Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-2197/2011
stm/bum

Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiber Martin Buchli.

Parteien

A._____,
vertreten durch Dr. Andreas Güngerich und/oder Anita Buri,
Rechtsanwälte, Kellerhals Anwälte, Kapellenstrasse 14,
Postfach 6916, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB, Hochschulstrasse 6,
3000 Bern 65, per Adr.: Infrastruktur-Projekte,
Durchmesserlinie, Kasernenstr. 95, 8021 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen – Projekt Zürich HB, Durchmesserlinie,
A 2, Fahrtreppen, Zuschlagsverfügung vom 25. März 2011,
Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.

A.a Am 16. Juli 2010 schrieb die Schweizerische Bundesbahnen AG, Infrastruktur – Projekte (im Folgenden: SBB AG oder Vergabestelle), einen Auftrag für Lieferung, Montage und Wartung von Verkehrs-Fahrtreppen im Hauptbahnhof (HB) Zürich auf der Internetseite SIMAP.CH öffentlich aus (Meldungsnummer 512817). Für die detaillierten Teilnahmebedingungen und technischen Vorgaben wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Bis zum Ende der Offerteingabefrist vom 1. September 2010 gingen drei Angebote bei der Vergabestelle ein.

A.b Die A._____ reichte keine Offerte ein, äusserte indessen mit Schreiben 2. September 2010 ihr Bedauern über den Umstand, dass die Ausschreibung "versteckt platziert" gewesen sei, und bemängelte ausserdem unnötige technische Vorgaben, mittels welcher die A._____ faktisch "von einer wettbewerbsfähigen Teilnahme an der Submission ausgeschlossen" worden sei.

A.c Auf das Schreiben der A._____ vom 2. September 2010 antwortete die Vergabestelle am 9. September 2010, wobei sie die Vorwürfe der A._____ vollumfänglich zurückwies.

A.d Am 20. Januar 2011 gelangte die A._____ erneut an die Vergabestelle, um die ihres Erachtens mit Blick auf nicht eingehaltene sicherheitstechnische Normen und ihre diskriminierende Natur rechtswidrigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu rügen. Sie forderte die Vergabestelle auf, das Verfahren abzubrechen und die Beschaffung rechtskonform neu auszuschreiben.

A.e Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 führte die Vergabestelle aus, es bestehe aus ihrer Sicht keine Veranlassung, das Verfahren abzubrechen und neu auszuschreiben. Auf die Korrespondenz zwischen der A._____ und der Vergabestelle ist in den Erwägungen näher einzugehen.

B.

Am 25. März 2011 publizierte die Vergabestelle die Zuschlagserteilung an die B._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetseite SIMAP.CH (Meldungsnummer 612797).

C.
Gegen den Zuschlag an die B._____ erhob die A._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. April 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt zur Hauptsache, der Zuschlag sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, bezüglich der Vergabe "Zürich HB, Durchmesserlinie, A 2, Fahrtreppen" ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Im Weiteren sei der Beschwerdeführerin nach gewährter Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen.

D.
Mit Verfügung vom 14. April 2011 erteilte der Abteilungspräsident der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und untersagte der Vergabestelle jegliche Vollzugshandlungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

E.
Am 2. Mai 2011 liess sich die Zuschlagsempfängerin innert erstreckter Frist zur Frage der Akteneinsicht vernehmen. Sie bringt vor, der Beschwerdeführerin könne bereits mangels Legitimation zur Beschwerde keine Akteneinsicht gewährt werden. Ausserdem ersuchte sie um Ansetzung einer Frist zwecks Erklärung, ob sie sich als Partei konstituieren wolle.

F.
Gleichtags reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie beantragt, auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten und es sei die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu widerrufen. Im Falle eines Eintretens auf die Beschwerde sei in verfahrensrechtlicher Hinsicht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und in der Hauptsache die Beschwerde abzuweisen. Im Falle eines Eintretens sei zudem das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin insofern zu beschränken, als ihre keine Einsicht in die Offert-unterlagen der an der Ausschreibung beteiligten Anbieterinnen und in den Vergabeantrag, bzw. nur beschränkte Einsicht in die für die vorliegende Fragestellung relevanten Passagen der Verhandlungsprotokolle (Auszug der relevanten Fragen) zu gewähren sei. Zur Begründung des Antrags auf Abweisung des Gesuchs

um Erteilung der aufschiebenden Wirkung macht die Vergabestelle namentlich die Dringlichkeit der in Frage stehenden Beschaffung geltend.

G.
Mit Verfügung vom 3. Mai 2011 wurde der Beschwerdeführerin einstweilen namentlich Einsicht gewährt in die Aktenstücke betreffend die oben beschriebene Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle, das vorgesehene Terminprogramm sowie die der Beschwerdeführerin bereits bekannte Tabelle "Beantwortung der Fragen" (der Anbieter) vom 13. August 2010. Die übrigen Beilagen zur Eingabe der Vergabestelle vom 2. Mai 2011 wurden einstweilen nicht zugestellt.

H.
Mit Eingabe vom 9. Mai 2011 erklärte die Zuschlagsempfängerin ihren ausdrücklichen Verzicht auf eine Beteiligung am Verfahren als Partei und führte aus, dass die bisher erfolgten Ausführungen zur Sache lediglich unter dem Blickwinkel der mangelnden Legitimation der Beschwerdeführerin – und damit zur Begründung, weshalb keine Akteneinsicht gewährt werden könne – erfolgt seien.

I.
Am 10. Mai 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine unaufgeforderte Stellungnahme zu den Ausführungen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vom 2. Mai 2011 ein, mit welcher sie namentlich geltend macht, kein Anbieter sei in der Lage gewesen, ein den einschlägigen Normen entsprechendes Angebot abzugeben.

J.
Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ist, soweit erforderlich, in den Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2. Die SBB AG ist, soweit deren Tätigkeiten unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben, dem BöB direkt unterstellt (Art. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009 E. 1.1 mit Hinweisen). Dies trifft auf das Projekt Durchmesserlinie und die in diesem Rahmen zu tätigende Beschaffung von Fahrtreppen unbestrittenermassen zu. Die zu beurteilende Vergabe beinhaltet die Lieferung, Montage und Wartung von Fahrtreppen und wird seitens der Vergabestelle als Bauauftrag beschrieben. Da mit Blick auf den Preis des berücksichtigten (preisgünstigsten) Angebots von Fr. 11'310'918.00 auch der höchste, für Bauaufträge geltende Schwellenwert gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 (SR 172.056.12) überschritten wird, erübrigen sich Ausführungen zu den verschiedenen Teilgehalten des Auftrags.

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

1.4. Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2.

Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

2.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren. Soweit die Vergabestelle beantragt, die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung sei zu widerrufen, geht dieses Begehren im Antrag auf Abweisung des Gesuches um Gewährung der aufschiebenden Wirkung auf. Wird die aufschiebende Wirkung nicht gewährt, so fällt damit automatisch auch das Superprovisorium dahin.

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

2.2. Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um

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

3.

3.1. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom

24. März 2010 E. 3.1 mit Hinweisen). Vorliegend bestreitet die Vergabestelle die Legitimation der Beschwerdeführerin. Diese habe kein Interesse am streitbetroffenen Auftrag gezeigt und namentlich auch kein Angebot eingereicht. Die Beschwerdeführerin sei damit weder formell noch materiell beschwert.

3.2. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2). Dies gilt auch, soweit im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu prüfen ist, ob auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

4.

4.1. Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG. Als Voraussetzung zur Legitimation nennt Art. 48 Abs. 1 VwVG an erster Stelle die formelle Beschwer, d.h. die Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz und das (jedenfalls teilweise) Unterliegen mit den eigenen Anträgen (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 22; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 850). Im Beschaffungsrecht ergeben sich bei der Anfechtung von Verfügungen betreffend den Zuschlag im offenen Verfahren diesbezüglich keine Besonderheiten: Beschwerdeberechtigt ist in dieser Konstellation grundsätzlich nur, wer sich durch Einreichung eines Angebots am Beschaffungsverfahren beteiligt hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 3.1; vgl. MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 400). Ähnlich wie eine Wahlverfügung wird der Zuschlag insoweit als Verwaltungsakt mit kehrseitiger Wirkung (gegenüber den unterlegenen Anbietern) beschrieben (ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 258 f. Rz. 539), durch welchen formell beschwert wird, wessen Angebot keine Berücksichtigung fand. Demgegenüber zeichnet sich das freihändige Verfahren dadurch aus, dass es nur mit dem Zuschlagsempfänger durchgeführt wird. Am Auftrag interessierte Dritte erhalten in der Regel erst durch die Publikation des

Zuschlages Kenntnis von der Vergabe. Da für diese Dritte demnach gar keine Möglichkeit der Teilnahme am Verfahren bestand, kann der Rechtsschutz gegen die Zuschlagserteilung im freihändigen Verfahren nicht an die Verfahrensbeteiligung anknüpfen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010 E. 3.1; vgl. ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48 N. 8). Auch für die Anfechtung einer Ausschreibung wird keine formelle Beschwer vorausgesetzt, weil in der Ausschreibung erst der Aufruf an die Anbieter zu sehen ist, sich als Verfahrensbeteiligte zu konstituieren (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.3 mit Hinweisen). In jedem Fall muss ein Beschwerdeführer aber ein Interesse an der Erbringung der beschaffungsgegenständlichen Leistung aufzeigen. Nicht ausreichend zur Begründung der Legitimation ist entsprechend etwa das Interesse an der Wahrung des Qualitätsstandards einer Berufsbrache (André Moser, Öffentliches Beschaffungswesen: Rechtsprechung 1998/99, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 6/2000, S. 684, mit Hinweis auf den Entscheid der BRK 1998-5 vom 4. August 1998 E. 2b). Die Legitimation darf jedenfalls nicht so weit gefasst werden, dass die Beschwerde zur verpönten Popularbeschwerde wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010, E. 3.2.3; VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 11; ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Art. 48 N. 12).

4.2. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin kein Angebot eingereicht hat. Die Beschwerdeführerin macht indessen geltend, sie habe vorliegend gar keine Offerte erstellen können, da sie ansonsten eine normwidrige, gesundheitsgefährdende Fahrtreppe hätte anbieten müssen und dies zu Bedingungen, welche es ihr aufgrund der diskriminierenden Natur der technischen Spezifikationen von vornherein verunmöglicht hätte, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Es müsse somit vorliegend zur Beschwerdelegitimation genügen, dass sie als Anbieterin auf dem Markt auftrete und ein Interesse an der Erbringung der Leistung habe, sofern diese rechtskonform ausgeschrieben wird (Beschwerde vom 13. April 2011, S. 6). Sie weist auch darauf hin, dass sich die Rechtswidrigkeit der Vorgaben seitens der Vergabestelle erst aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben habe. Mangels Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen sei es ihr nicht möglich gewesen, sich

früher rechtlich gegen die ihres Erachtens rechtswidrige Ausschreibung zur Wehr zu setzten (Beschwerde vom 13. April 2011, S. 6).

4.3. Zunächst ist festzustellen, die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen als Anbieterin von Fahrtreppen auf dem Markt auftritt und in der Lage ist, die nachgefragten Verkehrs-Fahrtreppen zu erstellen. Ausserdem ergibt sich aus den Akten, dass die seitens der Beschwerdeführerin gerügten technischen Vorgaben tatsächlich erst aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich waren, welche bei der Vergabestelle angefordert werden mussten und nicht mit der Ausschreibung auf der Plattform SIMAP.CH zur Verfügung gestellt wurden. Die Beschwerdeführerin hatte damit – immer unter der Prämisse, dass die von ihr gerügten Vorgaben unzulässig sind und sie deshalb kein Angebot eingereicht hat – jedenfalls keinen Anlass, die Ausschreibung selbst anzufechten (vgl. dazu die Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 4.2.3, je mit Hinweisen). Da mit Blick auf den Katalog anfechtbarer Verfügungen gemäss Art. 29 BöB im offenen Verfahren bis zum Ergehen des Zuschlages kein Anfechtungsobjekt mehr geschaffen wird, kann der Beschwerdeführerin prima facie nicht entgegengehalten werden, die von ihr gerügten technischen Vorgaben hätten bereits früher Gegenstand einer Beschwerde sein müssen.

4.4. Die Legitimation kann der Beschwerdeführerin auch nicht in jedem Fall bereits aufgrund des Umstandes, dass sie keine Offerte eingereicht hat, von vornherein abgesprochen werden. Es kann einer Anbieterin tatsächlich nicht immer zugemutet werden, ein Angebot einzureichen (Entscheid der BRK 1998-5 vom 4. August 1998, E. 2b; vgl. dazu rechtsvergleichend zum deutschen Recht etwa KLAUS WILLENBRUCH/KRISTINA WIEDDEKIND, Kompaktkommentar Vergaberecht, 2. Auflage, Köln 2011, Rz. 27 zu § 107 GWB mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall führt die Beschwerdeführerin dazu aus, sie sei aus Diligenzgründen nicht bereit gewesen, eine solch normwidrige, gesundheitsgefährdende Fahrtreppe zu offerieren (Beschwerde, S. 5; vgl. dazu auch das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Januar 2011, S. 6). Demgegenüber macht die Vergabestelle geltend, es seien von allen Anbietern Anpassungsleistungen zu erbringen gewesen im Sinne einer massgeschneiderten Lösung. Es sei nur der mangelnden Flexibilität der Beschwerdeführerin zuzuschreiben, wenn sie auf das Einreichen einer

Offerte verzichtet habe (Stellungnahme der Vergabestelle vom 2. Mai 2011, S. 6). Für diese Darstellung spricht prima facie immerhin der Umstand, dass drei namhafte Anbieter eine Offerte eingereicht haben, welche zwar teilweise mit technischen Vorbehalten versehen waren (vgl. etwa Beilage 6 zur Eingabe der Vergabestelle vom 2. Mai 2011; Vorbehalt von Anbietern wie "nicht EN-konform", "gemäss EN zu unsicher", "benötigt Risikoanalyse" oder "bedarf einer spez. Bewilligung vom Aufzugsamt"), indessen seitens der Vergabestelle als vollständig beurteilt werden konnten. Wie es sich diesbezüglich vorliegend verhält, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

4.5. Selbst wenn ausnahmsweise bei der Anfechtung eines Zuschlages im offenen Verfahren auf die tatsächliche Teilnahme am Vergabeverfahren verzichtet werden kann, so muss die Beschwerdeführerin, welche keine Offerte eingereicht hat, jedenfalls ein Interesse an der Ausführung des konkreten Auftrags glaubhaft machen (vgl. E. 4.1 hiervor in fine und zur Anfechtung einer freihändigen Vergabe etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2001.00116 vom 9. November 2001 E. 2). Ein Anbieter, der sich ausserstande sieht zu offerieren, hat namentlich klar zu kommunizieren, dass er so behandelt werden möchte, wie wenn er offeriert hätte. Denn ist das Verhalten eines potentiellen Anbieters als Verzicht auf die Teilnahme am Verfahren zu interpretieren, verliert er damit die Legitimation auch dann, wenn diese nicht schon aufgrund der fehlenden Offerte zu verneinen ist (vgl. zum Verzicht auf die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren generell HANSJÖRG SEILER, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [BGG], Handkommentar, Bern 2007, Rz. 13 f. zu Art. 89 BGG).

4.6. Im vorliegenden Fall beklagte sich die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. September 2010 einerseits darüber, dass die Vergabe "derart versteckt platziert" gewesen sei, dass es "quasi unmöglich" gewesen sei, die Ausschreibung zu finden. Ausserdem sei auch die Frist für die Formulierung von Fragen mit 6 Wochen zu kurz gewesen. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle (Stellungnahme vom 2. Mai 2011, S. 5 f.) beschränkte sich die Eingabe der Beschwerdeführerin aber nicht auf diesen Punkt, sondern enthielt ausdrücklich auch Rügen betreffend "restriktive technische Vorgaben" und die dadurch verursachte "Behinderung des Wettbewerbs". Richtig ist aber, dass sich die mit Schreiben vom 20. Januar 2011 und der Beschwerde erhobenen Rügen von denjenigen in der Eingabe vom 2. September 2010 zum Teil

wesentlich unterscheiden. Erst mit Eingabe vom 20. Januar 2011 verlangte die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin den Abbruch und die Neuausschreibung des Verfahrens und führte Sicherheitsbedenken gegen den gewählten Lösungsansatz ins Feld. Soweit die Beschwerdeführerin demgegenüber behauptet, bereits mit Schreiben vom 2. September 2010 darauf hingewiesen zu haben, dass nur eine neue Ausschreibung den Massgaben des Beschaffungsrechts Rechnung tragen könne (Beschwerde vom 13. April 2011, S. 5), ist diese Aussage aktenwidrig. Entscheidend ist zudem, dass das Schreiben vom 2. September 2010 die – nicht weiter zu prüfende – Annahme enthält, die "Frist für eine Beschwerde gegen diese Submission" sei "leider bereits abgelaufen". Darauf folgt ein Satz, wonach sich die A._____ freuen würde, "in Zukunft wieder mit Ihnen" zusammenarbeiten zu können. Dies sei "jedoch nur möglich", wenn der A._____ "auch eine tatsächliche, echte Chance gegeben wird, an Ihren Submissionen so teilnehmen zu können, dass ein Zuschlag möglich ist". In diesem Sinne wurde die Vergabestelle um Stellungnahme innert 30 Tagen ersucht.

Aus diesen Aussagen erhellt, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin bzw. deren Eingabe vom 2. September 2010 nicht so verstehen musste, dass sie trotz unterlassener Einreichung einer Offerte weiterhin wie eine Anbieterin im vorliegenden Verfahren behandelt werden möchte. Vielmehr durfte die SBB AG die Rügen der A._____ als mit Blick auf künftige vergleichbare Projekte geäussert und Ausdruck einer generellen Sicht auf den Anbieterwettbewerb im Bereich der Fahrtreppen verstehen. Darin liegt aber prima facie ein klarer Verzicht auf den Status als interessierte und damit durch den Zuschlag formell beschwerte Anbieterin im vorliegenden Verfahren. Diese Stellung lässt sich nach einer Verzichtserklärung auch nicht wiederherstellen. Demnach hilft es der Beschwerdeführerin nichts, wenn sie später mit Schreiben vom 20. Januar 2011 ausgeführt hat, sie behalte sich die Anfechtung des Zuschlags vor für den Fall, dass die Vergabestelle ihre Auffassung, das vorliegende Verfahren sei abzubrechen, nicht teile. Ob die Beschwerdeführerin ausserdem nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, bereits deutlich vor der Offerteingabefrist vom 1. September 2010 ihre Rügen zu formulieren, wovon die Vergabestelle sinngemäss ausgeht, wenn sie ausführt, für sie sei das Schreiben vom 2. September 2010 "völlig überraschend" gewesen (Stellungnahme vom 2. Mai 2011, S. 5), kann nach dem Gesagten offen bleiben.

4.7. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Eingabe vom 2. September 2010 auf eine Teilnahme am Verfahren verzichtet und sich gerade nicht für die Vergabestelle erkennbar weiterhin um den streitbetroffenen Auftrag bemüht hat. Unter diesen Voraussetzungen besteht prima facie kein Anlass, auf das Erfordernis der formellen Beschwer bei der Anfechtung eines Zuschlags im offenen Verfahren ausnahmsweise zu verzichten. Es erweist sich damit, dass der Beschwerdeführerin aller Wahrscheinlichkeit nach die Legitimation zur Anfechtung des strittigen Zuschlags abzusprechen sein wird. Ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach ohne Interessenabwägung abzuweisen (vgl. E. 3.1 hiervor). Demnach erübrigen sich Ausführungen zum Vorhalt der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle könne sich nicht auf die Dringlichkeit der vorliegenden Vergabe berufen, nachdem sie sich bis zur Fällung des Vergabeentscheids ausserordentlich lange Zeit gelassen habe (Beschwerde vom 13. April 2011, S. 8). Aufgrund dieses Ergebnisses wird der Schriftenwechsel im Hauptverfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken sein, was indessen Gegenstand einer separaten Verfügung sein wird.

5.

Zur Akteneinsicht führt die Zuschlagsempfängerin aus, der Beschwerdeführerin sei gestützt auf das Urteil des Bundesgerichts 1A.72/2002 vom 19. August 2002 E. 2 mangels Legitimation von vornherein keine Akteneinsicht zu gewähren. Dies entspricht insoweit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, als in die eigentlichen Vergabeakten (wie etwa den Vergabeantrag) erst Einsicht gewährt werden kann, wenn die Zuständigkeit des Gerichts geklärt ist (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 5; vgl. zum Ganzen MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., insb. S. 418). E contrario ist aber die Akteneinsicht vor dem Entscheid über die Zuständigkeit zu gewähren, soweit die Akten etwa für die Frage relevant sind, ob das strittige Projekte einen Zusammenhang mit dem Verkehr im Sinne von Art. 2a VöB aufweisen (vgl. zu dieser Zuständigkeitsvoraussetzung E. 1.2 hiervor). Dies gilt mutatis mutandis auch für die Frage der Legitimation. Deshalb sind der Beschwerdeführerin nebst den bereits in ihrer Hand befindlichen Ausschreibungsunterlagen insbesondere auch die für die Frage der Legitimation relevante Korrespondenz mit der Vergabestelle (Beilagen 1-4 zur Stellungnahme der

Vergabestelle vom 2. Mai 2011) ausgehändigt worden. Dasselbe gilt für die (der Beschwerdeführerin überdies offenbar bereits bekannte) Tabelle betreffend die Antworten der Vergabestelle auf die Anbieterfragen vom 13. August 2010 (Beilage 10 zur Stellungnahme vom 2. Mai 2011). Ausserdem ist gegebenenfalls für die Interessenabwägung auch der Terminplan der Vergabestelle (Beilage 5 zur Stellungnahme vom 2. Mai 2011) von Interesse. Dahingestellt bleiben kann unter diesen Umständen, ob die Zuschlagsempfängerin, obwohl ihr nach eigener Erklärung keine Parteistellung zukommt (vgl. dazu ausführlich E. 6 hiernach), ihre Anträge auf Verweigerung der Akteneinsicht anders als mit ihren eigenen Geheimhaltungsinteressen begründen kann. Wäre vorliegend das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wegen Verzichts auf die Einreichung einer Offerte abzuweisen, so müsste möglicherweise – unter Vorbehalt von überwiegenden Geheimhaltungsinteressen der Anbieter – in die technischen Vorbehalte der Anbieter und deren Klärung (Beilagen 6, 7 und 13) Einsicht gewährt werden. Da indessen vorliegend die Verzichtserklärung in der Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle für den Verfahrensausgang massgebend ist, ist die Einsicht in die übrigen Akten, einstweilen zu verweigern. Die Beschwerdeführerin kann sich aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ohne weiteres ein Bild machen von der Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1470/ 2010 vom 24. März 2010 E. 7). Die weitergehende Gewährung der Akteneinsicht im Hauptverfahren bleibt vorbehalten. Angesichts der unaufgeforderten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 10. Mai 2011 erübrigt es sich zu prüfen, ob sich das Rechtsbegehren 5 gemäss Beschwerde vom 13. April 2011, wonach der Beschwerdeführerin nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zu geben ist, ihre Beschwerde zu ergänzen, nur auf das Hauptverfahren oder auch auf den vorliegenden Zwischenentscheid bezieht. Die weitere Instruktion betreffend die Ergänzung der Beschwerde erfolgt im Hauptverfahren.

6.

Über die Kosten und Entschädigungen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit der Hauptsache zu befinden. Indessen erscheint die Klärung der Parteistellung der Zuschlagsempfängerin im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides angezeigt. Der Instruktionsrichter hat mit Verfügung vom 4. Mai erwogen, dass die Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 2. Mai 2011 zwar formell ihren Verzicht auf eigene Anträge zur aufschiebenden Wirkung erklärt, aber zur

Begründetheit der Beschwerde wie auch zur Legitimation der Beschwerdeführerin im Rahmen der Akteneinsicht Ausführungen macht und die Rechtsauffassung vertritt, die Akteneinsicht müsse bereits mangels Legitimation verweigert werden. Es stellt sich demnach die Frage, ob je nach Ausführlichkeit der materiellen Ausführungen nicht ein Widerspruch zum Verzicht auf formelle Anträge entstehen könnte, der sich auf die Feststellung der Parteistellung auswirkt. Indessen ist jedenfalls im vorliegenden Fall dem mit separater Eingabe vom 9. Mai 2011 kundgetanen Willen der Zuschlagsempfängerin, sich nicht als Partei zu konstituieren, der Vorrang zu geben. Dies ist im Dispositiv festzustellen und hat Folgen sowohl für die Instruktion des Hauptverfahrens wie auch in Bezug auf die Kostenfolge.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerin werden, soweit diesen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist, einstweilen abgewiesen.

3.
Es wird festgehalten, dass sich die Zuschlagsempfängerin nicht als Partei des vorliegenden Verfahrens konstituiert hat.

4.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

5.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

6.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP 612797; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
– die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner Martin Buchli

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, angefochten werden, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG).

Versand: 20. Mai 2011