hilfgutachter die offensichtlich ungenau bzw. falsch erhobenen Mengen mit einem X bezeichnet und deren Summe ermittelt habe. Würde lediglich die Summe der X-Positionen im Sinne einer Reduktion der Angebote berücksichtigt, welche sich aus der Korrektur der Ausmasse der in Frage stehenden Positionen ergibt, so würde die Reduktion gemessen an den Bauleistungen allein 3.0 Prozent (Zuschlagsempfängerinnen) bzw. 4.1 % (Beschwerdeführerinnen) betragen, gemessen am Gesamtangebot nur noch 2.1% bzw. 3.1% (Gutachten, S. 3).

**5.1.2** Die Beschwerdeführerinnen stellten mit Eingabe vom 17. November 2017 diverse Erläuterungsanträge bzw. Anschlussfragen, die dem Gutachter zu unterbreiten seien.

**5.1.3** Die Vergabestelle teilte mit Eingabe vom 20. November 2017 mit, dass sie den Schlussfolgerungen des Experten grundsätzlich nichts anzufügen habe. Sie führt jedoch zu den Fragen 2.c) sowie 1.b) unter anderem aus, dass dem Umstand zu wenig Beachtung geschenkt worden sei, dass es sich um ein Sanierungsprojekt ohne Ausweichachse für den Verkehr handle ("Sanierungsprojekt mit Bauen unter Verkehr"). Zudem seien die exponierte Lage, namentlich sehr schwierige Installationsverhältnisse, lange und kalte Winter, keine Alternativroute für den Verkehr, Sicherung

von Arbeitsstellen sowie Unterbrüche nach extremen Wetterereignissen für die Felsreinigung, zu wenig berücksichtigt worden. Jedenfalls seien die Abweichungen vom Gutachter als im Vergleich zur Gesamtvergabesumme "nicht unüblich gross" bezeichnet worden.

**5.1.4** Die Beschwerdeführerinnen führen mit Eingabe vom 24. November 2017 aus, dass sich in Bezug auf die Ausführungen zur Komplexität keine konkrete Frage an den Gutachter ergebe. Die Ausführungen seien sowieso nicht zielführend, da kalte Winter keinen Einfluss auf das Leistungsverzeichnis hätten. Auch die Sanierung unter Verkehr habe keinen Einfluss auf die Felsabbautiefe oder den Abtrag von Beton. Es mache keinen Sinn, die überprüften 51 Positionen ins Verhältnis zur Gesamtbausumme zu setzen. Diese Frage sei darum ebenso überflüssig und dem Experten nicht zu unterbreiten.

**5.1.5** Die Vergabestelle lehnt die beschwerdeführerischen Ergänzungsanträge mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 im Wesentlichen mit Verweis auf die Verfügungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. und 10. März 2017 ab. Die Anträge der Beschwerdeführerinnen würden über den ursprünglichen Fragenkatalog hinausgehen, welcher von den Beschwerdeführerinnen anerkannt worden sei. Mit Eingaben vom 20. Dezember 2017 und vom 23. Januar 2018 erklärten sich die Parteien mit den instruktionsrichterlichen Ergänzungsfragen einverstanden, woraufhin der Experte am 24. Januar 2018 namentlich mit der Beantwortung der folgenden Ergänzungsfrage beauftragt wurde:

Ergänzungsfrage 1: Lassen sich aus der besonderen Verkehrssituation Schlüsse ziehen auf die Komplexität des in Frage stehenden Sanierungsprojekts, welche sich in Bezug auf die Toleranz betreffend Reserven und/oder Baustelleninstallationen auswirken können?

**5.1.6** Mit Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 stellt der Experte unter dem Titel "Allgemeines" namentlich fest, das vorliegende Projekt sei in Bezug auf die Bauausführung aufgrund aller vorhandenen Randbedingungen (Höhenlage, Witterungsbedingungen, Platzverhältnisse, abgelegener Ort, Verkehrsführung etc.) durchaus als komplex zu bezeichnen (Ergänzungsgutachten, S. 2). Zum Punkt "Reserven" führt der Gutachter unter anderem aus, ein Zusammenhang zwischen der einspurigen Verkehrsführung und den Mengen der einzelnen Ausmasse bestehe nicht (Ergänzungsgutachten, S. 2).

**5.2** Das Gutachten vom 6. September 2017 (in Bezug auf gewisse geheimhaltungsbedürftige Daten gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017 angepasst am 17. Oktober 2017) ist formal und inhaltlich vollständig und unter Berücksichtigung des Ergänzungsgutachtens vom 12. Februar 2018 jedenfalls auch schlüssig (ALFRED BÜHLER, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14. Mai 2007, Rz. 3 mit Hinweisen; ALFRED BÜHLER, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung, Jusletter vom 21. Juni 2010, § 2). Damit darf das Gericht nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen, wodurch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung insoweit relativiert wird (BGE 132 II 257 E. 4.4.1; Urteil des BVGer B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.6 "trattamento acque Monte Ceneri").

Es ist nun dem Aufbau des Gutachtens folgend auf die einzelnen Fragen zu den Reserven einzugehen.

**5.3** Frage 1.a) zum Gutachten vom 6. September 2017: Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis und Ausführungsplänen / Teilfrage: Gibt es Vorgaben in Bezug auf Reserven?

**5.3.1** Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass 5% an Reserven üblich seien (Stellungnahme vom 28. Januar 2015, Rz. 16.2), während die Vergabestelle davon ausgeht, dass generell 10% an Reserven üblich sind (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 19. Januar 2015, Rz. 28). Die Beschwerdeführerinnen führen dazu wiederum aus, 10% Reserve seien dazu da, Risiken aufzufangen. Darüber hinaus gehende Reserven würden das Übliche übersteigen (Stellungnahme vom 28. Januar 2015, Rz. 16.2).

**5.3.2** Mit Schreiben vom 18. Juli 2017 wurden alle kantonalen Baudepartemente gebeten, Stellung zur kantonalen Praxis bezüglich Ausmassreserven zu nehmen. Dabei wurde einerseits die Frage gestellt, ob diesbezüglich Faustregeln für Tunnel- und Strassenbauprojekte bestehen beispielsweise betreffend provisorische Beläge, Betonabträge oder Felsabbau. Zugleich wurden die Kantone gefragt, ob diesbezüglich allenfalls Unterschiede bestehen zwischen Neubau und Sanierung. Mit drei Ausnahmen haben alle Kantone eine Stellungnahme eingereicht. Zwei Kantone haben ihre Stellungnahme mit der Vorbemerkung versehen, dass ihre Aussagen zu Tunnelbau aufgrund fehlender Erfahrung mit Vorbehalt zu würdigen

seien. Insgesamt kann festgehalten werden, dass in Bezug auf die Ausmassreserven keine generell-abstrakten Vorgaben in Verordnungs- oder Richtlinienform gibt. Ein Kanton spricht immerhin explizit von internen Weisungen. Dann gibt es Kantone, die auch keine informellen Vorgaben kennen. Eine Auswertung der Angaben zu informellen Weisungen, Richtwerten und Faustregeln – wo solche mitgeteilt worden sind – ergibt, dass diesbezüglich keine einheitliche Praxis besteht. Ein Kanton stellt fest, gemäss den internen Weisungen sei die Bildung von Ausmassreserven in den Leistungsverzeichnissen unter Vorbehalten von kleineren Rundungsbeträgen verboten. Diejenigen Kantone, deren Baudepartemente nicht mit Reserven operieren, beschreiben oft Aufrunden bei den Vorausmassen als gängig; oft werden auch Ausnahmen für gewisse Konstellationen vorbehalten. Insgesamt wird aber mehrheitlich davon ausgegangen, dass Reserven "normal" sind. Mehrere Kantone geben als Richtwert für übliche Ausmassreserven etwa 3, 5 oder 10 % an. Als Rechtfertigung von Reserven wird der Umstand angeführt, dass die Planunterlagen zum Zeitpunkt der Submission noch nicht den nötigen Detaillierungsgrad aufweisen würden.

Als Gründe für die Zulässigkeit von höheren Reserven werden einerseits geologische Unsicherheiten und andererseits Sanierungsarbeiten angeführt. Weiter werden Unsicherheiten bei Betonabbruch, Felsabbau und Belagsarbeiten (provisorischer Belag) mit grösseren Toleranzen berücksichtigt. Einzelne Kantone sehen etwa sehr differenzierte Abstufungen für Gewölbeschalungen, Materialbewegungen (Grabung, Transport und Dämme) vor. Wieder andere Kantone sehen bei schwer abschätzbaren Positionen eine Reserve von bis zu 20% oder sogar bis zu 25% vor (vgl. Zusammenstellung der Antworten der Kantone vom 5. September 2017, S. 1, 4, 6 und 8). Einzelne Kantone beschreiben eine Praxis, wonach quasi statt Reserven mit einer Position "Unvorhergesehenes" operiert wird.

Ein Kanton führt näher aus, dass gewisse Anbieter Mutmassungen über die Benutzung oder Nichtbenutzung eines bestimmten Postens anstellen würden. Diesen Posten würden diese Anbieter mit nichtgewinnbringenden Preisen bewerten, weil sie davon ausgehen, dass er nicht ausgeführt werde, oder sie würden den entsprechenden Aufwand auf andere Posten übertragen. Umgekehrt komme es auch vor, dass bestimmte Posten mit Preisen bewertet werden, die über dem Durchschnitt der anderen Konkurrenten liegen würden, zum Beispiel in der Hoffnung, dass die betreffende Menge vom Auftraggeber unterschätzt wurde. Diese Einschätzungen würden zum "Beruf" des Unternehmers gehören und könnten keinen Anlass zu Reserven oder Forderungen irgendwelcher Art geben; gut gemachte

Projekte und Leistungsverzeichnisse würden die Möglichkeit, diese Art von Spekulationen zu machen, reduzieren (vgl. Zusammenstellung der Antworten der Kantone vom 5. September 2017, S. 6 f.).

**5.3.3** Nach den Ausführungen des Experten unter "Allgemeine Bemerkungen" soll das Ausmass der Arbeiten möglichst genau dem Umfang der vorgesehenen Arbeiten entsprechen. Dies sei bei klar definierten Objekten (z.B. Lieferung und Montage von Fenstern oder Betonelementen) einfach möglich. Die Offertsumme entspreche dann den definitiven Kosten für den Bauherrn. Tatsächlich würden aber schliesslich die nach der Ausführung abzurechnenden Mengen von Bauvorhaben zumeist von jenen der Ausschreibung abweichen. Die Gründe können – so der Experte – bei naturbedingten Randumständen liegen, welche zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht genau bekannt sind, oder aufgrund von unsorgfältig bestimmten bzw. bewusst erhöhten Ausmassen entstehen. Gewisse Unsicherheiten und Ungenauigkeiten bezüglich der Vorausmasse bestünden etwa bei Aushubarbeiten und Hangsicherungen. Spezielle Schwierigkeiten würden auch Sanierungsarbeiten verursachen, wo der Zustand der bestehenden Bausubstanz von den Annahmen abweichen könne. Damit die Vergabesumme nicht zu tief ausfalle, bestünde bei den Erstellern des Leistungsbeschriebs die Gepflogenheit, die Mengen eher aufzurunden. Es gebe grossmehrheitlich keine Anweisungen für die beauftragten Ingenieurbüros bezüglich Berücksichtigung von Reserven. Falls Reserven verlangt würden, so würden diese für klar definierbare Positionen etwa 3-5% betragen und für ungenaue Positionen wie Aushube und Baugrubensicherungen bis ca. 10%. Je nach Bauauftrag würden die Bauherren jedoch eine bestimmte Menge von Regiearbeiten vorgeben. Die durchgeführte Umfrage bei den Kantonen bestätige diese Feststellungen (Gutachten vom 6. September 2017, S. 1 f.).

**5.3.4** Aufgrund des Gesagten ist zunächst die Frage zu beantworten, ob eine Aussage darüber möglich ist, wie hoch "üblicherweise" Reserven sind. Die Beschwerdeführerinnen sprechen insofern von 5 Prozent und die Vergabestelle von 10 Prozent (vgl. E. 3.1 hiervor). Wenn die Beschwerdeführerinnen sagen, diejenigen Kantone, die mit prozentualen Vorgaben operieren, würden festhalten, dass die Rahmendaten sich auf (sehr verbreitete 5 Prozent bis (allerhöchstens) 10 Prozent belaufen (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 23. März 2018, Rz. 1 ff.), sprechen sie den springenden Punkt selbst an. Der Gutachter führt aus, dass bei öffentlichen Bauherren bezüglich der Berücksichtigung von Reserven grossmehrheitlich keine Anweisungen für die beauftragten Ingenieurbüros

gebe. Falls Reserven verlangt oder zugelassen werden, so betragen diese für klar definierbare Positionen etwa 3-5 Prozent und für ungenauere Positionen wie Aushube und Baugrubensicherungen bis ca. 10 Prozent (Gutachten, S. 1). Es gibt zunächst unbestrittenermassen in den seltensten Fällen generell-abstrakt fixierte Regeln; das Vorliegen interner Weisungen ist die Ausnahme. Und es gibt – wobei es sich hier nicht um die Mehrheit handelt – Kantone, die diesbezüglich gar keine Vorgaben machen. Schliesslich gibt es Kantone, die für den Regelfall keine Reserven vorsehen bzw. diese in einem Fall sogar explizit verbieten. Demnach ergibt sich, dass aus der Umfrage unter den Kantonen richtigerweise nur der Schluss zulässig ist, dass soweit Reserven vorgesehen werden, regelmässig zwischen klar definierbaren Positionen unterschieden wird, für welche entweder keine oder geringe Prozent Reserven vorgesehen werden, oder ungenaueren Positionen unterschieden wird, für die entweder überhaupt Reserven und – soweit solche generell zulässig sind – höhere Reserven vorgesehen sind. Es kann also ebensowenig der Vergabestelle gefolgt werden, soweit sie über ihre eigenen Vergaben hinaus behauptet, dass 10 Prozent Reserven seien üblich, wie den Beschwerdeführerinnen, die insoweit von 5 Prozent ausgehen. Entscheidend ist die Frage, ob auch Reserven von über 10 Prozent vorgesehen sind. In diesem Sinne hat ein Kanton angegeben, bei Positionen, in Bezug auf welche die Vorausmasse schwieriger zu ermitteln sind, würde nicht nur bis zu 10 Prozent Reserve gegangen, sondern auch darüber hinaus, etwa wenn das Vorausmass nur auf stichprobenartigen Untersuchungen basiert. Ein weiterer Kanton führt dazu aus, je nach Grad der Unsicherheit einzelner Positionen (z.B. provisorische Beläge, Aushub, Lieferung Kiesmaterial) seien Ausmassreserven denkbar, die über 10 Prozent liegen. Ein dritter Kanton gibt an, die Reserven könnten in gewissen Punkten (nicht pauschal in Bezug auf die ganze Vergabe) 15-20 Prozent betragen. Nach dem Gesagten kann den Beschwerdeführerinnen vor allem auch mit Blick auf die weiteren Kantone, die gar keine Vorgaben kennen, nicht gefolgt werden, soweit sie sich im Ergebnis auf den Standpunkt stellen, Reserven von mehr als 10 Prozent seien grundsätzlich rechtswidrig. Vielmehr ist der Vergabestelle (Stellungnahme vom 16. April 2018, Rz. 2) beizupflichten, wenn sie festhält, dass – soweit sich die Leistungen in ihrem Umfang sehr schwer abschätzen lassen – einige Kantone mehr als 10 Prozent Reserven zugestehen. Andererseits sieht grundsätzlich keiner der 23 an der Umfrage vom 30. Juni 2017 teilnehmenden Kantone Reserven von über 30 Prozent vor (vgl. Zusammenstellung der Antworten der Kantone vom 5. September 2017); solche können demnach nur ausnahmsweise und mit besonderer Begründung als angemessen erscheinen.

**5.3.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass es aufgrund der Diversität der Praxis der Auftraggeberinnen keine Faustregel gibt, wonach gemäss kantonalen Praxis 3-5 oder 10 Prozent Reserven üblich sind. Vor allem gibt es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nach der Praxis einer namhaften Anzahl Kantone Unsicherheiten und Risiken, die Reserven von über 10 Prozent, wenn auch nicht in beliebiger Höhe, rechtfertigen. Schliesslich sind die Beschwerdeführerinnen daran zu erinnern, dass die dem BöB unterstellte Beschaffungsstelle nicht an diesbezügliche Vorgaben des Kantons Wallis gebunden ist.

## **5.4**

**5.4.1** Bevor die Frage beantwortet werden kann, ob für das vorliegende Bauprojekt die Ausmassreserven rechtskonform sind, ist zunächst auf den tatsächlichen Umfang der Reserven in Bezug auf die 51 gemäss dem Antrag der Beschwerdeführerinnen überprüften Positionen sowie die Frage einzugehen, ob diese den üblichen Rahmen sprengen. Die Beschwerdeführerinnen haben zu Recht festgehalten, dass darüber aufgrund der auseinanderklaffenden Darstellungen der Parteien nur ein Gutachten Klarheit schaffen kann. Zur Würdigung der Ergebnisse des Hilfgutachtens kann diesbezüglich auf E. 4.17.3 hiervor verwiesen werden. Der Gutachter führt dazu aus, die detaillierte Überprüfung der 51 von den Beschwerdeführerinnen konkret bezeichneten Positionen zeige, dass die Ausschreibung zum Teil deutlich zu grosse Ausmasse enthalte. Im Vergleich mit den auf Stufe Ausschreibung sehr guten Projektunterlagen falle die Ausmasserhebung offensichtlich deutlich ab. Es sei anzunehmen, dass seitens der Devis-Ersteller generell die "sichere Seite" angestrebt worden sei (Gutachten, S. 2). Gemäss dem Hilfgutachten würden bei vielen der untersuchten Positionen zum Teil grosse Abweichungen zwischen Leistungsverzeichnis und Plänen vorliegen. Einige dieser Ausmasse seien von den Projektverantwortlichen bewusst so bestimmt worden (z.B. Beläge), andere würden aus einer sehr vorsichtigen/pessimistischen Beurteilung der Situation resultieren (z.B. Unterfangungen). Verschiedene Ausmasse würden auch auf einer ungenauen Erhebung der Mengen beruhen. Eine systematische Erhöhung der Ausmasse zur Schaffung von Reserven könne nicht festgestellt werden. Auch kämen keine relevanten Positionen vor, welche voraussichtlich gar nicht zur Anwendung gelangen oder eine versteckte Reserve darstellen würden. Wesentlich oder hauptsächlich würden die Positionen in Zusammenhang mit den Mengen von Belags- und Strassenaufbruch sowie Betonabtrag und Fundationsmaterial zu den festgestellten Reserven beitragen.

**5.4.2** Der Experte kommt zusammenfassend zum Schluss, dass alleine gemessen an den 51 untersuchten Positionen die Reserven bei den Zuschlagsempfängerinnen 24.5% und bei den Beschwerdeführerinnen 31.2% betragen würden, was eindeutig nicht in einem üblichen Rahmen liege (Gutachten, S. 2). Vorab ist festzuhalten, dass die Tatsache, dass vorsichtige Annahmen sowie eine teils ungenaue Erhebung von Mengen zur Bildung von unüblich hohen Reserven geführt hat, im Grundsatz zumindest unstrittig ist – vorbehältlich der Würdigung der Reserven bezüglich der Gesamtvergabesumme (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 20. November 2017, S. 1). Dem Experten folgend kann demnach - unter Vorbehalt der Toleranzen bei Sanierungen sowie besonderen Unsicherheiten und Risiken - als Zwischenfazit gesagt werden, dass sich die Reserven gemessen an den untersuchten 51 Positionen nicht in einem üblichen Rahmen für Tiefbauprojekte bewegen. Dies entspricht auch den Antworten der Kantone zu den Reserven. Von den 23 an der Umfrage vom 30. Juni 2017 teilnehmenden Kantonen sind Reserven von über 30 Prozent grundsätzlich nicht vorgesehen (vgl. Zusammenstellung der Antworten der Kantone vom 5. September 2017 sowie E. 5.3.4 f. hiervor). Demnach erweisen sich die Ausführungen des Experten nachvollziehbar und schlüssig. Die Beurteilung des Experten steht auch nicht in Widerspruch zu den Erkenntnissen des Hilfsgutachters. Dieser hat festgestellt, dass bei etwa 30 von 49 (gemeint 51 Positionen einschliesslich von Subpositionen) geprüften Positionen Reserven von 30 Prozent und mehr eingerechnet sind. Soweit die Beschwerdeführerinnen dem Gutachter sinngemäss vorwerfen, der beschreibe den Sachverhalt zu harmlos, kann ihnen nicht gefolgt werden. Widerlegt ist damit zugleich die ursprüngliche Sachverhaltsdarstellung der Vergabestelle, soweit diese behauptet, die Mengen seien mit einem üblichen Zuschlag von 10% Reserve gemäss den Plänen berechnet (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 19. Januar 2015, Rz. 28). Sie bestreitet indessen weder die Ergebnisse des Hilfsgutachtens noch des Gutachtens, sondern anerkennt die gemachten Feststellungen der Experten (Stellungnahme vom 16. April 2018, Rz. 1).

#### **5.5 Frage 1.b) zum Gutachten vom 6. September 2017: Toleranzen bei Sanierungen und Ergänzungsfrage 1**

**5.5.1** Der Experte äussert sich zu Frage 1.b) dahingehend, dass bei Sanierungsprojekten grössere Reserven verständlich sind (Gutachten vom 6. September 2017 in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017, S. 3). Bei Sanierungsprojekten seien die Unsicherheiten in Bezug

auf den effektiven Zustand und somit den notwendigen Umfang der auszuführenden Arbeiten grösser als bei Neubauten gleichartiger Bauwerke. Deshalb sei bei den Projekt- und Ausschreibungsverantwortlichen komplexer Sanierungsvorhaben verständlicherweise die Tendenz grösser, genügend Ausmassreserven vorzusehen bzw. pessimistische Annahmen zu treffen.

**5.5.2** Die Vergabestelle bringt mit Eingabe vom 20. November 2017 vor, dass im Gutachten nur zwischen Sanierungen und Neubauten unterschieden werde. Dabei müsse bei den Sanierungen vielmehr zwischen reinen Sanierungsvorhaben und solchen mit "Bauen unter Verkehr" weiter differenziert werden.

**5.5.3** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen, dass die Verkehrssituation keine Auswirkungen auf das Leistungsverzeichnis habe. So habe die Sanierung unter Verkehr insbesondere keinen Einfluss auf die Felsabbautiefe oder den Abtrag von Beton (Stellungnahme vom 24. November 2017).

**5.5.4** Die Ergänzungsfrage 1 lautet wie folgt:

Lassen sich aus der besonderen Verkehrssituation Schlüsse ziehen auf die Komplexität des in Frage stehenden Sanierungsprojekts, welche sich in Bezug auf die Toleranz betreffend Reserven und/oder Baustelleninstallationen auswirken können?

**5.5.5** Zur dieser Frage führt der Experte mit Ergänzungsgutachten zunächst aus, dass bei Positionen, bei welchen Unsicherheiten bezüglich des Zustandes des Bauwerkes bestehen, Reserven und Abweichungen von mehr als 10% üblich und akzeptabel seien. Für Projektänderungen und andere Abweichungen gegenüber der Ausschreibung würden in der Regel der Komplexität des Projektes entsprechende Mengen an Regiearbeiten ausgeschrieben (Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018, S. 1). Die Randbedingungen für die Ausführungen der Arbeiten seien im Rahmen des Projektes bzw. der Ausschreibung zu berücksichtigen. Dazu gehören nach der Ansicht des Experten vorliegend unter anderem der vorgängige Schutz gegen Steinschlag, Massnahmen für die Führung der Fussgänger und Vorgaben zur Länge der Bauetappen wegen der entsprechenden Verkehrsführung. Das Projekt und die dazugehörige Ausschreibung könnten in dieser Beziehung nach wie vor als gut und umfassend beurteilt werden. Den Bewerbern seien für die Ausführung mit den Unterlagen klare Angaben bezüglich der Verkehrsführung vermittelt worden (einspurig, keine Umfahrungsmöglichkeit, kurzfristige Räumung der Baustelle für zweispurige Ver-

kehrsführung bei unerwartetem Umleitverkehr ermöglichen, generell minimale Beeinträchtigung durch Bauarbeiten etc.). Diese Vorgaben seien vorliegend nicht nur in Plänen und Beschrieben, sondern soweit erforderlich auch in den Positionen berücksichtigt worden. Das vorliegende Projekt sei in Bezug auf die Bauausführung aufgrund aller vorhandenen Randbedingungen (Höhenlage, Witterungsbedingungen, Platzverhältnisse, abgelegener Ort, Verkehrsführung etc.) durchaus als komplex zu bezeichnen. Mehrjährige Strassen- und Kunstbautensanierungen mit sehr ähnlichen Randbedingungen seien aber bereits verschiedentlich bei National- und wichtigen Hauptstrassen ausgeführt worden und dies zum Teil bei erheblich höherer Verkehrsbelastung. Die von der Vergabestelle mit Eingabe vom 20. November 2017 erwähnten Aspekte seien für die Beurteilung der Komplexität eines Projektes von Bedeutung. Sie wirken sich aus auf die Anforderungen an die Projektierung und Ausschreibung und damit speziell auch auf die aufgrund der bestehenden Randbedingungen erforderliche Art und Anzahl der notwendigen Positionen, nicht aber auf deren Mengen. Die Verkehrsführung könne aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht als Grund für die Erhöhung von Ausmassen beliebiger Positionen zwecks Reservebildung dienen. Die damit und mit allen weiteren Randbedingungen verbundenen Erschwernisse hätten die Bewerber bei der Preisbildung für die ausgesetzten Positionen zu berücksichtigen. Ein Zusammenhang zwischen der einspurigen Verkehrsführung und den Mengen der einzelnen Ausmasse bestehe nicht. Soweit die Vergabestelle mit Eingabe vom 10. Februar 2017 auf die Umstellungen der New Jersey-Leitschranken und provisorische Beläge hinweise, sei das grosse Ausmass mit möglichen zusätzlichen Bauetappen infolge unvorhergesehener Ereignisse begründet worden. Die Erhöhung der Mengen sei somit nicht erfolgt, weil unter Verkehr gearbeitet werden muss, sondern weil während der Ausführung mögliche Änderungen bei der Anforderung an die Leistungsfähigkeit der Simplonachse bzw. andere Bauetappen aufgrund ausserordentlicher Witterungsverhältnisse berücksichtigt worden seien (Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018, S. 2).

**5.5.6** Die Vergabestelle führt mit Eingabe vom 16. März 2018 aus, dass sie trotz der teilweise von der Meinung der Vergabestelle abweichenden Beurteilung des Experten zur Frage 1, was die Komplexität des Sanierungsprojektes angehe, keine Anpassungen/Vorbehalte anzubringen habe. Gleichzeitig verweist sie auf ihr Ermessen bezüglich des Festlegens von Reserven.

**5.5.7** Demgegenüber bringen die Beschwerdeführerinnen bezüglich der Reserven vor, dass der Experte von einem komplexen Vorhaben ausgehe, weshalb er von einer "üblichen und akzeptablen" Reserve von maximal 10% ausgehe. Da die Schwierigkeiten erkannt seien, dürften keine höheren Reserven eingerechnet werden (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 23. März 2018, Rz. 1 f.). Ausserdem seien zusätzlich noch Regieleistungen ausgeschrieben worden (a.a.O., Rz. 6). Dass der aus dem Kanton Graubünden stammende Gutachter wie auch der Hilfgutachter so tolerant gegenüber Reserven seien, erstaune vor dem Hintergrund, dass das Baudepartement Graubünden im interkantonalen Vergleich eine der härtesten Vorgaben betreffend Reserven mitgeteilt habe. Die Vergabestelle begehe eine Ermessensüberschreitung (a.a.O., Rz. 7 f.).

**5.5.8** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aus dem Gutachten ebenso wie den Rückmeldungen der Kantone ergibt, dass bei einem Sanierungsprojekt höhere Reserven zulässig sind (vgl. E. 5.3.4 f. hiervor). Die befragten Kantone geben als Richtwert für übliche Ausmassreserven etwa 3, 5, 10 oder 15% an. Als schwierige Arbeiten werden Grabenaushube, Erdarbeiten, Betonabtrag und provisorische Beläge genannt. Sehr häufig wird erwähnt, dass diesbezüglich keine verbindliche Vorgabe bestehe, weil bei der Bemessung der Ausmassreserven im Einzelfall auf die Art des Projekts abgestellt werden müsse (Zusammenstellung der Antworten der Kantone vom 5. September 2017).

**5.5.9** Der Gutachter bescheinigt dem vorliegend zu beurteilenden Projekt eine gewisse Komplexität. Die Hinweise der Vergabestelle auf die selbst innerhalb der Kategorie Gebirgsbaustellen an Passstrassen sehr schwierigen Installationsverhältnisse (nur Galerien sicher, sonst gefährdet durch Steinschlag, Lawinen, Wasser etc.), lange und kalte Winter ("Schattenloch" Gondoschlucht), keine Alternativroute für den Verkehr, Sicherung von Arbeitsstellen erforderlich sowie Unterbrüche nach extremen Wetterereignissen für die Felsreinigung (Stellungnahme der Vergabestelle vom 20. November 2017, S. 2) stellt der Gutachter nicht in Frage. Er weicht indessen insoweit von der Beurteilung der Vergabestelle ab, als er festhält, dass die Verkehrsführung zwar auf die Positionen, nicht aber auf die Mengen einen Einfluss hat. Denn wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht vorbringen, hat der Verkehr beispielsweise keinen Einfluss auf den Abtrag von Beton. Die Sanierung "mit Bauen unter Verkehr" bietet demnach keine Grundlage, um einen weiteres komplexitätserhöhendes Element und damit höhere Reserven zu begründen. Dementsprechend sind einerseits die Ausführungen des Experten als nachvollziehbar und schlüssig zu bewerten. Andererseits

ist die Komplexität des Projektes anzuerkennen, was bedeutet, im vorliegenden Fall auch Reserven von über 10 Prozent nicht rechtswidrig sind. Ob die Reserven auch unter Berücksichtigung der Komplexitätsfaktoren zu hoch sind, ergibt sich nach der Beurteilung des Experten unter Berücksichtigung des Verhältnisses zur gesamten Bausumme. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

#### **5.6 Frage 1.c) zum Gutachten vom 6. September 2017: Bedeutung der Reserven**

##### **Die Frage 1.c) lautet wie folgt:**

Lässt sich durch das Insverhältnissetzen der untersuchten Positionen mit dem Gesamtauftrag eine Aussage über die Bedeutung der festgestellten Reserven gewinnen?

**5.6.1** Der Experte weist darauf hin, dass die Reduktion der Angebote, welche sich aus der Korrektur der Ausmasse für die 51 untersuchten Positionen ergebe, mit 24.5% bei den Zuschlagsempfängerinnen sowie 31.2% bei den Beschwerdeführerinnen unüblich hoch sei. Gemessen an den Bauleistungen betrage die Reduktion der Angebote jedoch nur 4.2% bei den Zuschlagsempfängerinnen und 6.1% bei den Beschwerdeführerinnen. Würden lediglich diejenigen Positionen betrachtet, die offensichtlich auf ungenau erhobenen Mengen beruhen (sog. X-Positionen), so betrage die Reduktion gemessen an den Bauleistungen noch 3.0% bei den Zuschlagsempfängerinnen sowie 4.1% bei den Beschwerdeführerinnen bzw. gemessen am Gesamtangebot noch 2.1% bei den Zuschlagsempfängerinnen und 3.1% bei den Beschwerdeführerinnen. Die festgestellten Reserven würden bei dieser Betrachtung damit nicht unüblich hoch ausfallen (Gutachten vom 6. September 2017, S. 3).

**5.6.2** Die Beschwerdeführerinnen machen mit ihren Ergänzungsanträgen geltend, dass es nicht sinnvoll sei, die untersuchten 51 Positionen ins Verhältnis zur Gesamtbausumme zu setzen (Stellungnahme vom 17. November 2017, Rz. 1 ff. und Stellungnahme vom 24. November 2017, Rz. 8), da nur ein Bruchteil der Positionen des Leistungsverzeichnisses überprüft worden sei, welche insgesamt lediglich 4% der Positionen des Leistungsverzeichnisses ausmachen würden (Stellungnahme vom 17. November 2017, Rz. 1).

**5.6.3** Die Vergabestelle entgegnet in Bezug auf dieses Vorbringen mit Eingabe vom 20. November 2017 namentlich, dass der Gutachter zum

Schluss gekommen sei, dass die festgestellten Abweichungen im Verhältnis zur Gesamtvergabesumme als "nicht unüblich gross" bezeichnet worden seien. Betreffend die zulässigen Reserven verteidigt sich die Vergabestelle unter Hinweis auf die Beilage 33 zu ihrer Eingabe dahingehend, dass es sich beim vorliegenden Projekt um die Projektierungsstufe eines Massnahmeprojekts handle, welche gemäss SIA-Normen eine Genauigkeit von plus bzw. minus 10% aufweise (Stellungnahme der Vergabestelle vom 20. November 2017, S. 3), womit sich die Reserven gesamthaft betrachtet als zulässig erweisen würden.

**5.6.4** Daraufhin erwidern die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 24. November 2017, dass die Vergabestelle das Volumen der 51 exakt untersuchten Positionen im Verhältnis zur Gesamtsumme zu verniedlichen suche. Die Denklöge der Vergabestelle zur SIA-Kostengenauigkeit würde dazu führen, dass zu den in Bezug auf die Reserven ermittelten Werten noch 10% dazugeschlagen werden könnten.

**5.6.5** Zu den 51 geprüften Positionen fügt die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 5. Dezember 2017 an, dass sich die Beschwerdeführerinnen mit der Prüfung dieser 51 Positionen einverstanden erklärt hätten (Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Dezember 2017, S. 2).

**5.6.6** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen, dass alleine in den rund 50 geprüften Positionen Reserven von teils 1000% ausgemacht worden seien. Bei etwa 30 Positionen habe der Experte Reserven von 30% und mehr festgestellt. Die Vergabestelle verweise lediglich auf ihr Ermessen, habe jedoch in ihrer ursprünglichen Vernehmlassung ausgeführt, dass ein Zuschlag in der Höhe von 10% eingerechnet worden sei, woran sie sich zu halten habe. Zusätzlich habe die Vergabestelle Regieleistungen im Betrag von 4,4 Mio. Fr. ausgeschrieben. Dies sei als (zusätzliche) Reserve zu betrachten. Bei den Zuschlagsempfängerinnen betrage diese Zusatz-Reserve rund 13.4%, was mit den 30% an festgestellten Reserven zusammen 43.4% an Reserven ergebe. Da die Schwierigkeiten erkannt worden seien, dürften keine höheren Reserven eingerechnet werden. Die Vergabestelle begehe somit eine Ermessensüberschreitung. In einem vergleichbaren Tunnelprojekt sei eine Kostenüberschreitung von 23.5% auszumachen bevor die Arbeiten überhaupt abgeschlossen seien. Es sei deshalb davon anzunehmen, dass es sich nur um ungefähre Ausschreibungen handle (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 1 – 8 und 29 ff.).

**5.6.7** Die Vergabestelle erwidert am 16. April 2018, dass auf die ASTRA-Fachhandbücher abzustellen sei, welche eine Kostengenauigkeit von 10% vorschreiben würden. Die Vorgaben würden sich immer auf die Gesamtvergabe beziehen, womit die Reserven sich vorliegend in der vorgegebenen Kostengenauigkeit bewegen würden. Ein Verweis auf andere Projekte mache, ohne auf die Ursache der Kostenüberschreitungen einzugehen, keinen Sinn.

**5.6.8** Bereits festgestellt worden ist, dass zwischen Leistungsverzeichnis einerseits und Ausführungsplänen andererseits in 30 Positionen des Leistungsverzeichnisses Abweichungen bestehen, welche gemäss gutachterlicher wie auch gerichtlicher Beurteilung zu unüblich hohen Reserven führen (vgl. 5.4.2 hiervor). Der Gutachter führt zu den Reserven überdies in Beantwortung der Frage 1.a) aus, dass im Vergleich mit den gesamten Bauleistungen oder der Gesamtvergabe die Differenz jedoch nicht ausserordentlich sei (Gutachten, S. 2; vgl. auch E. 5.6.1 hiervor). Relevant ist auch eine weitere Überlegung, die der Gutachter in diesem Zusammenhang anstellt. Er addiert alle vom Hilfgutachter mit einem X bezeichneten Positionen separat. Die mit einem X bezeichneten Positionen betreffen offensichtlich ungenaue bzw. falsch erhobene Mengen, wogegen in Bezug auf die anderen Positionen mit ungewöhnlich hohen Reserven festgestellt wird, dass aufgrund vorsichtiger/pessimistischer Beurteilung mengenmässig hoch zu beurteilende Ausmasse festzustellen seien (Gutachten, S. 3; vgl. auch E. 5.6.1 hiervor). Im Anschluss kommt der Gutachter zum Schluss, dass die Reduktion der Angebote, welche sich aus der Korrektur der Ausmasse der konkret beanstandeten Positionen ergibt, gemessen an den Bauleistungen bei den Zuschlagsempfängerinnen 4.2% und bei den Beschwerdeführerinnen 6.1% sowie gemessen am Gesamtangebot bei den Zuschlagsempfängerinnen noch 2.9% und bei den Beschwerdeführerinnen 4.6% beträgt. Die festgestellten Reserven würden bei dieser gesamthaften Betrachtungsweise nicht unüblich hoch ausfallen (Gutachten, S. 3). Würden lediglich die Summen der X-Positionen betrachtet, so betrage die Reduktion gemessen an den Bauleistungen allein 3.0% (Zuschlagsempfängerinnen) bzw. 4.1% (Beschwerdeführerinnen), gemessen am Gesamtangebot nur noch 2.1% bzw. 3.1% (Gutachten, S. 3). Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass es nicht sinnvoll sei, die festgestellten Reserven ins Verhältnis mit der gesamten Bausumme zu setzen (vgl. E. 5.6.2 hiervor). Dies mit Blick auf den Umstand, dass insgesamt lediglich 4 % der Positionen gutachterlich geprüft worden seien. Die Vergabestelle hält dem sinngemäss entgegen, dass die Beschwerdeführerinnen bei ihrem Pro-

zessprogramm zu behaften seien, nachdem sie lediglich in Bezug auf einen kleinen Teil der Positionen eine gutachterliche Prüfung beantragt hätten (vgl. E. 5.6.5 hiervor). Klar ist, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Liste gemäss Beschwerdebeilage 10 Positionen ausgewählt haben, die nach ihren eigenen Angaben "krasse Beispiele für Abweichungen abbilden". Auf den übrigen 1'000 Positionen werde es – so die Beschwerdeführerinnen – auch Abweichungen geben, die in der Dimension aber weniger krass ausfallen würden. Der Experte hingegen sage sinngemäss, dass es auf den übrigen 1'000 Positionen zu keinen Abweichungen komme. Dies sei in Anbetracht der 51 krass falschen LV-Positionen schlicht nicht wahrscheinlich (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 30. April 2018, Rz. 3). Diese Darstellung ist indessen unzutreffend. Der Experte sagt mit keinem Wort, er gehe davon aus, dass er in Bezug auf die übrigen 1'000 Positionen Abweichungen ausgeschlossen werden können. Er geht implizit nur, aber immerhin davon aus, dass diese wohl nicht gleich ausgeprägt seien, womit es Sinn mache, die gutachterlich geprüften Positionen zum Gesamtprojekt in Beziehung zu setzen. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Vergleichszahlen nur grob und nicht etwa unter Berücksichtigung der Stellen hinter dem Komma in die Würdigung einfließen. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden. Soweit sich die Beschwerdeführerinnen sinngemäss auf den Standpunkt stellen, ein solches Vorgehen wäre nur zulässig, wenn alle Positionen des ganzen Bauvorhabens geprüft worden wären, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Bedeutung des Untersuchungsgrundsatzes im Rechtsmittelverfahren teilweise unter Berücksichtigung der Beweisanträge der Parteien zu beantworten ist (vgl. KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, § 7 N. 33; vgl. mutatis mutandis zur Substantiierungspflicht: PATRICK KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER/FABIO BABEY, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 13 N. 11 unten). Angesichts des oben beschriebenen gutachterlichen Vorgehens ist diesbezüglich festzustellen, dass dieses mit Blick auf die Anträge der Beschwerdeführerinnen, welchen entsprechend 51 Positionen (Mengenvergleich Devis/Plan vom 10. Dezember 2014 = Beschwerdebeilage 10) umfassend gutachterlich geprüft worden sind, auch ohne umfassende Prüfung sämtlicher 1'000 Positionen des Leistungsverzeichnisses nicht zu beanstanden ist.

**5.6.9** Gestützt auf die hiervor getroffenen Feststellungen ist nun im Sinne einer Gesamtwürdigung die Rechtmässigkeit des Leistungsverzeichnisses zu prüfen.

## **6. Rechtmässigkeit des Leistungsverzeichnisses**

**6.1** 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 (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen"; Zwischenentscheid des BVGer 7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettattunnel"). Das Leistungsverzeichnis bildet ein Kernelement der Ausschreibungsunterlagen (vgl. Urteil des BVGer B-3013/2012 vom 31. August 2012 E. 9.3.2 "Verkehringenieur Effretikon - Ohringen") und ist (auch) für die Vergabestelle verbindlich. Soweit auf Positionen verzichtet wird oder solche verändert werden, kommt jedenfalls dem Gleichbehandlungs- und dem Transparenzgebot eine besondere Bedeutung zu (vgl. mutatis mutandis in Bezug auf die Veränderung der Anforderungen den Zwischenentscheid des BVGer B-7252/2007 vom 6. Februar 2008 E. 3.1.1 ff. "Lieferung Simulatoren"). Im vorliegenden Fall wird nicht behauptet, dass die Vergabestelle durch unnötige Missbrauchsrisiken mit sich bringende Eventualpositionen oder Optionen bzw. durch Verzicht auf oder Veränderungen von Positionen gegen das Vergaberecht verstossen hat. Vielmehr stellt der Gutachter fest, dass keine relevanten Positionen vorkommen, welche voraussichtlich gar nicht zur Anwendung gelangen oder eine versteckte Reserve darstellen (vgl. E. 5.4.1 hiavor).

## **6.2**

**6.2.1** Die Vergabestelle ist nicht nur bei der Auswahl der Eignungs- und Zuschlagskriterien, sondern auch bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen weitgehend frei. Es besteht ein erheblicher Ermessensspielraum (vgl. E. 3.2 hiavor; Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.2.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998, S. 414 E. 2.cc). Dieser erklärt sich einerseits inhaltlich durch die Nähe der Ausschreibungsunterlagen zu den technischen Spezifikationen und damit zum Leistungsbestimmungsrecht der Auftraggeberin (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"). Andererseits bezieht sich der Ermessensspielraum aber auch auf die Art und die Präzision der Vorgaben (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 401). Im Erläuternden Bericht vom 18. November 2009 bzw.

1. Januar 2010 zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (< <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/17793.pdf> >, zuletzt besucht am 18. Oktober 2019) wird zu Art. 16a VöB (S. 10) unter Erwähnung des Transparenzgebots auf die Schranken dieses Ermessens hingewiesen, wenn ausgeführt wird, dass ungenügende oder gar fehlerhafte Ausschreibungsunterlagen eine nachvollziehbare und korrekte Abwicklung der nachfolgenden Verfahrensschritte erschweren. Nach dem illustrativen Wortlaut des § 12 Abs. 3 des Aargauischen Submissionsdekrets vom 26. November 1996 (SubmD, SAR 150.910) wird zum kantonalen Vergaberecht festgehalten, dass die Ausschreibungsunterlagen so zu gestalten sind, dass die Anbietenden ordnungsgemäss offerieren können. Durch diese Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen wird der Ermessensspielraum der Vergabestelle beschränkt. Die Vergabeunterlagen haben die erforderlichen Mitteilungen über alle Faktoren, welche die Preisberechnung bedingen, so vollständig enthalten, dass deren Bedeutung richtig beurteilt werden kann (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 01 62 vom 12. Juli 2001 E. 2). Welche Anforderungen an den Inhalt und an den Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes bzw. eines Leistungsverzeichnisses zu stellen sind, damit ein ordnungsgemässes Offerieren möglich ist, lässt sich nicht verallgemeinern, sondern hängt vor allem auch von der Art des zu vergebenden Auftrags ab (Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 3.2 "Produkte zur Innenreinigung I"). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat etwa die Bedeutung des Umstands hervorgehoben, dass keine der Anbieterinnen durch die unrichtigen Angaben irreführt worden sei (vgl. E. 3.2 hier vor; AGVE 2004, S. 223 ff. E. 3).

**6.2.2** Weitere einschlägige Vorgaben finden sich in der SIA-Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" [2013], auf welche gemäss den besonderen Bestimmungen Bau i.V.m. Ziff. 2.4.3 des Vertragsentwurfs verwiesen wird (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 721.110). Nach Art. 8 Abs. 1 SIA-Norm 118 ist für Einheitspreisverträge ein Leistungsverzeichnis vorzusehen, welches die einzelnen Leistungen übersichtlich und vollständig aufführt. Die SIA-Bestimmungen stellen also – im Unterschied zum Konzept der funktionalen Ausschreibung – verhältnismässig hohe Anforderungen an den Inhalt und Präzisierungsgrad des Ausschreibungstextes. Solchermassen genau definierte und detaillierte Vorgaben, die dem Anbieter einen Spielraum fast nur bei der Preisgestaltung lassen, erleichtern der Vergabestelle den Offertvergleich, indem

in der Regel ohne grosse Probleme Gleiches mit Gleichem verglichen werden kann (AGVE 1998, S. 412 f. E. 2.aa).

**6.2.3** Es ist im Nachfolgenden auf die einzelnen Bestimmungen einzugehen:

Art. 8 Abs. 2 SIA-Norm 118 (2013) ist zu entnehmen:

"Das Verzeichnis beschreibt jede Leistung unter Angabe von Materialqualitäten und voraussichtlichen Mengen; (...)"

Diese Bestimmung folgt auf Art. 8 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013), wonach das Leistungsverzeichnis die einzelnen Leistungen, aus denen sich die ausgeschriebene Bauarbeit zusammensetzt, übersichtlich und vollständig aufführt.

Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 (2013) bestimmt:

"Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine einzelne Leistung, die im Leistungsverzeichnis (Art. 8) als separate Position vorgesehen ist. Er wird je Mengeneinheit festgesetzt, so dass sich die für die Leistung geschuldete Vergütung nach der gemäss Art. 141 festgestellten Menge ergibt."

Nach Art. 141 Abs. 1 SIA-Norm 118 (2013) gilt für die Menge:

"Die Mengen der zu Einheitspreisen erbrachten Leistungen werden je nach den Bedingungen des Werkvertrages entweder nach dem tatsächlichen Ausmass ermittelt (...) oder nach dem plangemässen theoretischen Ausmass (...)"

Art. 40 Abs. 1 Satz 1 SIA-Norm 118 (2013) stipuliert:

"Ein Globalpreis kann für eine einzelne Leistung, für einen Werkteil oder für das gesamte Werk des Unternehmers vereinbart werden. Er besteht in einem festen Geldbetrag; für die geschuldete Vergütung wird nicht auf die Menge abgestellt."

Beim Vertragsmodell mit Einheitspreisen liegt das "normale" Mehrmengenrisiko beim Bauherrn: Stimmen die geschätzten Vorausmasse nicht mit dem später realisierten Bauwerk überein, erhöhen oder reduzieren sich – einfach gesagt – die Kosten analog zu den veränderten Mengen (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"; DANIELA LUTZ, a.a.O., S. 281 ff., Rz. 14). An dieser Stelle ist da-

rauf hinzuweisen, dass im vorliegenden Fall laut Ziff. 8 des Vertragsentwurfs Art. 86 SIA-Norm 118 wegbedungen wird, womit der vereinbarte Einheitspreis ohne Rücksicht auf die ausgeführte Menge gilt. Aus Ziff. 141 der besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen) geht schliesslich hervor, dass die Angaben über die Leistungen und Menge nur informativen Charakter haben.

**6.2.4** Nach den oben angeführten Bestimmungen ist im Leistungsverzeichnis die Berechnung des Mengengerüsts vorgegeben, damit die Anbieter ein klares Bild über die Arbeiten sowie die zu übernehmenden Verpflichtungen erhalten. Namentlich aus Art. 8 SIA-Norm 118 geht hervor, dass das Leistungsverzeichnis die einzelnen Leistungen vollständig und unter Angaben der voraussichtlichen Mengen aufführt. Es rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund nicht, wegen Unsicherheiten generell Reserven (Mehrungen) einzurechnen (ANTON EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], SIA-Norm 118, 2. Auflage, Zürich 2017, Rz. 12.2 zu Art. 8). Die Mengenannahmen sollen einen den Zielen des Vergaberechts entsprechenden Offertvergleich ermöglichen (MARTIN BEYELER, Umgelagert, gemischt und offeriert – Thesen zur Preisspekulation, in: Stöckli et alii [Hrsg.], Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2010, [im Folgenden zitiert als: Preisspekulation], S. 125 ff., S. 128). Der Planer hat danach bestrebt zu sein, die voraussichtlichen Mengen möglichst präzise anzugeben. Dies bedeutet, dass der Planer die ihm vorliegenden Grundlagen (z.B. die Ausschreibungspläne, Abklärungen der Randbedingungen etc.) einbeziehen muss und dass er daraus die fachlich zwingenden und die erfahrungsgemäss wahrscheinlichen Schlüsse hinsichtlich der erforderlichen Leistungsarten und Mengen zu ziehen hat (THOMAS SIEGENTHALER, Mangelhafte Leistungsverzeichnisse – und wer dafür haftet, in: Schweizerische Baurechtstagung, 2011, S. 163 ff., S. 173.). Da das Ausmass bei Arbeiten zu Einheitspreisen nach den Plänen ermittelt wird, ergibt sich zwischen den Plänen und dem Leistungsverzeichnis ein Zusammenspiel. Das Leistungsverzeichnis wird in Gegenüberstellung zu den Bauplänen auch als "sprachliche Darstellung der Leistungspflicht des Unternehmers" charakterisiert (vgl. CARLO PEER, Das Leistungsverzeichnis bei Bauwerkverträgen, Diss. Fribourg 2018, Rz. 224 ff.). Vergabestellen können mit einer möglichst vollständigen Leistungsbeschreibung und mit einer sorgfältigen Ermittlung der Mengen Spekulationen weitgehend vermeiden. Ein Angebot ist dabei immer ein Echo der Ausschreibung (ANTON EGLI, Vorbemerkungen zu Art. 84 – 91, in: Gauch/Stöckli, Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Rz. 98). Die Konsequenz aus einem unvollständigen oder gar fehlerhaften Devis trägt schliesslich die Vergabebehörde (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O.,

Rz. 384 mit Hinweisen auf Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 01 62 vom 12. Juli 2001 E. 2 und Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [PVG] 1998 Nr. 57 E. 3.).

**6.2.5** Das Gesagte bedarf jedoch der Ergänzung. Es ist zu berücksichtigen, dass das Leistungsverzeichnis aufgrund des normalen Planungsablaufs notwendigerweise provisorisch ist. Die Ausführungsplanung erfolgt erst nach der Erstellung der Ausschreibung. Vor diesem Hintergrund erweist sich das Postulat der Vollständigkeit des Leistungsverzeichnisses als Fiktion (vgl. SIEGENTHALER, a.a.O., S. 168 f.). Das Leistungsverzeichnis wird dabei auf einer noch nicht abgeschlossenen Planung erstellt, welche bei Unsicherheiten durch Annahmen und Referenzwerte überbrückt werden muss. Es handelt sich bei Leistungsverzeichnis letztlich – ähnlich wie beim Kostenvoranschlag – um eine Schätzung (SIEGENTHALER, a.a.O., S. 173), wobei EGLI darauf hinweist, dass nicht generell von einer Schätzung ausgegangen werden sollte (ANTON EGLI, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, Rz. 12.2 zu Art. 8). Ein *ex post* unzutreffendes Mengengerüst bedeutet daher nicht, dass es sich bei einer unzutreffenden Prognose auch um eine fehlerhafte Prognose handeln muss, da eine Prognose naturgemäss ungenau ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ein gewisser Ermessensspielraum des Planers, indem dieser z.B. im Rahmen der Erfahrungswerte den erforderlichen Armierungsstahl konservativ oder optimistisch schätzen kann (SIEGENTHALER, a.a.O., S. 173 f.). Was ausgeschrieben ist, darf jedenfalls hinsichtlich seiner Realisierung nicht gänzlich unwahrscheinlich sein (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2237 f.). Die Ungenauigkeit des Mengengerüsts korreliert mit der Vergütungsart des Einheitspreises. Diese Verfügungsart führt dazu, dass das Entgelt des Unternehmers den tatsächlichen Mengen entsprechend angepasst wird (SIEGENTHALER, a.a.O., S. 171). Sie ist dadurch bestimmt, dass die Gesamtvergütung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht genau auf Franken und Rappen feststeht (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2010.00402 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.1 f. mit Hinweisen; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Zürich 2019, Rz. 931; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 125 ff., S. 128). Im vorliegenden Fall ist zudem – wie im dem soeben zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich zugrunde liegenden Sachverhalt – Art. 86 Abs. 1 der SIA-Norm 118 wegbedungen. Anders gesagt sind mit Blick auf die Vergütungsart Reserven nicht von vornherein systemwidrig. Das wird im Umkehrschluss sehr schön sichtbar, wie sich aus der Rechtsprechung zum Zusammenhang

zwischen hohen Ausmassreserven und Pauschalpreis ergibt. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich kommt dabei zum Schluss, dass Leistungsverzeichnisse mit fehlerhaften Mengenangaben gegen die Zulassung einer Globalpreisvariante sprechen; es brauche insoweit notwendige Rahmenbedingungen in Bezug auf die Qualität der Ausschreibungsunterlagen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E. 3.4 f.). Oder umgekehrt sprechen präzise Voraussetzungen mit wenig Reserven dafür, dass die Risiken einer Globalpreisvariante so sind, dass die Konkurrentin nicht den Ausschluss derselben verlangen kann. Das Bundesgericht hat die diesbezüglichen Überlegungen des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden (Urteil U 12 114 vom 18. Dezember 2012 E. 2b) mit Urteil 2D\_2/2013 vom 18. Juni 2013 (E. 3.5.1) als jedenfalls nicht willkürlich bezeichnet. Diese Überlegungen sind zwar aus bundesrechtlicher Sicht auf den ersten Blick erläuterungsbedürftig, weil nach seit dem 1. Januar 2010 geltendem Bundesrecht Preisvarianten unzulässig sind (Art. 22a Abs. 2 Satz 2 VöB; vgl. dazu grundlegend den Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.2 "Lärmschutzmassnahmen N01/36"). Indessen bestätigen die Überlegungen zu den Rahmenbedingungen einer Globalpreisvariante nach Zürcher und Bündner Recht die Annahme, dass die Vergütung nach Einheitspreisen in Bezug auf Reserven fehlertoleranter ist als die pauschale Vergütung der Leistung. Dass jeder Einheitspreisvertrag das Risiko in sich trägt, dass tatsächliche Mengen innerhalb des Streubereichs der Prognose oder, als Folge einer Unvorsorgfalt, vielleicht auch ausserhalb dieses Bereichs von den angenommenen Mengen abweichen, gehört zum Wesen dieses Vertrags und kann von ihm nicht getrennt werden (BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 129). Allerdings können starke Mengendivergenzen zu so starken Veränderungen der Gesamtvergütung führen, dass die Zuschlagsofferte nicht mehr die günstigste wäre. Damit wäre das Vergaberisiko verwirklicht und nicht mehr garantiert, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhielte, was jedoch nicht zwingend mit einer Spekulation zusammenhängen muss (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 129 ff.).

### **6.3 Rechtmässigkeit der Reserven (Gesamtwürdigung)**

Im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren kann Unangemessenheit nicht gerügt werden (vgl. Art. 31 BöB). Das Gericht ist eine Rechtsprüfungsinstanz, keine zweitinstanzliche Vergabeinstanz (HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 3 zu Art. 31 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht greift demnach nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt

(vgl. Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 m.w.H. "Umnutzung Bundesarchiv"; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 442). Ermessensmissbrauch liegt lediglich dann vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr vom Gesetz eingeräumten Ermessens handelt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt und insbesondere allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür oder rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, verletzt (Urteil des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.2 "Gittermasten"; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.184 mit Hinweisen). Dies gilt nach dem zuvor Gesagten auch für die Frage der Festsetzung der Vorausmasse durch die Vergabestelle bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses (vgl. E. 6.2.1 hiavor). Dabei ist auch die Frage nach den Transaktionskosten relevant; eine gewisse Toleranz gegenüber Reserven kann sachgerecht erscheinen, da das aufwändige Ausmessen unterbleiben kann und trotzdem im Grundsatz Preissicherheit besteht (vgl. 6.2.5 hiavor sowie DANIELA LUTZ, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 292). Indessen findet dieses Ermessen seine Schranke, soweit die Ziele des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen selbst, soweit die Transparenz und die Gleichbehandlung, in Frage stehen (vgl. E. 6.2.1 hiavor sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 24. Februar 2016 E. 4.6 "Casermettatunnel"). Dies auch vor dem Hintergrund, dass grosse Ausmassreserven Anlass für Spekulationen geben können (DANIELA LUTZ, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.] Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 281 ff., S. 294).

**6.3.1** Bei einem komplexen Bauvorhaben, bei dem mit geologischen Unsicherheiten zu rechnen ist, kann der Vergabestelle jedenfalls insoweit kein Vorwurf gemacht werden, als sie in gewissen Fällen absichtlich eher vorsichtige Annahmen getroffen hat. Tunnelbauprojekte zählen dabei schon als solche zu den komplexen Bauvorhaben, die ein hohes Mass an technischem Fachwissen sowohl bei der Planung als auch der Ausführung fordern. Die Ausführung hängt stark von den geologischen Gegebenheiten ab, die trotz allen vorgängigen Abklärungen öfters nicht mit Bestimmtheit festgelegt werden können. Um auf diese Risiken, aber auch Chancen angemessen reagieren zu können, wird namentlich bei Vergaben von Tunnelbauprojekten ein detailliertes Leistungsverzeichnis mit Einheitspreisen

vorgesehen. Mit dieser Grundlage kann angemessen auf Bestellungsänderungen reagiert werden (Entscheid der BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006 E. 3cc/aaa "Los 151, Tunnel Erstfeld"). Vorliegend zu beurteilen ist ein Strassenbauprojekt, bei dem ein wesentlicher Teil der Strecke in Galerien, Tunnel und über Brücken verläuft. Der Gutachter bezeichnet das vorliegend zu beurteilenden Projekt als durchaus komplex (vgl. E. 5.5.5 hier vor), was grössere Ausmassreserven jedenfalls noch als im Ermessensspielraum und damit zulässig erscheinen lässt. Zudem wird die Sanierung im Unterschied zu einem Neubau zu Recht als Komplexitätserhöhend gewertet (vgl. E. 5.5.1 hier vor). Im Unterschied zur Vergabestelle kommt der Gutachter indessen in nicht zu beanstandender Weise zum Schluss, dass im vorliegenden Fall wohl die fehlende Ausweichmöglichkeit im Strassenverkehr, aber nicht das "Bauen unter Verkehr" als solches Komplexitätserhöhend zu berücksichtigen ist (vgl. E. 5.5.5 und 5.5.9 hier vor). Das ändert indessen nichts daran, dass der Projektverfasser namentlich bei derartigen Sanierungsprojekten nicht darum herumkommt, im Einzelfall Annahmen bzw. Prognosen zu treffen, die sich rückblickend teilweise als unzutreffend herausstellen können. Der Projektverfasser muss dabei aufgrund von Archivplänen und punktuellen Sondierungen Schätzungen treffen. Dies gilt auch für optionale Leistungen, deren Ausmass sich im Zeitpunkt der Ausschreibung nicht genau bestimmen lässt. Die Umfrage unter den Kantonen hat dazu ergeben, dass es einerseits aufgrund der Diversität der Auftraggeberinnen keine Faustregel gibt, wonach 3 - 5 oder 10 Prozent Reserven üblich sind (E. 5.3.5 hier vor). Das bestätigen auch die Ausführungen des Gutachters (E. 5.3.3 hier vor). Damit lässt sich aus den Angaben der Kantone keine Aussage herleiten, wonach Reserven von über 10 Prozent grundsätzlich rechtswidrig sind. Vielmehr ist in E. 5.3.4 dazu festgehalten worden, dass einige Kantone mehr als 10 Prozent Reserven zugestehen, soweit Leistungen in Frage stehen, die sich in ihrem Umfang sehr schwer abschätzen lassen. Indessen sieht keiner der befragten Kantone Reserven von über 30 Prozent vor (E. 5.3.4 hier vor). So gesehen ist unstrittig, dass vorliegend in den geprüften Positionen teilweise "unüblich hohe" Reserven festgestellt worden sind (E. 5.1.1 hier vor).

Wäre ein Projekt zu beurteilen, dass lediglich aus den von Gutachter und Hilfgutachter untersuchten 51 Positionen bestünde, würden die festgestellten Reserven jedenfalls eine Angemessenheitsprüfung nicht überstehen. Problematisch erscheinen in diesem Zusammenhang namentlich diejenigen Positionen, bei denen eine Erhöhung der Ausmasse festgestellt wurde, ohne dass ein sachlicher Grund dafür ausgemacht werden konnte. Der Gutachter spricht von offensichtlich ungenau bzw. falsch erhobenen

Mengen, welche gestützt auf das Hilfsgutachten mit einem X bezeichnet worden sind (Gutachten, S. 3; vgl. E. 5.6.8 hiervor). Derartige sogenannte X-Positionen sind zum Beispiel betreffend den Betonabtrag und Abbruch Bitumenbelag festgestellt worden. Mehr Zurückhaltung drängt sich angesichts der festgestellten Komplexität des vorliegend zu beurteilenden Sanierungsprojekts in Bezug auf diejenigen Positionen auf, welche der Gutachter zusammenfassend so beschreibt, dass von "bewusst festgelegte[n] sowie aufgrund vorsichtiger/pessimistischer Beurteilung mengenmässig hoch zu beurteilende[n] Ausmasse[n]" auszugehen ist (Gutachten, S. 3). Es sei daran erinnert, dass diese Vorgehensweise grundsätzlich den Interessen aller Beteiligten dient, da das aufwändige Ausmessen unterbleiben kann und im Grundsatz Preissicherheit besteht (vgl. DANIELA LUTZ, *Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, Aktuelles Vergaberecht* 2014, S. 292). Dies trifft somit auf diejenigen Positionen zu, wo das Vorausmass auch unter Berücksichtigung eines planerischen Ermessens zwar zu pessimistisch geschätzt wurde, aber zumindest kein offensichtlich ungenaues Mengengerüst vorliegt (sogenannte rote Positionen ohne die X-Positionen; z.B. Unterfangungen).

**6.3.2** Des Weiteren ist auch die Dimension des Projekts zu berücksichtigen. Vorliegend ist ein Leistungsverzeichnis von über 1'000 Positionen zu beurteilen. Es wäre also im Rahmen der Rechtskontrolle gemäss Art. 31 BöB im vorliegenden Fall realitätsfremd zu verlangen, dass ein Leistungsverzeichnis keine einzige Position enthalten darf, auf die die soeben erläuterte Beschreibung der sogenannten X-Positionen zutrifft. Der Gedanke, dass eine solche Rechtsfolge zu weit gehen würde, ist im Vergaberecht geläufig in Bezug auf den Ausschluss von Offerten. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und das Verbot des überspitzten Formalismus weisen insoweit eine gewisse Schnittmenge auf (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.3 f. "Studie Schienengüterverkehr"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 445 ff.). Der Klassiker ist der Ausschluss eines Angebots, weil eine Position des Leistungsverzeichnisses nicht ausgefüllt worden ist. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat mit Urteil U 01 109 vom 2. November 2001, auszugsweise publiziert in PVG 2001 Nr. 41, erkannt, dass das Nichtausfüllen einer betragsmässigen Position nicht zwangsläufig zur Ungültigkeit eines Angebots führe. Vielmehr könne diese dann als gültig erklärt werden, wenn die Position bezogen auf den Gesamtauftrag unbedeutend sei, sich nicht wesentlich auf die Differenz zum nächstgelegenen Angebot auswirke und es sich zudem nicht um eine Position handle, die trotz ihrer relativen betragsmässigen Geringfügigkeit für die Erfüllung des Auftrags bedeutsam sei (a.a.O., E. 2; vgl. auch

GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 464). Dieser Sichtweise hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit BVGE 2007/13 E. 3.4 "Vermessung Durchmesserlinie" angeschlossen. Mutatis mutandis lässt sich das Gesagte auf die Rechtskontrolle von Leistungsverzeichnissen übertragen, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

**6.3.3** Nach den gutachterlichen Feststellungen wie auch den Rückmeldungen der Kantone in Bezug auf die Praxis zu Ausmassreserven gibt es keine fixen Werte, auf die bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit eines Leistungsverzeichnisses abgestellt werden könnte. Es kann jedenfalls gesagt werden, dass ein Leistungsverzeichnis sicherlich problematisch wäre, wenn es auf einem derart unsorgfältigen Mengengerüst beruhte, dass es gerade dazu verleiten würde, Ungenauigkeiten der Vergabestelle (spekulativ) auszunützen, um damit etwa Umlagerungen zu tätigen. Vor diesem Hintergrund ist auch die Frage 3.a) an den Gutachter zu verstehen, ob ein Zusammenhang zwischen den Abweichungen von Leistungsverzeichnis zu den Ausschreibungsplänen einerseits und den Angebotspreisen der Zuschlagsempfängerinnen andererseits festgestellt werden kann. Davon wäre auszugehen, wenn das Leistungsverzeichnis infolge grober Fehler bei den Mengenangaben geradezu untauglich wäre, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Es braucht aus nachfolgenden Überlegungen indessen hier nicht weiter vertieft zu werden, wo allein in Bezug auf die 51 untersuchten Positionen die Schwelle zu einem nicht mehr den Anforderungen genügenden Leistungsverzeichnis überschritten wäre. Es ist nämlich – wie sich aus Erwägung 6.3.2 hiervor ergibt – mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgedanken zulässig, die Positionen ins Verhältnis zur Gesamtzahl der ausgeschriebenen Positionen zu setzen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass nur 51 Positionen gutachterlich überprüft worden sind (vgl. dazu ausführlich E. 5.6.8 hiervor). Das wird besonders evident, wenn man die Bedeutung der besonders kritischen X-Positionen näher analysiert. Werden nämlich lediglich die X-Positionen (Positionen mit zu hohem Ausmass ohne ersichtlichen Grund) betrachtet, so beträgt die Reduktion gemessen am Gesamtangebot bei den Beschwerdeführerinnen 2.1% bzw. bei den Zuschlagsempfängerinnen 3.1% (Gutachten vom 6. September 2017 in der aktualisierten Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017, S. 3 und Beilage B). Selbst unter Berücksichtigung der weniger kritischen der 51 untersuchten Positionen beträgt die Reduktion jedoch nur 4.2 Prozent (Zuschlagsempfängerinnen) bzw. 6.1 Prozent (Beschwerdeführerinnen) und gemessen am Gesamtangebot noch 2.9 Prozent bzw. 4.6 Prozent. Damit ist dem Gutachter – nachdem diese Betrachtung

tungsweise soeben mit Blick auf das in E. 6.3.2 hiervoor zum Verhältnismässigkeitsgedanken Gesagte als rechtskonform erscheint – nicht zu widersprechen, wenn er sagt, dass die festgestellten Reserven gemessen an der Gesamtsumme als "nicht unüblich gross" erscheinen (Gutachten, S. 3). Die festgestellten Reserven erscheinen bei einer Gesamtbetrachtung daher als nicht rechtswidrig, unabhängig davon, wie die Reserven im Einzelnen berechnet werden (vgl. E. 4.17 hiervoor). Vielmehr entstehen lediglich Reserven, die sich in einem noch vertretbaren Ausmass bewegen. Für diese gesamthafte Betrachtungsweise der Reserven verglichen mit allen Positionen des Leistungsverzeichnisses spricht, dass es keine Anzeichen dafür gibt, dass in den übrigen Positionen des Leistungsverzeichnisses derart grosse Abweichungen von den Plänen zu erwarten sind, da es sich insgesamt jedenfalls um eine sorgfältige Ausschreibung handelt, was der Experte bestätigt. Entscheidend sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Gutachters, wonach eine systematische Erhöhung der Ausmasse zur Schaffung von Reserven nicht festgestellt werden kann. Ebenso kommen nach der Auffassung des Gutachters keine relevanten Positionen vor, welche voraussichtlich gar nicht zur Anwendung gelangen und eine versteckte Reserve darstellen würden (Gutachten, S. 2). Gegen derart grundlegende Mängel, die geradezu ins Auge springen würden, spricht im Übrigen auch die sich ebenfalls auf ein Gutachten stützende gerichtliche Feststellung mit Zwischenentscheid vom 30. September 2015 (insb. E. 5.4.2 f.), dass den Beschwerdeführerinnen nicht zuzumuten war, die Mängel bereits im Rahmen der Offertstellung zu rügen oder gar bereits anlässlich der Fragerunde vorzubringen. Hinzu kommt, dass die Vergabestelle um die Vergleichbarkeit der Angebote bemüht war. Dies geht zum einen aus den Ausschreibungsunterlagen hervor, welche in den besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 250.130), Umlagerungen verbieten. Zum anderen zeigt sich dies auch aus der Vorgehensweise der Vergabestelle, welche Preisanalysen zu diversen Tiefpreispositionen gefordert hat (Dokument F [Dossier 3] und Dossier 2). Damit ist der Vergabestelle im Ergebnis beizupflichten, wenn sie ausführt, sie habe in Bezug auf das Leistungsverzeichnis bzw. die Ausmassreserven ihren Ermessensspielraum nicht überschritten. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Regiearbeiten. Es kann nach den Feststellungen des Gutachters auch nicht gesagt werden, dass die Anbieter irregulär geführt worden wären, was rechtsprechungsgemäss unzulässig wäre (vgl. AGVE 2004, S. 223 ff. E. 3). Ein Ermessensmissbrauch oder ein Verstoß gegen die Grundprinzipien der Transparenz sowie der Gleichbehandlung scheiden vorliegend aus. Soweit die Vergabestelle allerdings aus dem Umstand, dass in Bezug auf die Kostengenaugkeit mit +/- 10 Prozent

für diesen Projektierungsstand SIA-seitig vorgegeben sind, ableitet, dass eine Ausmassreserve von bis zu 10 Prozent über den Gesamtauftrag im Normbereich liege (Stellungnahme vom 16. April 2018, S. 2), kann ihr nicht gefolgt werden. Dies gilt ebenso, soweit die Vergabestelle aus den Antworten der Kantone, welche sie so interpretiert, dass es keine allgemeingültigen Vorgaben zur Ausmassreserve gibt, ableitet, es gebe keine rechtswidrigen Ausmassreserven (vgl. E. 5.3.5 hiervor). Die dem Gutachter ausserdem gestellte Frage, ob ein Zusammenhang zwischen den Ausschreibungsplänen einerseits und den Angebotspreisen der Zuschlagsempfängerinnen andererseits festgestellt werden kann, beschlägt nach dem Gesagten in erster Linie nicht die Frage nach der Rechtmässigkeit des Leistungsverzeichnisses, sondern die Frage, ob das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen hätte ausgeschlossen werden müssen. Darauf wird nachfolgend einzugehen sein.

## 7.

**7.1** Als nächstes ist die der Sache nach erhobene Rüge zu behandeln, wonach infolge einer unzulässigen Preisspekulation bzw. von Umlagerungen ein Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerinnen notwendig gewesen wäre. Die Beschwerdeführerinnen rügen dabei namentlich die Unzulässigkeit der Verschiebung von Kostenteilen von "den einen Einheitspreisen in andere". Mit Eingabe vom 8. September 2015 präzisieren die Beschwerdeführerinnen ihre Stellungnahme dahingehend, dass eine Verschiebung bezüglich der Einheitspreispositionen betreffend die definitiven und provisorischen Beläge im Gutachten keinen Sinn mache, da sich die offerierende Partei damit durch einen tieferen Preis selbst schaden würde. Vielmehr sei eine Spekulation nur möglich, sofern eine Kompensation bei den Baustelleninstallationskosten vorgenommen werde (Stellungnahme vom 8. September 2015, Rz. 9). Angesichts der Erkenntnisse des Gutachters betreffend Indizien für Spekulation (vgl. E. 10.3.13 hiernach) kann indessen offen bleiben, inwieweit die Beschwerdeführerinnen selbst ihre Rüge relativieren.

**7.2** Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen Anbieter ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1 "Strassenbau Linthebene"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der Unterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das

Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie" und Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 "Studie Schienengüterverkehr"). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern aus dem weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BöB; Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.1.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch").

**7.3** Unterangebote, d.h. Angebote, die unter Gestehungskosten liegen, sind zulässig, sofern dadurch die Teilnahmebedingungen und die Eignungskriterien erfüllt sind (vgl. BVGE 2017 IV/4 E. 3.3 "Publicom" und Urteil des BVGer B-1332/2013 vom 12. Februar 2014 E. 3.3.3.1 "Fassadenreinigung"). Erhält die Vergabestelle ein ungewöhnlich niedriges Angebot, so kann sie jedoch Erkundigungen einholen (Art. 25 Abs. 4 VöB).

**7.4** In Bezug auf nicht den Anforderungen entsprechende Offerten unterscheidet die Praxis drei Kategorien: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 "Studie Schienengüterverkehr"; AGVE 2005, S. 253 f. E. 2.1.1 sowie AGVE 1999, S. 341 ff. E. 3b/ee). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.1.3 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie" sowie das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 "Studie Schienengüterverkehr"). Dieses Vorgehen ist vergleichbar mit der Prüfung bzw. Beurteilung von Angeboten, die inhaltlich nicht ausschreibungskonform sind und damit die Rahmenbedingungen der Ausschreibung nicht einhalten (vgl. Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.4.4 in fine "Erneuerung Funksystem"). Ein Ausschlussgrund muss damit eine gewisse Schwere aufweisen; bei geringfügigen Abweichungen von

der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen ist ein Ausschluss grundsätzlich nicht verhältnismässig (Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1 "Erneuerung Funksystem"; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 444).

**7.5** Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann auch ein Verstoss gegen explizite Preisbildungsregeln zum Ausschluss führen (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.3 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"; vgl. dazu ausführlich E. 8.2.1 hiernach). Wie es sich diesbezüglich mit Spekulationsofferten im Allgemeinen verhält, ist nachfolgend zu erörtern.

## **8.**

**8.1** Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat sich bisher kaum zur Frage von Preisspekulationen bzw. Preisumlagerungen von Einheitspreispositionen in andere Einheitspreispositionen bzw. von Einheitspreispositionen in Festpreispositionen geäussert (vgl. immerhin den Zwischenentscheid des BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007 E. 4.1 "Vermessung Durchmesserlinie" zur Unvollständigkeit der Offerte bei Einheitspreisen und das Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.5 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch" zu Negativpreisen). Insbesondere die kantonale Rechtsprechung sowie die Doktrin haben sich dagegen bereits einlässlich mit dieser Problemstellung befasst. Die Beschwerdeführerinnen weisen lapidar darauf hin, dass die Lehre zwischen zulässigen und unzulässigen Spekulationen unterscheide (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 18). Aus diesem Grund erscheinen einige Ausführungen zur Dogmatik von Spekulationen und Umlagerungen im Allgemeinen angezeigt.

### **8.1.1 Spekulationsofferten (Oberbegriff)**

Vorab ist festzuhalten, dass nicht jede Art von Chancenrealisierung eine Spekulation im Sinne des Vergaberechts darstellt. Bei Einheitspreisen kann etwa eine Mengenänderung ohne Weiteres zur Erhöhung der Rentabilität führen, da die Grenzkosten in der Regel nicht linear anwachsen (z.B. infolge von Skaleneffekten). Es kann nicht bereits darum von einer Spekulationsofferte oder von spekulativen Preisen gesprochen werden, wenn der Anbieter gewisse Mengennahmen selber treffen oder sonstige seine eigenen Kosten beeinflussenden Werte selber prognostizieren muss, weil

der Auftraggeber ihm insofern nichts vorgibt (BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2212). Die Spekulationsofferte beinhaltet vielmehr eine Preisgestaltung, die darauf abzielt, im Fall des Eintretens einer Divergenz zwischen den Annahmen des Auftraggebers und den Tatsachen einen Zusatzgewinn zu erzielen, der vom Aufwand für die zu erbringenden Leistungen ganz oder jedenfalls weitgehend abgekoppelt ist (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 131). Die Spekulationsofferte ist mithilfe einer ungewöhnlichen Preisgestaltung gezielt darauf ausgerichtet, zufolge von Mengendivergenzen eine bessere Rentabilität als jene zu erreichen, die sich nach Massgabe der Annahmen des Auftraggebers ergäbe (MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2242 ff. und Rz. 2246). Preisspekulation ist mit anderen Worten nur dort gegeben, wo basierend auf (wahrscheinlichen oder unwahrscheinlichen) Hypothesen durch spezifische Preisgestaltung darauf gewettet wird, dass gewisse Annahmen des Auftraggebers, insbesondere Mengenannahmen, nicht zutreffen werden und dass aus der entsprechenden Divergenz zwischen Prognose und Wirklichkeit ein Gewinn entsteht, dem als solchem keine Gegenleistung gegenübergestellt ist, das also gewisse also gewissermassen einen Sonderertrag darstellt, der auch Spekulationsgewinn genannt wird (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2212). Im Folgenden wird gestützt auf die Terminologie von BEYELER davon ausgegangen, dass die Spekulationsofferte als Oberbegriff zu verwenden ist, der sowohl die Unterform der Vergabespekulation als auch diejenige der Margenspekulation umfasst (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2209 und Rz. 2247).

### **8.1.2 Vergabespekulation**

Bei der Vergabespekulation offeriert der Anbieter ungewöhnlich tiefe Preise, die zum Zuschlag verhelfen sollen, in Bezug auf Positionen, bei denen er hofft, dass sie nicht oder jedenfalls nur in viel geringerem Umfang zur Anwendung kommen als in der Ausschreibung vorgesehen, ohne dass deswegen andere Einheitspreise erhöht werden (sog. reines Abpreisen). Die Anbieterin wettet im Ergebnis darauf, dass die Teilleistung überhaupt nicht oder jedenfalls in viel geringeren Mengen als ausgeschrieben zur Ausführung kommen wird. Wenn die Spekulation aufgeht, erleidet die Anbieterin aus dem zu tiefen Preis keinen oder jedenfalls keinen nennenswerten Verlust, obwohl das im Rahmen des Offertvergleichs so scheint (AGVE 2011, S. 151 ff. E. 3; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 133 f.; DERSELBE, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2248 ff.).

### **8.1.3 Margenspekulation**

Bei der Margenspekulation werden sehr hohe Einheitspreise angeboten, vornehmlich auf nicht in die Angebotssumme einflussende Eventual- oder Alternativpositionen, in der Hoffnung, dass diese Leistungen später überhaupt oder in deutlich grösserer Menge als von der Vergabestelle angenommen zur Anwendung kommen (AGVE 2011, S. 155 ff. E. 3; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 134 f.; DERSELBE, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2262).

Eine Margenspekulation ist unter anderem durch kombiniertes Auf- und Abpreisen mehrerer Einheitspreispositionen möglich. Der Anbieter wird in diesen Einheitspreispositionen, von denen er erwartet oder hofft, dass sie ganz oder jedenfalls teilweise entfallen, stark abpreisen, um damit die Überhöhung der Preise anderer Einheitspositionen, von denen er erwartet, dass sie sich zumindest in der ausgeschriebenen Menge realisieren, im Hinblick auf die offerierte (provisorische) Gesamtvergütung bzw. den Offertvergleich zu neutralisieren, um sich die Chancen auf den Zuschlag zu wahren (AGVE 2011, S. 155 ff. E. 3; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 132 ff.). Aus der Optik der Vergabestelle ist die Überhöhung der einen Position aufgrund der dem fraglichen Teilbetrag entsprechenden Absenkung der anderen Position im Ergebnis versteckt bzw. nicht sichtbar gemacht (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2265).

### **8.1.4 Umlagerung von mengenabhängigem Umsatz in mengenunabhängige Preise**

Eine besondere Form des kombinierten Auf- und Abpreisens ist die Verschiebung oder Umlagerung von Umsatz aus einer mengenabhängig vergüteten Preisposition in eine Pauschalposition (Urteil U 13 8 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 6. März 2014 E. 7b; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2286). Dies kann insbesondere die Baustelleninstallationspauschale betreffen (vgl. illustrativ etwa das Urteil U 10 40 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 25. Mai 2010 E. 3). Der Preis einer Einheitsposition wird abgesenkt, wogegen der offerierte Preis in einer Global- oder Pauschalposition erhöht wird (BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 138). Beabsichtigt wird hier die Entkoppelung des Umsatzes, der bei gewöhnlichen (mengenabhängigen) Preisen erzielt würde, von der Menge der Leistungen, die unter dieser Position tatsächlich erbracht werden. Die Auftraggeberin profitiert also nicht von einer Kosten-

ersparnis bei einer allfälligen Mengenreduktion (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2288). Der Bieter erzielt den fraglichen Umsatz in jedem Fall, selbst wenn die Mengen der betroffenen Einheitspreispositionen tatsächlich viel geringer ausfallen als in der Ausschreibung angenommen (BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 139). Diese Konstellation ist insbesondere da gegeben, wo die Parteien im Sinne von Art. 146 der SIA-Norm 118 vereinbaren, den Aufwand des Unternehmens für die Baustelleninstallationen und zudem vergleichsweise früh im Ablauf der Vertragserfüllung zu bezahlen (BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 140).

## **8.2 Der Ausschluss von Spekulationsofferten**

### **8.2.1 Ausschluss wegen Verletzung von Preisbildungsvorschriften**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können Offerenten wegen Verletzung von Preisbildungsvorschriften ausgeschlossen werden (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.3 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"; vgl. E. 7.5 hiavor sowie BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2340). Namentlich der Ausschluss von spekulativen Offerten rechtfertigt sich dann, wenn gegen Preisbildungsvorschriften des Auftraggebers verstossen wird (AGVE 2011, S. 155 ff. E. 3; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 147 ff. und S. 161, sowie BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2306 und Rz. 2338, je mit Hinweisen). Stellt die Vergabestelle Regeln darüber auf, in welchen Positionen die Anbieter welche Leistungen offerieren sollen, so beschlagen diese Regeln über die Preisbildung, unabhängig von der Beantwortung, ob eine Spekulation vorliegt, die Ausschreibungskonformität eines Angebots. Ein den Preisbildungsvorschriften widersprechendes Angebot stellt gemäss dem Beschaffungsrecht des Bundes ein ausschreibungswidriges Angebot dar, was grundsätzlich zum Ausschluss aus dem Verfahren führt (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dazu passt, dass Vergütungsvarianten ohne anders lautende Ankündigung der Vergabestelle nicht zulässig sind (Art. 22a Abs. 2 VöB; Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 3.2 "Bauherrenvermessung Nationalstrasse 1"). Der Ausschluss eines Anbieters richtet sich demnach nach den bekannten Grundsätzen bei Ausschluss einer ausschreibungswidrigen Offerte unter Beachtung des Verbots des überspitzten Formalismus (vgl. E. 7.3 hiavor; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 147 f.; DERSELBE, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2338).

### **8.2.2 Ausschluss von Spekulationsofferten allgemein**

Ausgeschlossen werden kann ein Angebot allgemein, wenn dieses keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zulässt (vgl. etwa AGVE 2011, S. 152 ff. E. 2.1). Das Bundesgericht hat in Bezug auf das Urteil U 10 40 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 25. Mai 2010 festgestellt, dass der Ausschluss einer Offerte mit der Begründung, dass es der Vergabeinstanz angesichts der eklatanten Unterschiede in den drei genannten Hauptpositionen nicht möglich gewesen sei, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungsverhältnis des Angebots zu verschaffen, und dieses nicht mit den übrigen Angeboten habe verglichen werden können, da es an der gebotenen Transparenz und Kostenwahrheit fehle, vor dem Willkürverbot standhalte (Urteil des BGer 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4). Umso mehr geht BEYELER wegen Treuwidrigkeit von einem Ausschlussgrund aus, wenn ein klarer Fehler des Auftraggebers durch spekulative Preisgestaltung ausgenützt wird und die spekulative Preisgestaltung so zu einem Sonderertrag führen soll. In diesem Falle liege treuwidriges Verhalten vor, das ohne Zweifel einen Ausschlussgrund abgebe (BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 161; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2312 und 2357). Nach der Rechtsprechung rechtfertigt sich bei der Ausnutzung von Fehlern im Leistungsverzeichnis der Ausschluss auch wegen Vorstosses gegen das Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E. II/4).

SCHERLER weist darauf hin, dass sich ein Ausschluss bei der Umlagerung von den einen Einheitspreispositionen in andere Einheitspositionen jedenfalls nicht ohne weiteres mit Verweis auf die Preisbildungsregeln begründen lasse (STEFAN SCHERLER, Anmerkungen zum Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Juli 2011, Baurecht 2011, S. 251). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich geht ebenso davon aus, dass bei Annahme einer Verschiebung zwischen Einheitspreisen Zurückhaltung geboten sei, da es bei Einheitspreisen naturgemäss zu einem Mehrkostenrisiko komme. Einen Ausschluss hält das Zürcher Verwaltungsgericht gerechtfertigt, sofern eine Verschiebung dem Ausnützen von Fehlern des Leistungsverzeichnisses diene (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.8).

### 8.2.3 Ausschluss von Offerten wegen Umlagerungen von Kostenteilen von Einheitspreispositionen in Globalpreispositionen bzw. Pauschalpreispositionen

Nach der kantonalen Praxis widerspricht ein Angebot, bei dem bestimmte Einheitspreise bewusst tief gehalten und die auf diese Positionen entfallenden Kosten in eine Pauschal- bzw. Globalpreisposition übertragen werden (z.B. die Position der Baustelleneinrichtung), dem Prinzip einer Preisvereinbarung nach Einheitspreisen (Verstoss gegen Preisbildungsvorschriften). Denn bei einer solchen Offerte profitiert der Auftraggeber bei allfälligen Mengenreduktionen nicht von der Kostenersparnis, da die Pauschal- bzw. Globalpreisposition in jedem Fall ausbezahlt wird. Zudem verunmöglicht eine solche Verschiebung einerseits die korrekte Analyse der offerierten Preise und andererseits wird der direkte Vergleich mit anderen Angeboten erschwert. Sie verstösst demnach gegen die Prinzipien der Transparenz, der Kostenwahrheit sowie gegen das Verbot der Wettbewerbsverfälschung (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.4; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern 7H 17 279 vom 10. Januar 2018 E. 3.2). Vor diesem Hintergrund hat die KBOB am 28. Mai 2015 Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe erlassen mit der Zielsetzung, dass die Anbieter für alle ausgeschriebenen Leistungen untereinander vergleichbare Angebote einreichen (Art. 1 Abs. 1 der KBOB-Empfehlungen). Schliesslich kann eine solche Umlagerung bzw. Verschiebung in die Position Baustelleneinrichtung im Ergebnis einer ungerechtfertigten Kreditgewährung gleichkommen, da die Umlagerung in die Positionen Baustelleneinrichtung dazu führt, dass die entsprechende Forderung bereits zu Beginn der Bauarbeiten fällig wird (AGVE 2011, S. 154 ff. E. 2.3 und 3; Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.4 und VB.2009.00480 vom 10. März 2010 E. 3.4; Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 10 40 vom 25. Mai 2010 E. 2 und U 5 47 vom 23. Juni 2005 E. 1.c; Art. 145 Abs. 2 i.V.m. Art. 146 der SIA-Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" [2013]). Die "klassische" Rollenverteilung im Vergabeprozess ist dabei diejenige, dass die Vergabestelle ein Angebot ausschliessen will, wogegen sich die Anbieterin, die das Umlagerungen enthaltene Angebot gelegt hat, wehrt. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern hat dazu festgehalten, dass die Vergabebehörde nicht verpflichtet ist, in einem solchen Fall die damit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 279 vom 10. Januar 2018 E. 7.3).

Das Bundesgericht wiederum ist zum Schluss gekommen, dass die Verwaltungsgerichte nicht in Willkür verfallen sind, wenn sie den mit der dargestellten Begründung verfügten Ausschluss durch die Vergabestelle als rechtskonform beurteilt haben (vgl. Urteile des BGer 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4 und 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3). Dabei müssen die anwendbaren Normen betreffend den Ausschluss von Angeboten regelmässig weit ausgelegt werden, damit die Subsumtion und damit das Bejahen der für den Ausschluss vorausgesetzten gesetzlichen Grundlage bejaht werden kann.

**8.3** Zusammenfassend ergibt sich aus der oben angeführten Rechtsprechung sowie aus der juristischen Lehre, dass ein Anbieter vom Verfahren namentlich ausgeschlossen werden kann, wenn Verschiebungen von mengenabhängigen Einheitspreispositionen in Pauschal- bzw. Globalpreispositionen vorkommen wegen dadurch verunmöglichter oder erschwelter Vergleichbarkeit der Angebote. Generell werden Preisspekulationen als einen Ausschluss rechtfertigend bezeichnet unter der Voraussetzung, dass die Angebote keine vernünftige Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses zulassen und deshalb mit den übrigen Angeboten nicht oder kaum vergleichbar sind (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau WBE.2019.203 vom 7. Oktober 2019 E. II/1 in fine mit Hinweis auf AGVE 2011, S. 152 ff.) Verschiebungen von Kostenteilen von den einen Einheitspreispositionen in andere sind dagegen grundsätzlich nur dann unzulässig, wenn sie gegen Preisbildungsregeln verstossen. Der Verstoss gegen Preisbildungsregeln kann unabhängig von der Frage nach einer allfälligen Preisspekulation aufgrund der fehlenden Angebotskonformität einen Ausschlussgrund darstellen.

**8.4** Von den meisten soeben angeführten Präjudizien unterscheidet sich der vorliegende Fall indes in einem wesentlichen Punkt. Den zitierten Urteilen liegen fast ausnahmslos Konstellationen zugrunde, die dadurch geprägt sind, dass die Vergabestelle gewisse Angebote wegen Verstosses gegen das Transparenzprinzip, des Gleichbehandlungsgebotes bzw. wegen Verstosses gegen explizite oder implizite Preisbildungsregeln vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat (vgl. als Gegen Ausnahme das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00257 vom 8. August 2012 E. 3.4). Im vorliegenden Fall will die Vergabestelle demgegenüber das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen berücksichtigen und damit auch gewisse Risiken in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Offerten eingehen. Folgerichtig machen die Beschwerdeführerinnen im Ergebnis

geltend, dass die Zuschlagsempfängerinnen zu Unrecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden seien.

**8.4.1** Nach Ansicht von BEYELER hat ein Anbieter bei Verletzung von Preisbildungsregeln einen Anspruch auf Ausschluss des Konkurrenten, soweit eine Preisbildungsvorschrift mit sehr erheblicher Wahrscheinlichkeit sehr gravierende Folgen mit Bezug auf die Entwicklung der Vergütung haben wird (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 147). Bei Umlagerungen dagegen habe ein Anbieter nur dann einen Anspruch auf Ausschluss des Konkurrenten, wenn erstens eine erhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass die tatsächlichen Mengen unter den abgepreisten Positionen im Vergleich zu den ausgeschriebenen Mengen spürbar geringer ausfallen werden, und wenn zweitens die von Verschiebungen betroffenen Beträge zusammengenommen im Vergleich zur gesamten offerierten Summe so gross sind, dass bei teilweisem oder vollumfänglichem Eintreffen einer Mengenverminderung in der fraglichen Einheitspreisposition mit erheblicher Wahrscheinlichkeit ein anderes konkretes Angebot aus dem Vergabeverfahren dazu führen würde, dass der Auftraggeber eine um so viel günstigere tatsächliche Gesamtvergütung bezahlen müsste, dass nun dieses andere Angebot unter den anwendbaren Zuschlagskriterien als das wirtschaftlich günstigste erschiene (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 149 f.). Anders ausgedrückt bestehe eine Verpflichtung der Vergabestelle zum Ausschluss bei einer Umlagerung nur dort, wo eine nicht unerhebliche Mengenverminderung in der abgepreisten Position wahrscheinlich oder praktisch sicher ist und zudem bei Annahme dieser veränderten Menge unter allen Zuschlagskriterien wenigstens ein Konkurrent des umlagernden Bieters günstiger zu bewerten wäre als dieser Bieter (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 153 f.).

**8.4.2** Das Bundesgericht hat zur oben zitierten Lehrmeinung in Bezug auf Umlagerungen erwogen, dass sich diese im Wesentlichen mit dem rechtssprechungsgemässen Grundsatz deckt, wonach der Ausschluss eines Angebots sich dann nicht rechtfertigt, wenn die Abweichung geringfügig oder im Ergebnis so unbedeutend ist, dass ein Ausschluss unverhältnismässig oder überspritzt formalistisch wäre (Urteil des BGer 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.2 und 2.3 mit Hinweis auf BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 150).

**8.4.3** Das Bundesverwaltungsgericht hatte bisher keine Gelegenheit sich dazu zu äussern, unter welchen Umständen eine Offerte wegen Preisum-

lagerungen oder Spekulation ausgeschlossen werden darf oder auszuschliessen ist. Nach der dargelegten kantonalen Rechtsprechung sind diesbezüglich drei Kategorien von Offerten zu unterscheiden. Die erste Kategorie betrifft diejenigen Offerten, die zwar Mängel aufweisen, aber derartig geringfügige, dass auch die Vergabestelle mit Blick auf das Verbot des überspitzten Formalismus nicht berechtigt ist, sie auszuschliessen. Am anderen Ende der Skala liegen diejenigen Offerten, die durch die Vergabestelle zwingend vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil die in Frage stehende Offerte mit groben Fehlern behaftet ist (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.0057 vom 8. August 2012 E. 3.8). Dies kann insbesondere der Fall sein bei Verstössen gegen von der Vergabestelle vorgegebenen Preisbildungsregeln (AGVE 2011, S. 151 ff., E. 3). Schliesslich gibt es eine mittlere Kategorie von Offerten, die etwas weniger grobe Mängel aufweisen, so dass die Vergabestelle sie ausschliessen darf, dazu aber nicht verpflichtet ist (vgl. E. 7.4 hiervor). Die Tatsache, dass die Vergabestelle eine Offerte ausschliessen darf, bedeutet somit noch nicht, dass die in Frage stehende Offerte auf Begehren der Konkurrentin gegen den Willen der Auftraggeberin ausgeschlossen werden muss. Den Gedanken des Kantonsgerichts des Kantons Luzern und des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 17 279 vom 10. Januar 2018 E. 7.3; AGVE 2011, S. 151 ff. E. 4.6) aufnehmend, wonach die Vergabestelle nicht verpflichtet ist, gewisse Risiken einzugehen, heisst das demzufolge auch, dass die Vergabestelle in Bezug auf die Risiken einen gewissen Ermessensspielraum hat. Erst wenn sie zu viele Risiken eingehen will, kann eine Konkurrentin den Ausschluss gegen den Willen der Vergabestelle erstreiten.

Im Nachfolgenden ist somit aufgrund der obenstehenden Ausführungen zu prüfen, ob Preisspekulationen bzw. Umlagerungen von Einheitspreispositionen in eine Pauschal- bzw. Globalpreisposition stattgefunden haben bzw. ob gegen explizite oder implizite Preisbildungsvorschriften verstossen wurden. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob in den Positionen der Baustelleneinrichtungen (Kapitel 113 und allenfalls unter anderen Kapiteln des Normpositionenkatalogs) unzulässige Umlagerungen stattgefunden haben. Auf die damit verbundene Frage nach der Beweislastverteilung braucht aufgrund der untenstehenden Erkenntnisse nicht näher eingegangen zu werden (vgl. E. 11.2.5 hiernach).

**8.4.4** Die Beschwerdeführerinnen bringen zu den Baustelleninstallationskosten insbesondere vor, dass gemäss der Rechtsprechung der Walliser

Gerichte Baustelleneinrichtungen maximal 15% der Bauleistungen ausmachen dürften (Beschwerde, Rz. 68), was in Frage 2 zum Gutachten vom 6. September 2017 auf Seiten 3 bis 5 behandelt wird.

## **9. Frage 2 zum Gutachten vom 6. September 2017**

**9.1** Der Experte beantwortete im Gutachten vom 6. September 2017 bezüglich der Baustelleninstallationskosten folgende Fragen (in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017):

Frage 2: Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, dass nach der Rechtsprechung der Walliser Gerichte Baustelleneinrichtungen maximal 15 Prozent der Bauleistungen ausmachen dürfen.

Frage 2.a): Wieviel Prozent ist gemäss den Offerten der verschiedenen Anbieterinnen für die Baustelleneinrichtungen vorgesehen?

Frage 2.b): Davon ausgehend, dass es bisher auf Bundesebene keine entsprechenden Vorgaben gemäss der Rechtsprechung gibt, sind aus fachtechnischer Sicht Aussagen möglich zur Frage, ob derartige Regeln geeignet sind, Umlagen zu begegnen, und gegebenenfalls von welchen Prozentwerten diesbezüglich ausgegangen wird bzw. ausgegangen werden sollte?

Frage 2.c): Gibt es in Bezug auf die vorliegende Baustelle Besonderheiten, die einen höheren Prozentsatz für Baustelleninstallationen nachvollziehbar machen?

Frage 2.d): Ist aufgrund der Beantwortung der Fragen 2a, 2b und 2c hiervor das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen auffällig in Bezug auf das Verhältnis der für die Bauinstallationen offerierten Summe gemessen am gesamten Betrag?

## **9.2 Frage 2.a) betreffend den Umfang der Baustelleneinrichtungen im Verhältnis zum Gesamtbetrag der Offerte**

**9.2.1** Der Experte führt im Gutachten vom 6. September 2017 aus, dass die Offertbeträge für die Baustelleneinrichtung im Verhältnis zum Gesamtauftrag 18.9% bei den Zuschlagsempfängerinnen bzw. 12.0% bei den Beschwerdeführerinnen ausmachen würden.

**9.2.2** Die Beschwerdeführerinnen bringen mit Eingabe vom 17. November 2017 vor, dass der Experte für die Beantwortung der Frage, wieviel Prozent die Anbieter für ihre Baustelleneinrichtung vorgesehen hätten, ausschliesslich auf die Baustelleneinrichtungspositionen unter NPK 113 abgestellt habe. Der Experte hätte auch die Baustelleneinrichtungspositionen, die sich bei

den jeweiligen Arbeitsgattungen zeigen, in die Gesamtbetrachtung einbeziehen müssen.

**9.2.3** Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs stellte der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 24. Januar 2018 in Bezug auf die Baustelleninstallationskosten namentlich die folgende Ergänzungsfrage an den Gutachter:

Ergänzungsfrage 2: "Gibt es neben den Baustelleinrichtungselementen gemäss Kapitel 113 weitere Positionen (wie LV 2, Pos. 131.100), die in diesem Zusammenhang in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden müssen? Was hätte das gegebenenfalls für Folgen für die Gesamtwürdigung des Verhältnisses zwischen Baustelleneinrichtung und Offertsumme?"

**9.2.4** Zur Ergänzungsfrage 2 erläutert der Experte im Rahmen des Ergänzungsgutachtens vom 12. Februar 2018, dass es nebst LV 1 Kapitel 113 auch im LV2 in weiteren Kapiteln Positionen für spezifische Baustelleneinrichtungen gebe. Die massgeblichen Summen seien in zweierlei Hinsicht anzupassen. Erstens gebe es auch im LV 1 Kapitel 113 Positionen, die nach Ausmass vergütet werden, weshalb diese gemäss der Aufstellung der dem Ergänzungsgutachten beiliegenden Tabelle 1 abzuziehen sind. Zweitens seien weitere Baustelleneinrichtungen gemäss LV 2 zu berücksichtigen und damit in dem Umfang dazuzuzählen, wie sie in der dem Ergänzungsgutachten beiliegenden Tabelle 2 aufgelistet seien. Nicht berücksichtigt würden aufgrund der Verfügung nach Anfall bzw. Ausmass insbesondere:

- Längeres Vorhalten (im Gegensatz zu Vorhalten während der Bauzeit)
- aufwandbezogene Arbeiten (z.B. Verkehrsregelung von Hand, Vermessungen, Probeentnahmen, Schneeräumung, Umstellungen)
- Gerüste (mit Ausmass ausgeschriebene)
- Betrieb von Anlagen
- Arbeiten auf bauseitige Anordnung.

**9.2.5** Demgemäss würde sich gemäss dem Experten das Verhältnis der Baustelleninstallationskosten und der Offertsumme wie folgt darstellen (Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018, S. 4):

	Betrag (Fr.) Beschwerdeführerinnen	Betrag (Fr.) Zuschlags- empfänger- innen
Summe Baustellenein- richtung LV 1	4'120'125	6'187'162
Summe Tabelle 1	- 267'419	- 168'834
Summe Tabelle 2	+ 1'284'870	+ 791'057
Neue Summe Baustel- leneinrichtung	5'137'576	6'809'385
Summe Gesamtauftrag (LV 1 + LV 2)	34'257'124	32'806'470
Anteil der neuen Summe Baustelleneinrichtung am Gesamtauftrag	15.0%	20.7%

**9.2.6** In Bezug auf Ergänzungsfrage 2 (siehe E. 9.2.3 hiavor) weisen die Beschwerdeführerinnen zwar darauf hin, dass es nach den Berechnungen des Gutachters noch Installationskosten gebe, die "nach Anfall bzw. Ausmass" festzustellen seien, welche von der Globale nicht umschlossen seien (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 9 – 15). Das Ergebnis der Berechnungen wird aber nicht beanstandet. Indessen sei in Bezug auf die Höhe der Pauschale festzuhalten, dass die Kantone davon ausgehen würden, dass das Verhältnis der Pauschale für die Installation in der Regel nur 10% bis 15% ausmache. Der Maximalwert liege auch im Kanton Wallis bei 20%. Deshalb müsse die Aussage des Experten, wonach ein Anteil von 20.7% als hoch bezeichnet werde, dahingehend korrigiert werden, dass dieser schlicht zu hoch und damit unzulässig sei. Der Zuschlag sei somit unrechtmässig erfolgt. Selbst wenn das Gericht einen Anteil von 20.7% noch als rechtmässig bezeichnen würde, so müsste die Ausschreibung als untauglich bezeichnet werden, da allein auf rund 50 Positionen Reserven enthalten sind, die in keiner erklärbaren Relation zur angefragten Bauleistung stehen würden (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 9 – 15).

**9.2.7** Die Vergabestelle ist der Ansicht, dass es keine Vorgabe zur Kostengenauigkeit gebe, weshalb das Offerieren im Ermessen der Anbieter liege (Eingabe vom 16. April 2018, Rz. 3).

**9.2.8** Zusammenfassend kommt der Experte zum Schluss, dass der Anteil der Baustelleinstallationen gemäss LV 1 Kapitel 113 zum Gesamtauftrag 18.9% bei den Zuschlagsempfängerinnen bzw. 12.0% bei den Beschwerdeführerinnen ausmacht, wobei sich unter Berücksichtigung von Baustelleninstallationspositionen ausserhalb von NPK 113 (und unter Abzug der Positionen gemäss Tabelle 1) der Anteil der Baustelleninstallationen am Gesamtauftrag bei den Beschwerdeführerinnen um 3.0 % auf 15.0 % und bei den Zuschlagsempfängerinnen um 1.8 % auf 20.7 % erhöhe. Da die prozentualen Verhältnisse im Wesentlichen auf den Vorarbeiten des Hilfsgutachters beruhen, gibt es keine triftigen Gründe, welche Anlass geben würden, von den Feststellungen des Experten abzuweichen, was die Beschwerdeführerinnen im Übrigen auch nicht geltend machen. Vielmehr zeigt der Experte in den Beilagen A und B zum Gutachten vom 6. September 2017 nachvollziehbar und schlüssig auf, wie sich die Positionen zusammensetzen. Dasselbe gilt für die dem Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 beiliegenden Tabellen 1 und 2. Die Berechnungen des Experten erweisen sich somit als nachvollziehbar und schlüssig.

### **9.3 Frage 2.b) zum Gutachten vom 6. September 2017: Regeln betreffend die Umlagen bei Baustelleneinrichtungen**

**9.3.1** Nach Darstellung der Beschwerdeführerinnen besteht im Kanton Wallis eine Praxis, die besage, dass die Baustellinstallationen im Verhältnis zu den Bauleistungen insgesamt nicht über 15% betragen dürften (Beschwerde, Rz. 68).

**9.3.2** Die Vergabestelle bestreitet mit Eingabe vom 19. Januar 2015 die beschwerdeführerischen Ausführungen dahingehend, dass es gemäss der Auskunft von Planern keine solche Praxis gebe.

**9.3.3** Zur Frage der Baustelleninstallationskosten im Verhältnis zu den Bauleistungen insgesamt wurden die Kantone durch das Bundesverwaltungsgericht mittels einer Umfrage vom 18. Juli 2017 eingeladen, Stellung zu nehmen. 23 Kantone, einschliesslich des Kantons Wallis, reichten eine Stellungnahme ein. Damit haben mit drei Ausnahmen alle Kantone eine Stellungnahme eingereicht. Gemäss den Eingaben von 23 Kantonen be-

steht in Bezug auf dieses Verhältnis keine einheitliche Praxis. Die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter seien offensichtlich sehr unterschiedlich. Der Kanton Graubünden habe mit einem Rundschreiben aus dem Jahre 2014 darauf hingewiesen, dass er bei erheblichen Umlagerungen von Einheitspreispositionen in Globalen die in Frage stehenden Offerten vom Submissionsverfahren ausschliesse. Auf die Festlegung eines bestimmten Prozentsatzes der Gesamtbausumme, des Offertenmittelwerts etc. sei dabei bewusst verzichtet worden. Es wird im Allgemeinen auf Abweichungen zwischen Offerten geachtet, um Umlagerungen zu erkennen. Es wird auch angemerkt, dass eine Begrenzung auf einen fixen Prozentsatz nicht sinnvoll wäre, da die Anbieter sonst diese Kosten in die Einheitspreise umlagern müssten. Einzelne Kantone geben als Richtwert etwa 15% an. Das Tiefbauamt des Kantons Bern hält fest, dass auch Rückfragen bei den Anbietern zwecks detaillierter Preisanalyse sinnvoll sein können, um unrechtmässige Umlagerungen zu erkennen. Schliesslich wird mehrfach erwähnt, dass eine Umlagerung gemäss kantonaler Praxis auch bereits zum Ausschluss von Anbietern geführt habe. Dabei gibt es Kantone, die etwa im Rahmen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechende Umlagerungen im Sinne einer Preisbildungsvorschrift verbieten. Mehrere Kantone verweisen auch auf die "Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe" der KBOB vom 24. Mai 2015, welche bei den neuen Ausschreibungen Beachtung geschenkt werde.

**9.3.4** Mit Eingabe vom 12. September 2017 äussert sich der Kanton Wallis dahingehend, dass 2016 Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten eingeführt worden seien. Nach diesen dürfe der Gesamtbetrag der Installationen (Kapitel NK 110 des NPK 113) nicht höher als 20% der Gesamtarbeiten sein, das heisst aller benutzter NPKs (Betrag Kapitel 110 nicht inbegriffen).

**9.3.5** Der Experte stellt zunächst fest, dass die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen Stand 2014 keine Vorgaben bezüglich der Höhe des Anteils der Baustelleneinrichtung enthalten. Gemäss dem Experten bestehen Erfahrungswerte bezüglich dem üblichen mittleren Anteil der Baustelleneinrichtungen am Gesamtauftrag. Wenn diese überschritten sind, dränge sich eine genauere Analyse der offerierten Baustelleneinrichtung auf. Dies dürfte bei allgemeinen Tiefbauten bei 7 bis 10%, bei komplexeren Bauten (z.B. Untertagebau) bei mehr als 15% der Fall sein. Bei Projekten mit grossem Anteil an Spezialmaschinen oder aufwändigen Schalungen könne der Anteil nachweislich auch grösser sein. Die Umfrage unter den Kantonen

habe gezeigt, dass es keine Vorgaben zur Höhe des Baustelleninstallationsanteils gebe.

**9.3.6** Die Beschwerdeführerinnen ergänzen mit Eingabe vom 23. März 2018, dass selbst der Kanton Wallis davon ausgehe, dass der Anteil der Installationen nicht höher als 20% sein dürfe, womit sich der Anteil von 20.7% bei den Zuschlagsempfängerinnen als zu hoch erweise, wogegen die Vergabestelle mit Eingabe vom 16. April 2018 davon ausgeht, dass mit Ausnahme von zwei Kantonen keine Vorgaben zum Anteil der Installationspauschale bestehe, weshalb das Offerieren im Ermessen der Anbieter liege. Die Beschwerdeführerinnen weisen mit Eingabe vom 30. April 2018 daraufhin, dass der Kanton Wallis entgegen den Ausführungen der Vergabestelle, wenn auch verspätet, eine Eingabe gemacht habe.

**9.3.7** Nach dem zuvor Gesagten kann den Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden, wenn sie ursprünglich geltend gemacht haben, dass es im Kanton Wallis eine einheitliche Praxis gebe, die besage, dass die Baustelleninstallationen im Verhältnis zu den Bauleistungen insgesamt nicht über 15% betragen dürften. Aus der Auskunft des Kantons Wallis ergibt sich offenkundig vielmehr, dass der Anteil der Bauinstallationen nicht höher als 20% sein soll (vgl. E. 9.3.4 hiervor). Das Gericht hat die Antworten der Kantone unabhängig vom Experten zu würdigen, kommt aber ebenfalls zum Schluss, dass aus diesen insgesamt ergibt, dass es mehrheitlich keine Vorgaben zur Höhe des Installationsanteils gibt. Ausserdem ist in Übereinstimmung mit dem Gutachter davon auszugehen, dass den angegebenen Erfahrungswerten und Schwellen teilweise so zu verstehen sind, dass sie nicht den Ausschluss, sondern eine genauere Analyse nach sich ziehen. Der Experte geht – und hierbei stützt er sich wieder auf eigenes Fachwissen – davon aus, dass sich eine genauere Analyse aufdränge, wenn der Anteil bei allgemeinen Tiefbauten mehr als 7-10%, bei komplexeren Bauten (z.B. Untertagebau) mehr als 15% betrage. Bei Projekten mit einem grossen Anteil an Spezialmaschinen oder aufwändigen Schalungen etc. könne der Anteil nachweislich auch grösser sein. Damit geht er im Umkehrschluss nicht von einer absoluten Obergrenze für Baustelleninstallationen von 20 Prozent aus. Diese Beurteilung ist aus richterlicher Sicht nicht zu beanstanden. Dazu passen auch gewisse Rückmeldungen von Kantonen, nach welchen in Bezug auf einen fixen Prozentsatz insofern Vorsicht am Platze sei, als es jedenfalls nicht wünschenswert erscheint, die Anbieter daran zu hindern, die wahren Baustelleninstallationskosten zu offerieren und zu veranlassen, ihre Baustelleninstallationskosten allenfalls in andere Positionen des Leistungsverzeichnisses umzulagern.

#### **9.4 Frage 2.c) zum Gutachten vom 6. September 2017: Besondere Gründe für höheren Prozentsatz bei Baustelleneinrichtungen**

**9.4.1** Die Vergabestelle macht mit Eingabe vom 10. Juli 2017 geltend, dass gemäss der Auskunft von Planern neben der Art der zu erbringenden Bauleistung gerade bei der Baustelleninstallation die örtlichen Platzverhältnisse des Projekts, die Organisation der ausführenden Unternehmung sowie die örtliche Nähe dieser Baufirma zum Bauplatz einen wesentlichen Einfluss auf den prozentualen Anteil zu den Gesamtkosten haben. Die Beschwerdeführerinnen hätten ihren Firmenstandort, inklusive Land-, Produktionsstätten und dazugehörigen Logistikreserven neben dem Bauprojekt und damit einen nicht unwesentlichen Standortvorteil, was sich auf die Höhe der Baustelleneinrichtungskosten auswirke.

**9.4.2** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen mit Eingabe vom 14. Juli 2017, dass sich der Standortvorteil einzig bei Transporten zur und von der Baustelle weg bemerkbar mache. Dieser Aufwand sei im Verhältnis zur gesamten Installationspauschale vernachlässigbar klein. Die Distanzen der Beschwerdeführerinnen wie auch der Zuschlagsempfängerinnen seien infolge verschiedener Standorte als vergleichbar zu betrachten. Grossunternehmungen könnten für das Anmieten von Gerätschaften zudem bessere Konditionen verhandeln. Die Zuschlagsempfängerinnen könnten schliesslich Synergieeffekte mit einer bestehenden Baustelle sowie zwei früheren Baustellen in der Nähe für sich nutzen.

**9.4.3** Als Grund für einen höheren Prozentsatz bei den Baustelleneinrichtungskosten nennt der Experte mit Gutachten vom 6. September 2017 (in der den Geschäftsgeheimnissen der Zuschlagsempfängerinnen Rechnung tragenden Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017) die geografische Lage der Baustelle, die Platzverhältnisse, die verschiedenen Objekte und Bauaufgaben sowie den Bauablauf, wobei es sich um eine eher komplexe Aufgabe handle. Analoge und zum Teil schwierigere Sanierungsprojekte würden heute allenthalben zur Ausführung gelangen. Eine ausserordentliche Besonderheit liege bei diesem Projekt nicht vor. Der Aufwand würde von den Randbedingungen der Anbieter abhängen, namentlich von den Standorten, Lager- und Deponiemöglichkeiten, vorhandenen eigenen Maschinen, Geräten sowie Abschränkungen. Die von den Verfahrensbeteiligten (in ihren Eingaben vom 10. und 14. Juli 2017) erwähnten Vorteile seien für die wesentliche Preisdifferenz bei der Position Baustelleneinrichtung dagegen nicht entscheidend, wobei der Experte diesbezüglich auf die

Antwort zu Frage 3.b verweist (Gutachten vom 6. September 2017 in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017, S. 4).

**9.4.4** Die Vergabestelle bringt mit Eingabe vom 20. November 2017 vor, dass im Sanierungsprojekt Casermetta eine Besonderheit darin bestehe, da es keine Ausweichachse für den Verkehr gebe ("Sanierung unter Verkehr"). Zudem seien sehr schwierige Installationsverhältnisse, lange und kalte Winter, Sicherung von Arbeitsstellen und Unterbrüche nach extremen Wetterereignissen zu berücksichtigen. Diesen Besonderheiten sei im Rahmen des Gutachtens zu wenig Rechnung getragen worden.

**9.4.5** Die Beschwerdeführerinnen entgegnen mit Eingabe vom 24. November 2017 im Wesentlichen, dass die von der Vergabestelle vorgebrachten Argumente, etwa lange Winter und Sanierung unter Verkehr, keinen direkten Zusammenhang mit den Mengen des Leistungsverzeichnisses hätten.

**9.4.6** Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs stellte der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 9. Januar 2018 in Bezug auf die Baustelleninstallationskosten die folgende Ergänzungsfrage an den Gutachter:

Ergänzungsfrage 1: Lassen sich aus der besonderen Verkehrssituation Schlüsse ziehen auf die Komplexität des in Frage stehenden Sanierungsprojekts, welche sich in Bezug auf die Toleranz betreffend Reserven und/oder Baustelleninstallationen auswirken können?

**9.4.7** Zur Ergänzungsfrage 1 führt der Experte mit dem Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018 bezüglich der Kosten für die eigentlichen Baustelleninstallationen (insbesondere die Globalpositionen für Maschinen, Geräte, Büros, Werkstätten etc.) aus, dass die Bewerber alle vorhandenen Randbedingungen berücksichtigen müssten. Vorliegend handle es sich um Sanierungsarbeiten an verschiedenartigen Bauwerken einer Gebirgsstrasse unter einspurigem Verkehr. Es seien aufgrund der begrenzten Platzverhältnisse eher kleinere Maschinen und Geräte für zum Teil nicht sehr grosse Arbeitsvolumen einzusetzen. Dies wirke sich auch auf die Einheitspreise aus. Verkehrsbedingt massgeblich ins Gewicht fallende, ausserordentliche Einrichtungen seien nicht erforderlich. Es handle sich insgesamt eher um ein schwieriges (komplexes) Bauvorhaben, dessen Anteil an Baustelleninstallationen sowie dem Bauen unter Verkehr höher als üblich sein dürfte. Die enormen Preisdifferenzen bei den Installationen (NPK-Kapitel 113) der vier eingegangenen Offerten würden jedoch zeigen, wie

unterschiedlich die Bewerber ihre diesbezüglichen Ressourcen einsetzen und verrechnen würden.

**9.4.8** Der Beurteilung des Experten folgend kann gesagt werden, dass es sich um ein eher komplexes Projekt handelt (vgl. auch E. 5.5.9 hiervor). Es ist auch nachvollziehbar, dass der Anteil an Baustelleninstallationskosten, namentlich aufgrund der unterschiedlichen Bauwerke und der kleinräumigen Verhältnisse zu unterschiedlichen Randbedingungen der Anbieter etwas höher als üblich sein dürfte.

#### **9.5 Frage 2.d) zum Gutachten vom 6. September 2017: Auffälligkeiten beim Angebot der Zuschlagsempfängerinnen**

**9.5.1** Der Experte stellt mit Gutachten vom 6. September 2017 fest, dass der Anteil der Baustelleneinrichtung bei den Zuschlagsempfängerinnen gemessen am Gesamtauftrag mit 18.9% hoch sei. Er sei 25% grösser als bei einer der übrigen Anbieterinnen (15.0%), welche summenmässig ebenfalls ca. 6,2 Mio. Franken offeriert habe. Im Vergleich mit dem Angebot der Beschwerdeführerinnen (12.0%) liege der Anteil gar 50% höher. Durch das Ergänzungsgutachten ergibt sich einerseits eine Präzisierung dahingehend, dass sich unter Berücksichtigung von Positionen ausserhalb des LV1 Kapitel 113 (und unter Abzug der Positionen LV 1, die "nach Anfall bzw. Ausmass" anzubieten waren) der Gesamtprozentsatz der Zuschlagsempfängerinnen auf 20.7% erhöht. Die Angaben des Experten bezüglich der Baustelleneinrichtungspositionen beruhen auf den Zahlen des Hilfsgutachters. Die entsprechenden Ausführungen erweisen sich als schlüssig. Es gibt keine triftigen Gründe, davon abzuweichen. Zusammenfassend beurteilt der Experte den Anteil der Baustelleneinrichtung gemäss Offerte der Zuschlagsempfängerinnen gemessen am gesamten Beitrag als hoch. Durch die Berechnung gemäss Ergänzungsgutachten wird indessen die Differenz zu den Beschwerdeführerinnen (mit 15.0%) kleiner (vgl. zum Ganzen auch E. 9.2.8 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen beanstanden insoweit, dass der Experte den Anteil der Baustelleneinrichtung nicht als "zu hoch" beschreibt. Darauf ist indessen sogleich im Rahmen der Beurteilung der Rechtmässigkeit des Verzichts auf den Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen zurückzukommen.

**9.5.2** Zusammenfassend gilt es nun die Frage zu beantworten, ob unabhängig von spezifischen Preisbildungsregeln und allfälligen Feststellungen in Bezug auf Indizien für die spekulative Natur der Offerte der Zuschlags-

empfängerinnen allein schon der Anteil der Baustelleninstallationspauschale gemessen an der Gesamtoffertsumme der Zuschlagsempfängerinnen zum Ausschluss dieser Offerte führen muss. Davon gehen die Beschwerdeführerinnen neu aus, nachdem sich ihre ursprüngliche Argumentation, wonach nach Walliser Praxis schon jeder Baustellenanteil von über 15 Prozent als rechtswidrig zu bezeichnen wäre, als unhaltbar erwiesen hat (vgl. E. 9.3.1 i.V.m. E. 9.3.4 hiervor). 20.7 Prozent sei auch mehr als der im Wallis maximal tolerierte Anteil von 20 Prozent (Stellungnahme vom 23. März 2018 Rz. 9). Hierzu kann erstens gestützt auf die in E. 9.3.3 gewürdigte Umfrage unter den Kantonen sowie in Übereinstimmung mit dem Gutachter festgestellt werden, dass es keine mehrheitliche Praxis der Kantone gibt, die einen maximalen Anteil der Baustelleninstallationen am Gesamtauftrag vorgibt, und dies schon gar nicht mit der Wirkung, dass die Konkurrentin den Ausschluss entgegen dem Willen der Auftraggeberin erzwingen kann. Vorliegend handelt es sich um ein eher komplexes Projekt, wobei einzelne Kantone mit Erfahrung im Tiefbau bei komplexen Projekten einen Anteil von bis 20 bis 25% tolerieren. In Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Höhe der Baustelleninstallationen gemäss dem Angebot der Zuschlagsempfängerinnen ist festzuhalten, dass der Anteil der Baustelleninstallationskosten gemessen am Gesamtangebot als hoch bewertet werden kann; dies gilt unabhängig von der Frage, ob auch Baustelleninstallationskosten ausserhalb von NPK 113 untersucht werden (vgl. E. 9.2.8 hiervor). Die hohe Summe an Baustelleninstallationskosten erklärt sich indes teilweise durch die speziellen Randbedingungen der Baustelle, welche ein eher komplexes Bauprojekt darstellt (vgl. E. 9.4.8 hiervor). Auch wenn die Verkehrsführung entgegen den Vorbringen der Vergabestelle nicht noch eine weitere Besonderheit ausmachen sollte, was nach dem Gesagten offen bleiben kann – der Gutachter hält dazu lapidar fest, dass der Bau neuer Strassen im freien Gelände heute die Ausnahme bilde (Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018, S. 2) – ist die Komplexität des Projektes jedenfalls ein Argument, um Baustelleninstallationen in der vorliegend zu beurteilenden Höhe als rechtskonform erscheinen zu lassen. Das Gutachtertivum liesse sich – ganz ähnlich wie Art. 38 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BBI 2019 4505) in Bezug auf ungewöhnlich niedrige Angebote – höchstens so interpretieren, dass ab einem gewissen Prozentsatz Baustelleninstallation, beispielsweise 15 Prozent, eine Rückfrage bei der Anbieterin zur Plausibilisierung der Kalkulation erfolgen sollte. Da die Vergabestelle im vorliegenden Fall aber mit Schreiben vom 6. November 2014 unbestrittenmassen eine Rückfrage getätigt hat mit dem Ziel, das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen zu plausibilisieren, spricht das gerade nicht für

Rechtswidrigkeit, sondern ist zugunsten der Vergabestelle zu vermerken. So oder anders kann es zwar sein, dass die Vergabestelle das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen hätte ausschliessen dürfen. Das heisst aber nicht, dass sie es allein wegen der Höhe des Bauinstallationsaufwands gemessen am Gesamtangebot auch hätte ausschliessen müssen, zumal die Ausschreibungsunterlagen keine Regel enthielten, die eine Maximalhöhe des Baustellenaufwands zum Gegenstand gehabt hätten. Die Vergabestelle weist mit Stellungnahme vom 16. April 2018 (S. 3) auch zutreffend darauf hin, dass die KBOB-Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe vom 28. Mai 2015, welche durchaus relevante Aussagen zu Umlagerungen zwischen einzelnen Leistungspositionen und Baustelleneinrichtungen enthalten (vgl. dazu E. 12.1.2 i.V.m. E. 12.3.3 f. hiernach), nicht – wie es nach dem Konzept der Beschwerdeführerinnen der Fall sein müsste – an Prozentzahlen der Baustelleneinrichtung gemessen am Gesamtaufwand anknüpfen.

#### **10. Frage 3 an den Gutachter gemäss Verfügung vom 11. Juli 2017 betreffend Indizien für Umlagerungen**

**10.1** Am 11. Juli 2017 wurden dem Experten sodann instruktionsrichterliche Fragen betreffend einen allfälligen Zusammenhang zwischen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis gegenüber den Ausführungsplänen einerseits und der Offertkalkulation der Zuschlagsempfängerinnen bzw. möglichen Spekulationen oder Preisumlagerungen gestellt.

Frage 3.a): Kann ein Zusammenhang zwischen den Abweichungen von Leistungsverzeichnis zu den Ausschreibungsplänen einerseits und den Angebotspreisen der Zuschlagsempfängerinnen andererseits festgestellt werden?

Frage 3.b): Gibt es diesbezügliche oder anderweitige Indizien für Spekulationen bzw. Umlagerungen?

#### **10.2 Frage 3.a): Abweichungen vom Leistungsverzeichnis und Angebotspreise der Zuschlagsempfängerinnen**

**10.2.1** Der Experte erläutert, dass sich die 51 untersuchten Positionen zusammenfassend wie folgt verteilen:

Gruppen (farbliche Hinterlegung)	Anzahl	Mengenabweichungen gemäss Hilfsgutachten	Angebotspreise der Zuschlagsempfängerinnen
Gelb	10	keine relevanten	im Rahmen der übrigen Bewerberinnen
Blau	4	grössere	im Rahmen der übrigen Bewerberinnen
Grün	13	zum Teil vorhanden	höhere Preise als Beschwerdeführerinnen
Rot	24	grössere	vergleichsweise tief/sehr tief

Bei der gelben Gruppe sei im Hilfsgutachten keine Abweichung festgestellt worden. Zudem liegen die entsprechenden Angebotspreise im Rahmen der übrigen Bewerber. Damit lasse sich aus diesen Positionen nichts zuungunsten der Zuschlagsempfängerinnen ableiten. Bei den blau hinterlegten Positionen seien zwar grössere Mengenabweichungen feststellbar, welche sich aber ebenfalls im Rahmen der übrigen Anbieter bewegen würden. Daraus schliesst der Gutachter, dass die Preisgestaltung durch die Zuschlagsempfängerinnen ebenfalls ohne Berücksichtigung bzw. Ausnützung allfällig erkannter Abweichungen erfolgt sei. Bei den grün hinterlegten Positionen seien die seitens der Zuschlagsempfängerinnen eingereichten Angebotspreise zwar höher als jene der Beschwerdeführerinnen, liegen aber nicht wesentlich über dem Durchschnitt aller vier Bewerber. Bei den rot hinterlegten Positionen sei eine Mengenabweichung sowie tiefe bzw. sehr tiefe Preise der Zuschlagsempfängerinnen feststellbar. Die Feststellung von Mengenabweichungen und eine entsprechende Berücksichtigung bei der Preisgestaltung könnte gemäss dem Experten hier vermutet werden. Entgegen dieser (hypothetischen) Möglichkeit führt der Experte aus, dass die Zeitspanne für die Offertstellung für diese eher komplexe Ausschreibung verhältnismässig kurz war. Die Anbieter hätten wohl keine umfangreichen Vergleiche zwischen den Plänen und den Ausmassen vornehmen können. Dass der Aufwand für derartige detaillierte Vergleiche zwischen den Plänen und den ausgesetzten Mengen gross sei, würden auch die umfangreichen Zusammenstellungen zu einzelnen Positionen bei den

Eingaben der Beschwerdeführerinnen zeigen. Die Anbieter würden grundsätzlich ihre firmenspezifischen Randbedingungen der Kalkulation zu Grunde legen. Knapp die Hälfte der 51 untersuchten Positionen seien tief und nicht bzw. kaum kostendeckend. Auffällig seien insbesondere Einheitspreise mit 0.1 Franken pro Einheit. Der Experte stellt fest, dass die Einheitspreise mit 0.1 Franken pro Einheit (z.B. NPK 217 Positionen 213.206, 811.003, 822.211, 831.111 und NPK 211 Position 711.214, 751.114) sowie von einem Franken pro Einheit (z.B. NPK 211 Position 323.215 und NPK 237 Position 224.111) nicht kostendeckend sind. Der Bauherr habe für verschiedene dieser Positionen Preisbestätigungen verlangt und auch erhalten. Ein Zusammenhang zwischen diesen Tiefpreispositionen und den im Hilfsgutachten festgestellten Mengenabweichungen könne indes nicht nachgewiesen werden. Es sei auch nicht anzunehmen, dass ausschliesslich die Zuschlagsempfängerinnen eine Plausibilisierung der Vorausmasse vorgenommen habe, da die zeitlichen und sachlichen Randbedingungen bei allen Anbietern gleich gewesen seien. Zudem gebe es auch bei den Beschwerdeführerinnen Positionen, in welchen sie im Vergleich zu den anderen beiden Anbieterinnen C und D deutlich tiefere Preise offeriert hätten. Auch ihnen sei nicht zu unterstellen, dass ihre Preisgestaltung aufgrund der festgestellten Mengenabweichungen zwischen den Plänen und den ausgesetzten Ausmassen erfolgt sei (Gutachten vom 6. September 2017, S. 6 f.). Ausserdem stellt der Gutachter fest, dass der Anteil der roten Positionen gemessen an der Gesamtsumme der 51 untersuchten Positionen bei den Zuschlagsempfängerinnen 25.7 Prozent betrage (Gutachten vom 6. September 2017, S. 6 f.).

**10.2.2** Die Vergabestelle äussert sich zu ihrer Vorgehensweise bezüglich der Tiefpreispositionen dahingehend, dass sie zu verschiedenen Positionen mit tiefen Preisen Preisanalysen eingeholt habe (Stellungnahme vom 5. Dezember 2017, S. 3), namentlich zu NPK-Position 113.111.002, welche die gesamte Baustelleinrichtung für die Dauer der Leistungen des Unternehmers beschreibt. Die Vergabestelle habe dabei die Plausibilität der Angebote bewertet, wobei das Leistungsverzeichnis nicht in dieser Tiefe wie im Gutachten bewertet worden sei. Bei den Preisanalysen hätten keine unzulässigen Abweichungen festgestellt werden können (Dossier 2). Ausserdem habe die Vergabestelle die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses einander gegenübergestellt, jedoch ebenso wenig systematische Abweichungen feststellen können (Stellungnahmen vom 5. Dezember 2017 und vom 9. November 2015).

**10.3** In Beilage C zum Gutachten vom 6. September 2017 geht der Experte vertieft auf die roten Positionen (Tiefpreispositionen) ein.

**10.3.1** NPK-Positionen 113.252.101 und 252.201

Der Experte führt aus, dass alle Anbieter die vorhandenen Reserven bei NPK 113 Position 252.101 hätten erkennen können. Aufgrund der vielen ausgesetzten Positionen sei jedoch nicht davon auszugehen, dass der tiefe Preis darauf zurückzuführen sei. Die Zuschlagsempfängerinnen hätten bezüglich Material und Handling ausgewiesene Erfahrung. Das Gleiche gelte für NPK 113 Position 252.201. Die Preisdifferenz sei jedoch kleiner.

**10.3.2** NPK-Position 117.213.206

Gemäss dem Experten ist die Überprüfung des Ausmasses dieser Position relativ gross. Es sei nicht anzunehmen, dass die Zuschlagsempfängerinnen die Abweichung von ca. 40% erkannt hätten. Die Differenz zwischen den Beschwerdeführerinnen und den Zuschlagsempfängerinnen sei nicht übermässig gross. Die Einzelpositionen seien dagegen äusserst verschieden. Es würden somit firmenspezifische Kalkulationen diesen Positionen zugrunde liegen.

**10.3.3** NPK-Position 117.219.111

Die detaillierte Zusammenstellung vom 9. Februar 2017 zeigt laut dem Experten den Aufwand, der zur Überprüfung des Ausmasses dieser Position erforderlich sei. Weder die Zuschlagsempfängerinnen noch die Beschwerdeführerinnen dürften innerhalb der knappen Frist für die Ausarbeitung der Offerte einen solchen Aufwand betrieben haben.

**10.3.4** NPK-Positionen 131.422.517 und 422.527

Bei Abtragsarbeiten seien nach Ansicht des Experten Überraschungen aufgrund des Zustandes des Betons möglich, was allgemein bekannt sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten einen sehr tiefen Preis eingesetzt. Die Differenzen bei den Angeboten seien sehr gross. Dennoch könne aufgrund des Preises nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdeführerinnen das Ausmass kontrolliert hätten.

### **10.3.5 NPK-Position 131.422.803**

Das effektive Ausmass dieser Position liegt laut dem Experten bei ca. 10% des ausgesetzten Ausmasses. Gleichwohl hätten die Zuschlagsempfängerinnen einen Preis offeriert, der deutlich höher als derjenige der Beschwerdeführerinnen sei. Es würden somit firmenspezifische Kalkulationen diesen Positionen zugrunde liegen.

### **10.3.6 NPK-Position 211.323.215**

Gemäss dem Hilfsgutachten würde nach Ansicht des Experten nur bei einem Projekt Unterlagen betreffend die bestehende Felsoberfläche zur Bestimmung des Ausmasses bestehen. Damit könne nicht unterstellt werden, dass die Zuschlagsempfängerinnen den Preis aufgrund erkannter Differenzen zwischen Plänen und Ausmass festgelegt haben. Es sei denkbar, dass sie aufgrund ihrer Erfahrung davon ausgehen konnte, dass das Ausmass zu gross sei.

### **10.3.7 NPK-Positionen 211.711.214 und 751.114**

Der Experte führt zu den NPK-Positionen 211.711.214 und 751.114 aus, dass die Preise der Beschwerdeführerinnen wie auch der Zuschlagsempfängerinnen tief seien. Die Preise seien offenbar aufgrund firmenspezifischer Randbedingungen bestimmt worden.

### **10.3.8 NPK-Positionen 221.111.212 und 411.224**

Der Aufwand für die Ausmassbestimmung dieser NPK-Positionen ist gemäss dem Experten gross, weshalb er von den Anbietern wohl kaum betrieben worden sei.

### **10.3.9 NPK-Position 223.213.112**

Gemäss den Ausführungen des Experten könnten die Zuschlagsempfängerinnen aufgrund der Ausführung analoger Arbeiten, ein zu hohes Ausmass bei dieser Position vermutet haben. Allerdings hätten sowohl die Beschwerdeführerinnen als auch die Zuschlagsempfängerinnen bei allen Teilobjekten denselben, jedoch unterschiedlich hohen Preis eingesetzt.

**10.3.10 NPK-Position 237.224.111**

Laut dem Experten ist bei dieser NPK-Position ein minimaler Preis eingesetzt worden. Dies dürfte jedoch kaum aufgrund eines Vergleichs zwischen den Plänen und dem Vorausmass geschehen sein. Zudem falle immer noch eine erhebliche Menge dieser Leistungen an.

**10.3.11 NPK-Position 266.323.116 und 323.117**

Der Experte führt aus, dass gemäss Hilfsgutachten die Hälfte der ausgeschriebenen Menge anfallen dürfte. Es könnte jedoch die gesamte Menge verlangt werden. Der tiefe Preis sei wohl nicht auf die Feststellung der geschätzten Menge zurückzuführen.

**10.3.12 NPK-Positionen 266.351.116 und 351.117 und 351.118**

Gemäss der Offerteingabe würden die Zuschlagsempfängerinnen über konkrete Erfahrungen bezüglich dieser Art von Gewölbeunterfangungen verfügen, erläutert der Experte. Gleichwohl sei die Preisdifferenz im Vergleich zur Mehrheit der Anbieter nicht gross. Auch bei dieser Position sei nicht davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerinnen die sehr konservative Bestimmung der Mengen erkannt haben.

**10.3.13** Zusammenfassend geht der Experte davon aus, dass kein Zusammenhang zwischen Tiefpreispositionen und den im Hilfsgutachten ausgewiesenen Mengenabweichungen bestehe. Insbesondere sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerinnen die Berechnung der Vorausmasse, infolge des grossen Aufwandes, nicht auf sich genommen haben. Schliesslich falle bei einigen in Beilage C erläuterten Positionen auch auf, dass nicht nur die Zuschlagsempfängerinnen, sondern auch die Beschwerdeführerinnen im Vergleich zu den beiden weiteren Anbieterinnen deutlich tiefere Preise offeriert hätten.

**10.3.14** Die Beschwerdeführerinnen bekräftigen in ihrer Stellungnahme zum Beweisergebnis ihre Rüge, wonach es sich um eine untaugliche Ausschreibung handle, da die Leistungsverzeichnisse nicht mit den Ausführungsplänen übereinstimmen würden. Es stelle sich dabei die Frage, welche Konsequenzen aus den gravierenden Abweichungen sich ergeben können. Gemäss der juristischen Lehre sei diese Abweichung Voraussetzung für Spekulationen, welche wiederum in zulässige und unzulässige Spekulationen unterteilt werden könne. Bei zehn Positionen des Leistungsverzeichnisses hätten die Zuschlagsempfängerinnen nicht den tiefsten

Preis offeriert. Bei acht Positionen seien sie sogar die teuersten Anbieter. Diese Positionen ohne Reserve müsse man nämlich zu einem guten Preis abrechnen können. Die tiefen Preise bei den anderen Positionen würden über die Installationspauschale kompensiert. Daraus zeige sich eine Systematik, da die Zuschlagsempfängerinnen "zufällig" bei den Positionen mit hohen Reserven tiefe Preise offerieren würden (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 16 ff.).

**10.3.15** In Bezug auf die Abweichungen gruppieren die Beschwerdeführerinnen 46 der 51 untersuchten Positionen, da es sich bei fünf der 51 Positionen um Unterpositionen handle, wie folgt (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 20):

	Kostenart 1	Kostenart 2	Kostenart 3	Kostenart 4
	Billigstes Angebot bei Reserve > 10% bei 982%	Billigstes Angebot bei Reserve < 10%	Billigstes Angebot bei 0% Reserve bzw. zu wenig Ausmass	Teuerstes Angebot bei 0% Reserve bzw. zu wenig Ausmass
	Insgesamt 36 Positionen	Insgesamt 2 Positionen	Insgesamt 8 Positionen	Insgesamt 8 Positionen
Zuschlagsempfängerinnen	28	-	-	3
Beschwerdeführerinnen	3	1	5	1
Anbieterin C	2	-	1	-
Anbieterin D	3	1	2	4

**10.3.16** Zur vorgenommenen Gruppierung in vier Kostenarten gemäss der oben aufgeführten Tabelle führen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen aus, dass die Zuschlagsempfängerinnen bei zehn Positionen (Kostenart 2) nicht den tiefsten Preis offeriert hätten. Bei acht Positionen (Kostenart 3) seien sie sogar die teuersten Anbieter. Die Kompensation erfolge bei den Baustelleninstallationen. Bei der Kostenart 1 hätten die Zuschlagsempfängerinnen bei 28 von 36 Positionen den tiefsten Preis eingesetzt. Die Preise der Zuschlagsempfängerinnen seien in den Kostenarten 1 und 2 um 36% tiefer sowie in den Kostenarten 3 und 4 um 45.6% höher als diejenigen der Beschwerdeführerinnen. Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen zeige sich daraus eine Systematik, da ein Zufall aufgrund der Gesamtumstände (strafrechtliche Umstände) schwer zu glauben sei (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 21 ff.).

**10.3.17** Die Vergabestelle verteidigt sich mit Eingabe vom 16. April 2018 dahingehend, dass sich aus dem Gutachten des Experten ein anderes Beweisergebnis ergebe (Eingabe vom 16. April 2018, Rz. 4).

**10.3.18** Der Experte wurde beauftragt, auch nach Anzeichen für weitere Spekulationen und Umlagerungen zu untersuchen, weshalb es sich rechtfertigt darauf einzugehen, bevor im Sinne einer Gesamtwürdigung zu prüfen ist, ob dem Experten zu folgen ist (siehe E. 11 hiernach).

#### **10.4 Frage 3.b): Indizien für Spekulationen oder Umlagerungen**

**10.4.1** Der Experte geht - trotz teils tiefen Einheitspreisen - davon aus, dass den Zuschlagsempfängerinnen weder Spekulationen noch Umlagerungen vorgeworfen werden können. Die voraussichtlich auszuführenden Mengen seien bei den untersuchten Positionen mehrheitlich nach wie vor relativ gross und würden zu den angebotenen, tiefen Preisen vergütet. Es würden gesamthaft betrachtet keine gegenüber den übrigen Angeboten auffällig überhöhte Positionspreise vorliegen. Es habe keine Umlagerung innerhalb der Baustellinstallationen (Einheitspreispositionen) stattgefunden, um einen potentiellen Zusatzgewinn zu erzielen. Höhere Kosten bei den Baustelleninstallationen könnten trotz Vergabe an den preisgünstigen Anbieter infolge Mengenänderungen negative Auswirkungen für den Bauherrn haben, da Pauschalpreispositionen jedenfalls ausbezahlt würden (allenfalls *pro rata*). Würde ein Drittel der im Leistungsverzeichnis (LV2) enthaltenen Mengen nicht zur Ausführung gelangen, so resultierte nach Ansicht des Experten bei den Zuschlagsempfängerinnen ein Offertpreis von Fr. 21'498'034.– und würde bei den Beschwerdeführerinnen ein Offertpreis

von Fr. 21'518'116.– ergeben. So grosse Mindermengen über alle Positionen seien jedoch nicht anzunehmen. Die Mengenreduktion bei den 51 untersuchten Positionen mache indes nur 31.2% bei den Beschwerdeführerinnen aus, weshalb dem Bauherrn gesamthaft betrachtet kein Nachteil entstehen dürfte.

**10.4.2** Bezugnehmend auf die Ergänzungsfrage 2 erläutert der Experte, dass die Differenz der Summe der Baustelleneinrichtung zwischen den Bewerbern kleiner geworden sei, weshalb aufgrund der neuen Zahlen ca. 40% der Bauleistungen nicht ausgeführt werden müssten, bis die Offerte der Beschwerdeführerinnen für den Bauherrn vorteilhafter würde (Ergänzungsgutachten vom 12. Februar 2018, S. 4).

**10.4.3** Es ist im Folgenden unter Würdigung von Fragen 2 und 3 des Gutachtens vom 6. September 2017 darauf einzugehen, ob es zu unzulässigen Spekulationen, Umlagerungen oder Verstössen gegen Preisbildungsregeln gekommen ist. Wie bereits erwähnt, erübrigt es sich aufgrund der nachfolgenden Erkenntnisse näher auf die Beweislastverteilung einzugehen (vgl. E. 11.2.5 hiernach).

## **11. Spekulationen und Umlagerungen**

**11.1** Die Beschwerdeführerinnen machen betreffend allfällige Spekulationen nach der Erstattung des Gutachtens nunmehr hauptsächlich geltend, es bestehe eine Systematik, da die Beschwerdeführerinnen bei acht Positionen (Kostengruppe 4) teurer waren als die Zuschlagsempfängerinnen während sie bei den Positionen mit hohen Reserven in 28 von 36 Fällen die günstigeren Anbieterinnen seien. Anders ausgedrückt seien die Zuschlagsempfängerinnen um 36% günstiger in den Kostenarten 1 und 2. Dagegen seien sie um 45.6% teurer in den Kostenarten 3 und 4. Die Beschwerdeführerinnen sehen darin ein systematisches Ausnützen des Leistungsverzeichnisses (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 23. März 2018, Rz. 21 ff.).

**11.2** Soweit die Beschwerdeführerinnen ein systematisches Ausnützen des Leistungsverzeichnisses durch die Zuschlagsempfängerinnen und eine damit verbundene Umlagerung von Kosten von Einheitspreispositionen in Global- bzw. Pauschalpreispositionen aus den Offerten ableiten, kann ihnen nicht gefolgt werden.

**11.2.1** Vorliegend wurde die Vergabe am 4. September 2014 auf der Internetplattform SIMAP publiziert. Frist für die Eingabe der Offerte war der

15. Oktober 2014. Aufgrund der knappen Zeit für das Studium der umfangreichen Leistungsverzeichnisse ist dem Experten folgend nicht davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerinnen die grossen Mengenabweichungen in den Leistungsverzeichnissen festgestellt haben. Dafür wäre der Aufwand bei der vorliegenden Vergabe schlicht zu hoch. Dies zeigt sich eindrücklich aus den aufwendigen Berechnungen der Beschwerdeführerinnen in Beilage 1.1 zur Eingabe vom 9. Februar 2017 sowie aus der Aussage der Beschwerdeführerinnen, wonach der Sachverhalt nicht leicht erkennbar sei, sondern sich erst nach intensiver Offertbearbeitung ergebe (Beschwerde, Rz. 67), weshalb auch die Rügen der Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren gegen die Ausschreibung im Zwischenentscheid vom 30. September 2015 nicht als verspätet betrachtet wurden (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.2.1 "Casermettatunnel"; vgl. dazu auch E. 6.3.3 hiervor). Diese Aussage deckt sich folgerichtig auch mit der Aussage des Experten zum Gutachten vom 28. August 2015 (definitive Fassung). Zusammenfassend erweisen sich diese Ausführungen des Experten als nachvollziehbar und schlüssig. Daher wäre eine Spekulation jedweder Art allein schon aus diesem Grund zu verneinen, wobei nachfolgend dennoch auf die Frage nach Anzeichen für eine Spekulation bzw. Umlagerung einzugehen ist.

**11.2.2** Bei der Frage nach allfälligen Spekulationen ist vorab in Erinnerung zu rufen, dass eine Anbieterin grundsätzlich frei ist, ihre Preise zu kalkulieren und die Art und Weise, wie sie ihren Aufwand in Einheitspreise umrechnet, steht ihr ebenfalls frei (vgl. MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2382; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00256 vom 3. Dezember 2003 E. 4). Sie kann auch von ihren tatsächlichen Kosten abweichen. Dies kann etwa aufgrund eines erhöhten Konkurrenzdrucks, der aktuellen Beschäftigungssituation oder aber der besonderen Struktur einer Unternehmung geschehen (vgl. zur Zulässigkeit von Unterangeboten auch E. 7.3 hiervor). Es ist den Zuschlagsempfängerinnen auch nicht verwehrt, sich bei der Plausibilisierung der ausgeschriebenen Menge auf ihre Erfahrungen wie auch ihre spezifischen Randbedingungen abzustützen, solange es sich um eine übliche Schätzung handelt. Hinzu kommt, dass sogar wenn ein Anbieter bei einem Einheitspreisvertrag Reserven in einem Mengengerüst entdeckt, eine kaufmännisch begründete Preisgestaltung zumindest unter Vorbehalt von Treu und Glauben (Nichtaufklärung über unbeabsichtigte Fehler) statthaft wäre (vgl. hierzu MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2318). Selbst wenn die Zuschlagsempfängerinnen aufgrund ihrer Erfahrungen mit früheren Baustellen (kaufmännisch begründete) Annahmen zu den ausgeschriebenen

Mengen in den einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses getroffen hätten, wäre dies nach dem zuvor Gesagten statthaft, sofern keine (unzulässige) Spekulation bzw. Umlagerung stattgefunden hat.

**11.2.3** In Bezug auf die geltend gemachten Umlagerungen in der Position der Baustelleninstallationen ist festzuhalten, dass der Anteil der Baustelleninstallationskosten gemessen am Gesamtangebot bei den Beschwerdeführerinnen wie auch bei den Zuschlagsempfängerinnen als auffällig hoch bewertet werden kann (vgl. E. 9.2.8 hiervoor). Die hohe Summe an Baustelleninstallationskosten erklärt sich indessen durch die speziellen Randbedingungen der Baustelle, welche ein eher komplexes Bauprojekt darstellt (vgl. E. 9.4.3 i.V.m. E. 9.5.2 hiervoor). Die Preisdifferenzen bei den Installationen (Kapitel 113) der vier eingegangenen Offerten beruhen dabei nebst den unterschiedlichen Randbedingungen auf einer unterschiedlichen Kalkulation. Trotz der auffälligen Höhe der Baustelleinstallationskosten ist der Schluss auf rechtswidrige Umlagerung durch das Gutachten vom 6. September 2017 widerlegt, welches in den Antworten des Gutachters zu Fragen 2 und 3 nachvollziehbar und schlüssig darlegt, dass in den Positionen der Baustelleninstallationskosten keine sachfremden und unüblichen Kostenteile zu entdecken sind. Kommt hinzu, dass zwischen den Tiefpreispositionen und den im Hilfsgutachten festgestellten Mengenabweichungen durch den Experten kein Zusammenhang festgestellt werden konnte. Vielmehr fällt auf, dass sich das Bild der untersuchten Positionen nicht einheitlich zeigt. Bei 13 der 51 untersuchten Positionen haben die Beschwerdeführerinnen höhere Preise als die Zuschlagsempfängerinnen offeriert, was ebenso zeigt, dass bei der Offerte der Zuschlagsempfängerinnen keine systematischen Abweichungen enthalten sind. Gleiches gilt auch für die vertiefte Untersuchung der roten Tiefpreispositionen, wo hauptsächlich firmenspezifische Umstände die unterschiedlichen Preise erklären (vgl. Beilage C des Gutachtens vom 6. September 2017), weshalb dem gutachterlichen Befund zu folgen ist. Die fehlende Systematik der 51 Positionen vermag auch die beschwerdeführerische Einteilung in vier Kostenarten nicht zu erklären. Es ist somit mit dem Gutachter namentlich im Sinne der Antwort auf die Gutachterfrage 3b festzuhalten, dass keine Indizien für Umlagerungen erkennbar sind (vgl. E. 10.4.1 hiervoor). Auch aus der Natur der angebotenen Leistungen schliesst der Experte nicht auf Indizien für Umlagerungen. Er erwähnt in diesem Zusammenhang Lohnkosten für Bauführer vor Ort, Bauführer für AVOR, Bauführer für Ausmass sowie Controlling und Baustellenadministration. Auch die relativ grossen Aufwendungen für Arbeitsvorbereitungen (AVOR) werden vom Gutachter nicht als Indiz für Umlagerungen gewertet (Gutachten vom 6. September 2017, S. 8), sondern

mit Blick auf eine entsprechende Preisbildungsregel erwähnt, auf welche nachfolgend einzugehen sein wird. Diese Beurteilung ist nicht zu beanstanden.

**11.2.4** Der Vollständigkeit halber sei der Umstand zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerinnen nachträglich in ihren Eingaben vom 17. November 2017 und 23. März 2018 daran zweifeln, ob die 51 untersuchten Positionen für die gesamte Vergabe aussagekräftig sind. Dies braucht nicht vertieft zu werden, da dieses Vorbringen im Widerspruch zu den ursprünglichen prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen betreffend die (auf die geprüften 51 Positionen beschränkte) Einholung eines Gutachtens steht, ohne dass das Gutachten überraschende Erkenntnisse gebracht hätte, die Anlass für neue Beweisanträge geben würden (vgl. E. 6.3.1 hiavor).

**11.2.5** Nach dem zuvor Gesagten ist nicht von einer (unzulässigen) Spekulation bzw. eine Umlagerung von Kosten von Einheitspreispositionen in Global- bzw. Pauschalpreispositionen auszugehen. Nicht geklärt ist damit, ob die Offerte wegen eines Verstosses gegen die aufgestellten Preisbildungsregeln vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, wie es die Beschwerdeführerinnen rügen. Denn ein Verstoß gegen die Preisbildungsvorschriften bedingt keinen Bezug zu einer Spekulation (vgl. E. 8.1.1 hiavor; MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 148 f.). Der Experte geht diesbezüglich vertieft auf die Position des "fehlenden Endzuschlags" unter den Baustelleninstallationskosten ein, welche zu einem grossen Teil aus Lohnkosten besteht (vgl. Beilage D2 zum Gutachten vom 6. September 2017). Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob das Offerieren der Lohnkosten in der Position der Baustelleninstallationskosten sich angesichts der Preisbildungsregeln als zulässig erweist.

## **12. Verstoß gegen Preisbildungsregeln**

### **12.1 Fehlender Endzuschlag**

**12.1.1** Zur Position Baustelleinrichtung führt der Experte mit Gutachten vom 6. September 2017 (Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017) im Rahmen der Beantwortung der Frage 3.b) aus, dass er auf die besonderen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses hinweisen wolle (Ziff. 252.130), welche Umlagerungen verbiete. Die eingereichte Preisanalyse der Zuschlagsempfängerinnen enthalte zur Position "Gesamte Baustelleneinrichtung" (NPK Kap. 113 Pos. 111.002) einen Betrag von Fr. 1'922'500.– mit dem Vermerk "fehlender Endzuschlag" (Gutachten vom

6. September in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017, S. 8). Dieser entspreche der Differenz zwischen den Baustelleneinrichtungsangeboten der Zuschlagsempfängerinnen und der Beschwerdeführerinnen. Aufgrund einer durch die Vergabestelle verlangten Präzisierung der Zuschlagsempfängerinnen gehe hervor, dass gut 60% dieser Position Lohnkosten für Bauführer vor Ort, Bauführer für AVOR Bauführer für Ausmass und Controlling und Baustellenadministration beinhalte. Auch Anbieterin C habe ihre indirekten Kosten (Overhead) derart offeriert. Relativ grosse Aufwendungen für AVOR und Dienste für Elektriker und Mechaniker seien auch aufgeführt. Solche Lohnkosten würden üblicherweise in dieser Position offeriert. Ein Unterschied bestehe darin, dass nur bei den Zuschlagsempfängerinnen ein namhafter Betrag für die Unterkunft und die Kantine enthalten sei. Diese Aussagen des Experten stützen sich auf die Offerten und Preisanalysen, weshalb keine Gründe ersichtlich sind, davon abzuweichen.

**12.1.2** Um die nachfolgenden Ausführungen zu verstehen, ist der Newsflash des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) Nr. 37 vom November 2015 (Beilage 34 der Vergabestelle) kurz zu erläutern. Bezugnehmend auf die KBOB-Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Bauhauptgewerbe vom 28. Mai 2015 führt der SBV zunächst aus, dass für die Zurechnung der Kosten für Aufsicht und Führung drei Varianten zur Verfügung stehen. Unterschieden wird die Variante A, wonach die Gesamtkosten für Aufsicht und Führung auf den Grundlohn aufgerechnet werden. Die Variante B ist dadurch gekennzeichnet werden, dass auf Sicht und Führung auf die Werkkosten 1 aller vier Kostenelemente zugeschlagen werden und damit ebenfalls nicht der Baustelleneinrichtung zugerechnet werden. Die Zurechnung der Gesamtkosten für Aufsicht und Führen nicht in die Einheitspreise, sondern die Baustelleneinrichtung, kennzeichnet wiederum die Variante C. Der SBV führt dazu aus, Kosten für Aufsicht und Führung seien primär bauzeitabhängige Kosten, wogegen die geleisteten Arbeitsstunden der Belegschaft mengenabhängig seien. Zugleich sei die KBOB der Ansicht, dass es sich bei Variante C um eine unzulässige Kostenumlagerung handle, weshalb sie ihren Mitgliedern empfohlen habe, diese Kalkulationsmethode nicht zuzulassen. Deshalb empfehle der SBV wiederum den Verzicht auf die Variante C, wenn in den Ausschreibungsunterlagen auf ein Verbot derselben hingewiesen werde. Damit nimmt sie Bezug auf den Mustertext, den die KBOB gemäss der dritten Empfehlung vom 28. Mai 2015 vorschlägt. Nach dieser sollen die Ausschreibungsunterlagen eine Klausel enthalten, wonach Angebote, in denen unzulässige Umlagerungen von z.B. Aufsicht und

Führung in die Preise für die Bauinstallation vorgenommen wurden, aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können.

**12.1.3** Die Beschwerdeführerinnen bringen mit Eingabe vom 17. November 2017 vor, dass für die Kalkulation der Preise das vorgegebene Kalkulationsschema des SBV zu verwenden sei. Am Schluss sei der Endzuschlag hinzuzurechnen.

**12.1.4** Die Vergabestelle äussert sich mit Eingabe vom 5. Dezember 2017 dahingehend, dass gemäss dem SBV für die Kostenkalkulation drei Varianten zur Verfügung stünden. Weder in den Ausschreibungsunterlagen noch nach SIA-Norm 118 bestünden Vorgaben bezüglich der zu kalkulierenden Kosten für die Aufsicht und Führung, weshalb die Kalkulation den Anbietern freigestellt sei.

**12.1.5** Mit Eingabe vom 23. März 2018 entgegnen die Beschwerdeführerinnen, dass sich der Endzuschlag von 1,9 Mio. Fr. bei den Zuschlagsempfängerinnen bei Minderaufwand an Bauleistungen als falsch erweise, was bei korrekter Verwendung des Kalkulationsschemas des SBV nicht so wäre. Die Vergabestelle habe zudem R 293.100 der besonderen Bestimmungen nicht ernst genommen (Stellungnahme vom 23. März 2018, Rz. 31). Im Endzuschlag würden sich Aspekte befinden, die nicht zulässig seien (Material, Lohn, Inventar sowie Fremdleistung). Die Vergabestelle versuche diesen Umstand zu verschleiern, indem sie auf die Vorgehensmöglichkeiten gemäss SBV hinweise. Dabei schreibe der SBV in seinen Empfehlungen, dass es sich bei der Variante C um eine unzulässige Kostenumlagerung handle, weshalb sie ihren Mitgliedern ein Verbot dieser Variante empfohlen habe. Ein solches Verbot finde sich entgegen der Ansicht der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen ("Umlagen von z.B. Lohnkosten auf andere Positionen sind nicht zulässig."). Bei einer neuen Ausschreibung habe die Vergabestelle ihren Fehler erkannt, wobei ausdrücklich auf das Verbot hingewiesen werde. Die Kosten für die "Aufsichts- und Führung" hätten deshalb gemäss den Ausschreibungsunterlagen in die Einheitspreise eingerechnet werden müssen.

**12.1.6** Die Vergabestelle hält mit Eingabe 16. April 2018 an ihrem Standpunkt fest. Es sei zwar zutreffend, dass die KBOB ein Verbot von Variante C *empfehle*. In der vorliegenden Ausschreibung habe es hingegen keine diesbezüglichen Vorgaben oder Verbote seitens der Vergabestelle gegeben. Die Vergütung der Installationspauschale sei nach SIA-Norm 118 ausgeschrieben worden und somit sei diese für alle Anbieter gleich. Es habe

folglich im Ermessen der Anbieter gelegen, welche Installationspauschalen sie im Rahmen ihrer kalkulatorischen Möglichkeiten angeboten hätte; diese würden letztlich auf dem Grundsatz der freien Marktwirtschaft basieren.

## **12.2 Vorgaben der Ausschreibung**

**12.2.1** Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen legen die Spielregeln des Vergabeverfahrens sowohl für die Vergabestelle als auch für die Anbietenden verbindlich fest (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.4.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"). Gemäss den besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 721.110) gelten alle gültigen SIA-Normen gemäss Vertragsentwurf. Gemäss Ziff. 2.4 des Vertragsentwurfs gilt insbesondere die SIA-Norm 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten" [2013], wobei gemäss Ziff. 8 des Vertragsentwurfs Art. 86 der SIA-Norm 118 wegbedungen wird, womit der vereinbarte Einheitspreis ohne Rücksicht auf die ausgeführte Menge gilt.

Art. 39 Abs. 1 Satz 1 der SIA-Norm 118 (2013) bestimmt:

"Der Einheitspreis bestimmt die Vergütung für eine einzelne Leistung, die im Leistungsverzeichnis (Art. 8) als separate Position vorgesehen ist. Er wird je Mengeneinheit festgesetzt, so dass sich die für die Leistung geschuldete Vergütung nach der gemäss Art. 141 festgestellten Menge ergibt."

**12.2.2** Gemäss den besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 250.130) sind Preisumlagerungen vorliegend unzulässig:

"In jeder Position die für das Erbringen der beschriebenen Leistung effektive anfallenden Kosten für Löhne, Material, Maschinen bzw. Inventar, Lieferungen franko Einsatzstelle, Zusatz- und Nebenarbeiten, etc. Die für eine qualitativ einwandfreie Ausführung erforderlich sind, einzurechnen. Umlagerungen von z.B. Lohnkosten auf andere Positionen sind nicht zulässig."

**12.2.3** Gemäss den besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. R 293.100) ist bezüglich der Kalkulationsschemata vorgeschrieben:

"In den Kalkulationsschemata sind die effektiv kalkulierten Endzuschläge anzugeben, welche in den Preisanalysen und Nachtragspreisen zur Anwendung gelangen."

**12.2.4** In Dokument F der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 11.3 (Dossier 3) sind die Kalkulationsschemata 300 bzw. 400 des SBV beigefügt.

**12.2.5** Gemäss Dokument F, Ziff. 11.2 (Dossier 3) sind Preisanalysen für insgesamt fünfzehn Positionen, namentlich für NPK-Position 113.111.002, bestimmt. Die Anbieter hatten die verlangten Preisanalysen mit der Offerte einzureichen. Mit Schreiben vom 6. November 2014 wurden die Zuschlagsempfängerinnen aufgefordert, zu LV Pos. 113.111.002 die Position "fehlender Endzuschlag" in Höhe von 1.922 Millionen Franken zu erläutern, bestimmte Einheitspreise zu bestätigen sowie zusätzliche Preisanalysen für bestimmte Preispositionen einzureichen. In diesem Zusammenhang hat die Vergabestelle die Frage aufgeworfen, warum der Endzuschlag in der Installationsglobalen eingerechnet sei. Die Zuschlagsempfängerinnen sind dieser Aufforderung mit den entsprechenden Preisanalysen vom 10. und 14. November 2014 nachgekommen (vgl. Dossier 2).

**12.2.6** Aus der Preisanalyse zu den Baustelleninstallationskosten der Zuschlagsempfängerinnen geht hervor, dass die Position "fehlender Endzuschlag" der Baustelleninstallationseinrichtung (NPK 113D/95 Position 111.002) zu einem überwiegenden Anteil aus Lohnkosten besteht, wobei diese Bauführer vor Ort, Bauführer AVOR 2015-2018, Bauführer gemäss Organigramm umfasst. Der Rest beinhaltet die Kosten für die Baustellenadministration und die Kosten der Arbeitsgemeinschaft (Beilage D2 zum Gutachten vom 6. September 2017).

### **12.3 Praxis zur Zuordnung von Lohnkosten**

**12.3.1** Die Zuordnung von Lohnkosten unter die Position der Baustelleninstallationskosten erweist sich besonders bei Mengenveränderungen als problematisch. Bei den Kosten für Aufsicht und Führung handelt es sich in erster Linie um zeitabhängige Kosten. Dagegen sind die Arbeitsstunden der Belegschaft mengenabhängig. Wird Art. 86 der SIA-Norm 118 – wie im vorliegenden Fall (vgl. E. 6.2.3 hiervor) – wegbedungen, so gilt der vereinbarte Einheitspreis auch bei Mengenänderungen über 20%. Offeriert ein Anbieter Einheitspreise, die nur in vermindertem Mass zum Tragen kommen, so kann eine Unterdeckung der zeitabhängigen Kosten resultieren (vgl. Newsflash Nr. 37 des SBV vom November 2015, S. 2). Rechtsvergleichend kann diesbezüglich auch auf die Empfehlung des Arbeitskreises VI des fünften Deutschen Baugerichtstages vom 23./24. Mai 2014 verwiesen werden. Darin wird darauf hingewiesen, dass ein wesentliches Konfliktpo-

tential bei Vergütungsanpassung in dem Preisermittlungsbestandteil "Baustellengemeinkosten" zu sehen sei. Für einen sachgerechten Umgang mit diesen Preisbestandteilen bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen sowie bei Bauzeitanpassungen biete es sich an, dafür eine eigenständige Vergütungsposition BGK (Baustellengemeinkosten) zu schaffen (Deutscher Baugerichtstag e.V., 5. Deutscher Baugerichtstag vom 23./24. Mai 2014, Empfehlung 3a [[https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak\\_alle.pdf](https://baugerichtstag.de/wp-content/uploads/2019/03/5ak_alle.pdf)], zuletzt besucht am 7. März 2020]).

**12.3.2** Eine der gebräuchlichsten Kalkulationsmethoden in der Schweiz fusst auf der Wegleitung des SBV ("Grundlagen der Vorkalkulation"), welche zwischen direkten und indirekten Kosten unterscheidet. Darauf nimmt auch der in Erwägung 12.1.2 hiervoor beschriebene Newsflash Nr. 37 des SBV vom November 2015 Bezug. Zu den direkten Kosten zählen jene Kosten, die direkt zugeordnet werden können, namentlich die Kosten für direkt produktives Personal, Material, Inventar und Fremdleistungen. Zu den indirekten Kosten zählen jene, die den Leistungspositionen nicht direkt zugerechnet werden können, wobei zwischen Lohnnebenkosten, Baustellengemeinkosten (Löhne, Material, Inventar und Fremdleistungen), Kosten für Aufsicht (Poliere) und Führung der Baustelle (Bauführer, Vermessung, technische Bearbeitung, Arbeitsvorbereitung, Überwachung, Baubüro) sowie Endzuschläge unterschieden wird (Verwaltungskosten, die dem Unternehmer durch den Betrieb als Ganzes erwachsen; vgl. ANTON EGLI, Vorbemerkungen zu Art. 84 – 91, in: Gauch/Stöckli [Hrsg.], Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., Zürich 2017, Rz. 51 ff.).

**12.3.3** Der Newsflash Nr. 37 des SBV vom November 2015 (Kalkulationsschema SBV: KBOB empfiehlt Verbot für "Variante C") kommt – wie in Erwägung 12.1.2 hiervoor dargestellt – zum Schluss, dass auf die Zurechnung der Gesamtkosten für Aufsicht und Führung zur Baustelleneinrichtung verzichtet werden sollte, wenn in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen wird, dass diese Kalkulationsart nicht erwünscht ist. In dieser Situation werde deshalb empfohlen, Variante A oder B zu wählen.

**12.3.4** Gemäss den Empfehlungen der KBOB vom 28. Mai 2015 zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten in Angeboten für Arbeiten im Hauptbewerbe ist in den Ausschreibungsunterlagen darauf hinzuweisen, dass keine unzulässigen Umlagerungen in die Preise für die Baustelleninstallation erlaubt werden, wobei die Empfehlungen der KBOB namentlich auf die Position Aufsicht und Führung Bezug nehmen. EDUARD TÜSCHER erläutert

die Empfehlung unter anderem dahingehend, dass dadurch eine verbesserte Vergleichbarkeit der Offerten erreicht werden soll (KBOB-Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten: zwei Standpunkte, in: Baurecht 2916, S. 73 ff.). JÖRG BUCHER, der in gewissen Punkten gegen die KBOB-Empfehlungen argumentiert, stellt fest, dass das ASTRA in neueren Vergaben (meint: im Jahre 2015) die KBOB-Empfehlungen bereits umsetzt (KBOB-Empfehlungen zum Umgang mit Umlagerungen von Kosten: zwei Standpunkte, in: Baurecht 2016, S. 75 ff.).

#### **12.4 Fazit zur Zuordnung von Lohnkosten**

**12.4.1** Formulierungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Das gilt auch für die allfällige Aufstellung von Preisbildungsregeln (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.3.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"). Nur über die Auslegung erschliesst sich, ob eine bestimmte Textpassage der Ausschreibungsunterlagen tatsächlich eine Preisbildungsregel enthält und, falls ja, was sie genau vorschreibt; das gilt insbesondere für Normpositionstexte (MARTIN BEYELER, Preisspekulation, a.a.O., S. 149).

**12.4.2** Bei der erwähnten Zuordnung gewisser Lohnkosten handelt es sich um eine zum Zeitpunkt der Ausschreibung übliche Praxis zur Leistungsvergütung unter NPK 113, weshalb diese auch von der Anbieterin C der Overhead (indirekte Kosten) derart offeriert wurde. Die Beschwerdeführerinnen haben zumindest einen Teil ihrer Lohnkosten ebenfalls unter den Baustelleninstallationskosten offeriert (vgl. Gutachten vom 6. September 2017, S. 8). Dies könnte zumindest darauf hindeuten, dass alle Beteiligten die im Gutachten zitierte Vorgabe in Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 250.130 gleich verstanden haben, dass für Arbeiten, die in einzelnen Positionen anzugeben sind, die entsprechenden Lohnkosten ebenfalls aufzuführen sind, wogegen für die indirekten Kosten (Overhead) das Einbuchen in die Baustelleninstallationen jedenfalls in gewissem Umfang als akzeptabel angesehen wird. Das kann aber mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben.

**12.4.3** Die Vergabestelle weist zutreffend darauf hin, dass gemäss den Ausschreibungsunterlagen keine Vorgaben bezüglich der zu kalkulierenden Kosten für Aufsicht und Führung gemacht wurden. Daran vermag auch Umstand nichts zu ändern, dass unter Position R Ziff. 250.130

"Umlagerungen von Lohnkosten" unzulässig sind. Die vorliegend zu beurteilende Ausschreibung erfolgte nämlich im Herbst 2014 und damit bevor die KBOB ihre Empfehlungen zu den Baustelleninstallationskosten abgegeben hat. Bis zum Erscheinen der Empfehlungen der KBOB vom 28. Mai 2015 wurde die Kalkulation des Overhead (indirekte Kosten) für Aufsicht und Führung unter den Baustelleninstallationskosten bei Ausschreibungen weitgehend toleriert, weshalb auch die besonderen Bestimmungen Bau (Dokument B1 der Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 250.130), welche Umlagerungen von Lohnkosten verbietet, von den Parteien nicht dahingehend verstanden werden mussten, dass sie nicht nur die Einrechnung der sogenannten direkten, regelmässig mengenabhängigen Lohnkosten, sondern auch die Einrechnung von Aufsicht und Führung nicht gestatten würden. Dies deckt sich mit der Ansicht des Experten, wonach es sich bei der Einberechnung von Führung und Aufsicht in den Endzuschlag um eine - zumindest bis zur Publikation der KBOB-Empfehlungen - übliche Vorgehensweise handelte (vgl. Gutachten vom 6. September 2017 in der Fassung gemäss Verfügung vom 10. Oktober 2017, S. 8). Diese Auslegung der Ausschreibungsunterlagen ist im Ergebnis auch im Einklang mit dem Newsflash Nr. 37 des SBV vom November 2015, wo darauf hingewiesen wird, dass bei einem ausdrücklichen Verbot von Variante C ein Ausschluss vom Vergabeverfahren resultieren könne, weshalb in solchen Situationen "bis zur Klärung des Sachverhalts" eine Offerte nach Variante A oder B empfohlen werde. Daran ändert auch der beschwerdeführerische Einwand nichts, wonach die Vergabestelle nunmehr in ihren neueren Ausschreibungen diese Variante verbiete (vgl. Eingabe vom 30. April 2018, Rz. 15). Vielmehr sind die Ausschreibungsunterlagen in ihrer Gesamtheit systematisch auszulegen. Wenn die fragliche Vorgabe betreffend die Lohnkosten – in einer in den von den Beschwerdeführerinnen angeführten neueren Beispielen vergleichbaren Weise – in Zusammenhang mit Klauseln, die den KBOB-Empfehlungen entsprechen, auszulegen ist, würde das dafür sprechen, dass das Verbot der Umlagerung von Lohnkosten auch indirekte Lohnkosten umfasst (vgl. mutatis mutandis in Bezug auf die Preisbildungsregel zum Verbot von Negativpreisen das Urteil des BVGer B-4373/2019 E. 3.2.4.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch"). Fehlen aber entsprechende Vorgaben wie in der vorliegenden Ausschreibung, ist darin das entscheidende Argument zu sehen, dass sich das Verbot der Umlagerung von Lohnkosten den vom Gutachter beschriebenen Gepflogenheiten vor Ergehen der KBOB-Empfehlungen entsprechend so zu verstehen ist, dass direkte Lohnkosten nicht umgelagert werden dürfen. Dies zumal ein Verbot von Umlagerung, das "nur" direkte Lohnkosten umfasst, die in Frage

stehende Vorschrift nicht ihres Gehalts entleert, sondern - wie dargelegt - den damaligen Gepflogenheiten entspricht. Im Übrigen ist auch Art. 43 Abs. 2 der SIA-Norm 118 betreffend Baustelleneinrichtungen zu allgemein gehalten, als dass daraus eine den vorliegenden Fall entscheidende Preisbildungsregel abgeleitet werden könnte. Abzulehnen ist aber der sinngemässe Hinweis der Vergabestelle, dass das Fehlen von entsprechenden Vorgaben der Logik der freien Marktwirtschaft entspricht. Das Bemühen um die Vergleichbarkeit der Offerten dient mehreren Gesetzeszielen des geltenden Beschaffungsrechts, worunter namentlich das Gleichbehandlungsgebot, die selbstverständlich ebenfalls auf der Logik der freien Marktwirtschaft aufbauen.

**12.4.4** Zusammenfassend kann nach dem Gesagten festgehalten werden, dass kein Verstoss gegen Preisbildungsregeln vorliegt, womit es sich vorliegend um ein konformes Angebot der Zuschlagsempfängerinnen handelt. Ein Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen besteht damit nicht.

**12.4.5** Offen gelassen werden kann bei diesem Ergebnis, ob eine Umlagerung kausal für den Zuschlag sein müsste, damit ein Anspruch der Beschwerdeführerinnen auf Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen besteht. Folgte man dieser Ansicht wäre ein Anspruch auf Ausschluss der Zuschlagsempfängerinnen von vornherein abzulehnen, da auch bei einer sehr grossen Mengenreduktion von einem Drittel im Leistungsverzeichnis (LV2) dem Bauherrn vorliegend kein Nachteil entstünde.

### **13.**

Bereits mit Zwischenentscheid vom 7. Juli 2016 ist festgehalten worden, dass das Angebot in Bezug auf die Verkehrsführung nicht als Variante zu beurteilen ist, dass sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen betreffend die Bewertung der Offerten anhand der qualitativen Zuschlagskriterien als unbegründet erweisen und dass das Angebot der Zuschlagsempfängerinnen nicht wegen Unvollständigkeit bzw. Nichteinhaltung von Vorgaben gemäss den Ausschreibungsunterlagen betreffend die Auftragsausführung auszuschliessen ist (vgl. dazu das Urteil des BGer 2C\_688/2016 vom 12. August 2016). Nachdem die Beschwerdeführerinnen auch mit ihren Rügen insbesondere betreffend die Ausmassreserven und die Umlagerungen bzw. die Baustelleninstallation nicht durchdringen, ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

**14.**

Bei diesem Verfahrensausgang unterliegen die Beschwerdeführerinnen, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr sowie den Auslagen (Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Praxisgemäss beläuft sich dieser bei Beschwerdeverfahren über den Zuschlag in der Regel auf 10% des Auftragsvolumens (vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 7.1 "Kurierdienst BAG I"). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert rund 3,3 Mio. Fr., was nach Art. 4 VGKE zu einer Gerichtsgebühr zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– führt. Bei der Verlegung der mit diesem Urteil zu verlegenden Kosten sind auch die Zwischenentscheide vom 24. Februar 2014, 30. September 2015 und 7. Juli 2016 zu berücksichtigen. Zwar wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt sowie dem Vorbringen der Vergabestelle im Zwischenentscheid vom 30. September 2015, wonach die Beschwerdeführerinnen eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die Angaben der Ausschreibungsunterlagen treffe, nicht gefolgt. Allerdings ändert dieser Umstand nichts an der Tatsache, dass der Aufwand des vorliegenden Verfahrens derart weit überwiegend in Bezug auf Rügen angefallen ist, die sich als unbegründet erwiesen haben, dass die mit Zwischenentscheid vom 30. September 2015 getroffene Feststellung, wonach die Rügen betreffend die Ausmassreserven materiell zu behandeln sind, nichts daran ändern, dass kein Anlass besteht, die Kosten anders als dem Dispositiv des Endentscheids entsprechend zu verlegen, nach welchem die Beschwerdeführerinnen wie auch schon in Bezug auf den Zwischenentscheid vom 7. Juli 2016 vollständig unterliegen. Unter Berücksichtigung des grossen Aufwands ist die Gerichtsgebühr auf insgesamt Fr. 25'000.– festzusetzen, den unterliegenden Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– zu entnehmen.

**14.1** Zu den Auslagen gehören auch die Kosten für das Vorgutachten, das Hauptgutachten betreffend die Bewertung, für das Gutachten zu den Ausmassreserven, für das Ergänzungsgutachten sowie für das Hilfgutachten. Sachverständige werden dabei nach Aufwand aufgrund der eingereichten

Kostennote entschädigt (Art. 20 Abs. 1 und 3 VGKE). Ist nichts anderes vereinbart, so richtet sich die Entschädigung für Auslagen und Spesen nach Artikel 11 VGKE (Art. 20 Abs. 6 VGKE).

**14.1.1** Für das Vorgutachten wurde am 13. Juli 2015 ein Beweiskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.– eingefordert. Am 9. August 2016 wurde festgestellt, dass der zu verrechnende Aufwand des Experten den Beweiskostenvorschuss für das Vorgutachten und das Hauptgutachten von Fr. 20'000.– um Fr. 10'000.– übersteigt, weshalb ein zusätzlicher Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– für das Hauptgutachten sowie von Fr. 30'000.– für das Hilfsgutachten erhoben wurde.

**14.1.2** Mit Verfügung vom 26. Oktober 2016 wurde den Verfahrensbeteiligten die Zwischenrechnung des Experten zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 18. November 2016 die Auszahlung von Fr. 25'000.– verfügt wurde. Am 14. August 2017 wurde den Verfahrensbeteiligten die Rechnung des Hilfsgutachters zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 5. September 2017 die Auszahlung von Fr. 30'311.70 verfügt wurde. Schliesslich wurde den Parteien am 3. April 2018 die Schlussrechnung des Experten zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb die Auszahlung des Restbetrags von Fr. 9'400.– am 26. April 2018 veranlasst wurde.

**14.1.3** Die Auslagen belaufen sich demnach insgesamt auf Fr. 64'711.70. Sie sind entsprechend den Ausführungen zu den Verfahrenskosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen und mit den geleisteten Beweiskostenvorschüssen von insgesamt Fr. 60'000.– zu verrechnen. Der Saldo ist nach Eintritt der Rechtskraft der Gerichtskasse innert 30 Tagen zu überweisen.

**14.2** Die Beschwerdeführerinnen haben zufolge Unterliegens keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle jedoch ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 89'711.70 werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr von Fr. 25'000.– sowie den Auslagen von Fr. 64'711.70. Dieser Betrag wird den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 85'000.– entnommen.

Der Restbetrag von Fr. 4'711.70 ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

### **3.**

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

### **4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 116838; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben)
- den Experten (A-Post)
- den Hilfsexperten (A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: 20. März 2020