Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4958/2013
stm/deb

Zwischenentscheid vom 23. Oktober 2013

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Barbara Deli.

Parteien

ARGE X._____ , bestehend aus:
1. **A._____AG,**
2. **B._____AG,**
3. **C._____AG,**
alle vertreten durch Rechtsanwältinnen lic. iur. LL.M. Claudia Schneider Heusi und/oder lic. iur. Katharina Bossert,
Schneider Rechtsanwälte AG,
Seefeldstrasse 60, Postfach 1016, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,
Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlagsentscheid vom 15. August 2013 betreffend Projektcontrollingsystem (PCS) – SIMAP Meldungsnummer 786689 (Projekt-ID 102814),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

A.a Die ARGE X._____, bestehend aus der A._____AG, der B._____AG, sowie der C._____AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen), erhebt mit Eingabe vom 3. September 2013 (Posteingang 5. September 2013) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die auf der Internetplattform simap.ch am 15. August 2013 publizierte Verfügung der AlpTransit Gotthard AG (im Folgenden: Vergabestelle) betreffend den Zuschlag im Beschaffungsverfahren unter dem Projekttitel "Projektcontrollingsystem (PCS)" (Meldungsnummer 786689, Projekt-ID 102814).

A.b Die Beschwerdeführerinnen beantragen in der Hauptsache die Aufhebung der Verfügung; der Zuschlag sei den Beschwerdeführerinnen an Stelle der "Mitbeteiligten" (bzw. recte Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Eventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, die Leistung aufgrund einer erneuten korrekten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerinnen und unter Ausschluss der unzulässigen Offerten, sowie unter Einhaltung der Ausstandsvorschriften zu vergeben. Subeventualiter sei das Vergabeverfahren unter Verzicht auf unzulässige und übermässig wettbewerbseinschränkende Spezifikationen sowie unter Einhaltung der Ausstandsvorschriften neu durchzuführen. Weiter wird zur Verfahrensleitung beantragt, dass der Beschwerde zunächst superprovisorisch und danach definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei; gleichzeitig seien der Vergabestelle sämtliche Vollzugsvorkehrungen, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu untersagen. Zudem sei den Beschwerdeführerinnen Einsicht in die vollständigen Akten zu gewähren und hernach und noch vor Ergehen des Zwischenentscheids betreffend aufschiebende Wirkung Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung zu geben sowie ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen. Die Beilagen der Beschwerdeführerinnen seien vertraulich zu behandeln. Gegebenenfalls sei für die Beurteilung technischer Fragen ein Sachverständiger beizuziehen. Im Rahmen der Begründung der Beschwerde wird namentlich eine Ermessensüberschreitung und die massive Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Transparenzgebots und der Pflicht zur Stärkung des Wettbewerbs geltend gemacht. Insbesondere habe die Vergabestelle den Zeitpunkt, zu welchem die technischen Spezifikationen erfüllt sein müssen, anders definiert als aufgrund der Ausschreibung habe erwartet werden dürfen. Konkret gehe es darum, dass das Basissystem der Beschwerdeführerinnen auf Oracle beruhe und die gesamthafte Migration zum Microsoft SQL Server noch ausstehe. Die Beschwerdeführerinnen hätten belegt, dass das angebotene System mehr als ein Jahr vor der Abnahme des Gesamtsystems – wie im Rah-

men der technischen Spezifikationen gefordert – auf einer Datenbank Microsoft SQL Server anstatt der aktuellen Oracle-Datenbank betrieben werden könne (vgl. Beschwerde, S. 8). Ausserdem seien sämtliche Eignungsanforderungen erfüllt. Der Erteilung der aufschiebenden Wirkung würden keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen; es sei keine Dringlichkeit gegeben. Demgegenüber würden die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung überwiegen, denn der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin könne andernfalls nicht mehr aufgehoben werden. Die Vergabestelle habe viel Zeit für die Ausschreibung und die Evaluation der Angebote in Anspruch genommen und könne sich alleine aus diesem Grunde schon nicht auf eine zeitliche Dringlichkeit berufen (vgl. Beschwerde, S. 10).

B.

B.a Mit Zwischenverfügung vom 5. September 2013 wurde die aufschiebende Wirkung einstweilen superprovisorisch erteilt. Mit gleicher Verfügung wurde die Vergabestelle aufgefordert, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen, namentlich, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen. Zudem wurde die Vergabestelle ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und dabei die ihrer Auffassung nach von der Akteneinsicht auszunehmenden Aktenstücke und die abzudeckenden Passagen genau zu bezeichnen. Der Zuschlagsempfängerin wurde ebenfalls bis zum 17. September 2013 Frist angesetzt zur Stellungnahme unter Hinweis auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko.

B.b Die Vergabestelle beantragt in ihrer "Vernehmlassung zum Gesuch um aufschiebende Wirkung" vom 17. September 2013 (im Folgenden: Vernehmlassung) die Aufhebung der superprovisorisch angeordneten aufschiebenden Wirkung und die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. Sie begründet dies einerseits mit der Aussichtslosigkeit der Beschwerde; die von den Beschwerdeführerinnen angebotene Oracle Datenbank halte die technischen Spezifikationen nicht ein (vgl. Vernehmlassung, S. 17 ff.). Da die Vergabestelle seit 2007 mit einem Projektcontrollingsystem arbeite, welches nicht mehr entwicklungsfähig sei, bestehe andererseits ein wachsendes Risiko des Systemversagens. Demnach überwiegt nach Ansicht der Vergabestelle das öffentliche Interesse an der Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung die privaten Interessen der Beschwerdeführerinnen (vgl. Vernehmlassung, S. 11 f.). Gleichzeitig wurden ein Order mit Beilagen zur Vernehmlassung ("Beweismittel") sowie die Vorakten, bestehend aus zwei Ordnern "Ausschreibungsunterlagen" und zwei Ordnern "Evaluation", eingereicht.

B.c Die Zuschlagsempfängerin teilte zwar mit Eingabe vom 9. September 2013 ihr Zustelldomizil in der Schweiz mit und ersuchte mit Eingabe vom 18. September 2013 um Zustellung der Beschwerdeschrift, verzichtete aber auf eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen.

B.d Die Vernehmlassung wurde den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 18. September 2013 zugestellt, wobei ihnen teilweise Akteneinsicht im Umfang der nicht strittigen Akten im Ordner "Beweismittel" gewährt wurde. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle aufgefordert, in Bezug auf die Vernehmlassungsbeilagen wie auch die Vorakten geeignete Abdeckungsvorschläge einzureichen. Den Beschwerdeführerinnen wurde sodann freigestellt, sich bis zum 27. September 2013 zu den prozessualen Anträgen der Vergabestelle zu äussern.

C.

C.a Am 19. September 2013 reichte die Vergabestelle Abdeckungsvorschläge in Bezug auf die strittigen Aktenstücke im Ordner "Beweismittel" in elektronischer Form ein. Diese wurden gleichentags den Beschwerdeführerinnen in der von der Vergabestelle abgedeckten Form zugestellt.

C.b Mit Stellungnahme vom 20. September 2013 reichte die Vergabestelle die restlichen Abdeckungsvorschläge für das Aktenverzeichnis und die vier Voraktenordner ein. Diese teilweise abgedeckten Akten wurden den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 24. September 2013 zugestellt, wobei das Gericht einstweilen flächendeckend die nur teilweise beantragte Abdeckung von Drittanbieternamen vornahm (vgl. Aktennotiz vom gleichen Tag).

D.

Am 27. September 2013 reichten die Beschwerdeführerinnen eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Vergabestelle ein. Sie hielten an ihren Anträgen gemäss der Beschwerde vom 3. September 2013 fest, insbesondere am Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Sie führen namentlich aus, dass sie in ihrer Beschwerde substanziiert dargelegt hätten, dass sich die Ansicht der Vergabestelle angesichts der geltenden Sach- und Rechtslage als unhaltbar und willkürlich erweist. Es gehe namentlich nicht an, die seitens der Beschwerdeführerinnen angebotene Software als den technischen Spezifikationen nicht genügend zu beschreiben, obwohl die in Frage stehenden Anforderungen erst im Rahmen der Erbringung der nachgefragten Leistung als Meilensteine definiert seien. Damit erweise sich die Beschwerde jedenfalls nicht als offensichtlich unbegründet. Zudem sei eine allfällige Dringlichkeit von der Vergabestelle selbst verschuldet, da sie die ungeeigneten Anbieter nicht

vor Erteilung des Zuschlags aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen habe. Ausserdem werde die Dringlichkeit bestritten, zumal kein Nachweis vorliege, wonach das heutige System nicht übergangsweise etwas länger weiterlaufen könne. Weil von der Vergabestelle auch kein übermässiges Schadenpotenzial durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung dargelegt worden sei, überwiege das öffentliche Interesse an der Gewährleistung eines wirksamen Rechtsschutzes sowie die Interessen der Beschwerdeführerinnen am Zuschlag des Auftrags den Interessen der Vergabestelle. Aus diesen Gründen sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen (vgl. S. 5 ff. der Stellungnahme vom 27. September 2013). Ausserdem stellten die Beschwerdeführerinnen ergänzende Anträge zur Akteneinsicht.

E.

E.a Der Vergabestelle wurde diese Stellungnahme mit Verfügung vom 30. September 2013 zugestellt, wobei sie ersucht wurde, zu den Akteneinsichtsanträgen der Beschwerdeführerinnen vom 27. September 2013 Stellung zu nehmen. Ausserdem wurde es der Vergabestelle freigestellt, zu den Vorbringen der Beschwerdeführerinnen materiell Stellung zu nehmen.

E.b Mit ihrer "Vernehmlassung zur Stellungnahme vom 27. September 2013" vom 4. Oktober 2013 äussert sich die Vergabestelle zum Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung ausführlich, bestreitet deren Vorbringen und hält weiterhin an ihrem Antrag auf Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung fest. Ausserdem reichte sie in teilweise abgedeckter Form die Protokolle betreffend die formelle Prüfung der Drittanbieter ein, welche den Zuschlag nicht erhalten haben.

E.c Die Abdeckungsvorschläge der Vergabestelle wurden durch gerichtliche Abdeckungen betreffend die Identität der Drittanbieter ergänzt. Mit Verfügung vom 7. Oktober 2013 wurde die Vernehmlassung vom 4. Oktober 2013 inkl. teilweise geschwärzter Beilagen den Beschwerdeführerinnen zugestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2. Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, 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.

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

1.4.

1.4.1. Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt.

1.4.2. Die am 12. Mai 1998 gegründete AlpTransit Gotthard AG ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der SBB und somit gestützt auf Art. 2 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 2a Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) direkt dem Beschaffungsrecht unterstellt (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 29 f. und Rz. 158). In Artikel 13 des Bundesgesetzes über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale vom 4. Oktober 1991 (Alpentransit-Gesetz, AtraG, SR 742.104, ursprünglich Alpentransit-Beschluss) wird hierzu festgehalten, dass der Bund im Rahmen seines Submissionsrechts für Planung, Projektierung und Bau den freien Wettbewerb für die einzelnen Teilstücke sicherstellt (Abs. 1) und für in- und ausländische Bewerber die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu verlangen sind (Abs. 2). Art. 13 Abs. 1 AtraG wird durch die Verordnung über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale vom 28. Februar 2001 (Alpentransit-Verordnung, AtraV, SR 742.104.1) konkretisiert. Gemäss Art. 4 AtraV unterstehen die Vergaben der Ersteller von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen im Rahmen des Alpentransit-Beschlusses wie die entsprechenden Beschaffungen der SBB dem BöB. Damit ist die AlpTransit Gotthard AG eine Auftraggeberin im Sinne desselben.

1.5.

1.5.1. Nachgefragt wird vorliegend eine Dienstleistung, mittels welcher die "Konzeptionierung, Entwicklung und Erstellung der IT-Lösung für ein Projektcontrollingsystem PCS als Gesamtsystem für das Kosten- und Finanzcontrolling sowie den Landerwerb des Infrastruktur-Grossprojektes AlpTransit Gotthard" beschafft werden soll (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung vom 2. April 2013, SIMAP Meldungsnummer 770221, Projekt-ID 96949, wobei die Projekt-ID nicht mit derjenigen des Zuschlags übereinstimmt). Das Projektcontrollingsystem (PCS) bezieht sich auf das Bauherrencontrolling von Infrastrukturprojekten (vgl. Ziffer 3 des Lastenhefts, Seite 12).

1.5.2. Die Bezeichnung als Dienstleistungsauftrag ist nicht zu bemängeln. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA (BVGE 2008/48 E. 2.3). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung der CPV-Nummer 72212331 "Entwicklung von Projektmanagementsoftware" zu. Dies entspricht der Referenznummer 84240

gemäss CPCprov. Damit ist die Beschaffung der Kategorie "Informatik und verbundene Tätigkeiten" mit der Referenznummer 84 zuzuordnen, welche von Anhang 1 Annex 4 GPA erfasst wird (vgl. BVGE 2011/17 E. 5.4.3). Die Auftragsart fällt demnach vorbehältlich des Zusammenhangs mit dem Verkehr (vgl. dazu E. 1.6 hiernach) in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

1.5.3. Gemäss Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 (SR 172.056.12) bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB beträgt der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle im Sektorenbereich CHF 700'000.–. Dieser wird im vorliegenden Fall ohne Weiteres erreicht.

1.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend eine dem BöB unterstehende Auftraggeberin eine grundsätzlich dem BöB unterstehende Dienstleistung vergeben hat. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben. Im Rahmen der prima facie-Würdigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde wird indessen zu prüfen sein, ob die in Frage stehende Dienstleistung unmittelbar etwas mit dem Verkehr zu tun hat, wie dies Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB verlangt (vgl. dazu E. 3 hiernach).

1.7. Als nicht berücksichtigte Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4717/2010 vom 23. September 2010 E. 1.4). Die Anfechtung der am 15. August 2013 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Rechtsvertreterinnen der Beschwerdeführerinnen haben sich rechtsgenüglich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.8. Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 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. Diese kann vom Bundesverwaltungsgericht – entgegen den Ausführungen der Beschwer-

deführerinnen – nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1339 i.V.m. Rz. 1331). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

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 B3402/2009 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. Dasselbe gilt für den Fall, dass die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts prima facie aller Voraussicht nach nicht gegeben ist (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind, nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzu-

nehmen 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; SR 172.056.4) 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. Vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen, sind alle Tätigkeiten der nach Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB unterstellten Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). So hat das Bundesverwaltungsgericht etwa festgestellt, dass die Sanierung eines Areals in Bezug auf Altlasten, welche nicht vom Bahnbetrieb herrühren, nicht unter das Gesetz fällt, wenn das in Frage stehende Grundstück für den Eisenbahnbetrieb nicht (mehr) benötigt wird (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 4.1).

3.2. Für den vorliegenden Fall ist zunächst festzuhalten, dass die nachgefragte IT-Lösung für ein Projektcontrollingsystem als Gesamtsystem für das Kosten- und Finanzcontrolling (vgl. dazu E. 1.5 hiervor) im Unterschied etwa zur Entwicklung einer IT-Lösung im Sinne eines Bahnleitsystems ihrer Art nach gemäss allgemeinem Verständnis nicht "unmittelbar" etwas mit dem Verkehr zu tun hat. Indessen kommt es darauf etwa nach BEYELER wohl nicht entscheidend an. Dieser Autor stellt fest, dass es bei der AlpTransit Gotthard AG mit Blick auf deren Zwecksetzung ausgeschlossen sein müsste, dass Beschaffungen getätigt werden, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 535). Im Umkehrschluss gilt nach diesem Autor, dass die Division "Immobilien" der SBB dem BöB nicht unterworfen ist (BEYELER, a.a.O., Rz. 536). Damit

wird zwischen subjektiven und objektiven Anwendungsbereich des Gesetzes im Ergebnis kaum unterschieden. Vergleichbar in der Zielrichtung ist auch die Auffassung, wonach es für den unmittelbaren Bezug genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen. Daher untersteht nach dieser Lehrmeinung beispielsweise auch die Beschaffung von Büromöbeln für ein Verwaltungsgebäude der SBB AG grundsätzlich dem Beschaffungsrecht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158 mit Hinweisen). Mehr auf den Charakter der ausgeschriebenen Leistung stellt demgegenüber wohl TRÜEB ab (HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 13 und Rz. 16 zu Art. 2 BöB). Indessen kann nicht gesagt werden, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann. Demnach darf der Antrag auf aufschiebende Wirkung nicht bereits wegen offensichtlichen Fehlens des nach Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB geforderten Verkehrsbezugs der nachgefragten Leistung abgewiesen werden. Im Übrigen stellt die Vergabestelle den unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verkehr mit Vernehmlassung vom 17. September 2013 nicht in Frage.

4.

4.1. Materiell werfen die Beschwerdeführerinnen der Vergabestelle namentlich vor, diese habe ihr Ermessen überschritten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Transparenzgebot und der Grundsatz der Stärkung des Wettbewerbs seien massiv verletzt. Als Begründung für den impliziten Ausschluss gebe die Vergabestelle an, dass das Basissystem der Beschwerdeführerinnen die technische Spezifikation TS 1 nicht erfülle. Diese Beurteilung der Offerte der Beschwerdeführerinnen sei rechtswidrig, da die Vergabestelle entgegen der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen verlange, dass das Endsystem bzw. Gesamtsystem und damit die Leistung des aufgrund des Zuschlags zu schliessenden Werkvertrags bereits zu Beginn vorliege, obwohl für das Anfangsstadium weniger weit gehende Anforderungen im Sinne eines Basissystems definiert worden seien (Beschwerde, S. 15 ff.). Durch die Abweichung von den bekannt gegebenen Anforderungen im Rahmen der Evaluation der Angebote habe die Auftraggeberin vergaberechtliche Vorgabe verletzt.

4.2. Zum besseren Verständnis erfolgt noch vor der detaillierten Darstellung der Parteivorbringen die Wiedergabe einschlägiger Auszüge aus der Ausschreibung und dem Lastenheft.

4.2.1. Ziffer 2.5 der Ausschreibung mit dem Titel "Detaillierter Projektbeschrieb" lautet unter dem Abschnitt "Technische Spezifikationen" wie folgt:

"Das Gesamtsystem PCS [Projektcontrollingsystem] muss die technischen Spezifikationen zwingend vollständig erfüllen, damit auf das Angebot eingegangen wird.

TS 1: Das angebotene Gesamtsystem kann auf einer VMWare virtualisierten Microsoft Plattform (Windows Server 2008 R2, SQL Server 2008 R2, VMWare vSphere) betrieben werden.

TS 2: Das angebotene Gesamtsystem ist kompatibel zu Microsoft Windows 7-basierten Arbeitsplätzen und Microsoft Internet Explorer 9.

TS 3: Die Authentifizierung per Single Sign-on und Active Directory Integration ist gewährleistet."

Dies nachdem im Rahmen des Projektbeschriebs festgehalten worden ist, dass das PCS ein Basissystem umfasst, "dessen Funktionalitäten auf das Bauherrencontrolling von Infrastrukturprojekten ausgerichtet sind, das von ATG evaluiert und implementiert wird, sowie mehrere ATG-spezifische Module, die zu konzipieren und neu zu entwickeln sind". Das "Gesamtsystem PCS" werde "als Individualsoftware betrachtet". Dementsprechend werde "ein Werkvertrag mit dem Unternehmer abgeschlossen, welcher auch die Pflege- und Supportleistungen des Unternehmers" beschreibe (Ziff. 2.5 der Ausschreibung).

4.2.2. Unter Ziffer 1 des Lastenhefts vom 2. April 2013 (Beschwerdebeilage 5) werden unter Ziffer 1 "Management Summary" (S. 10) folgende Aussagen zum Basissystem und zum Gesamtsystem gemacht:

"Das PCS umfasst ein Basissystem, dessen Funktionalitäten auf das Bauherrencontrolling von Infrastrukturprojekten ausgerichtet sind, das von ATG evaluiert und implementiert wird sowie mehrere ATG-spezifische Module, die zu konzipieren und neu zu entwickeln sind. Das zu adaptierende Basissystem und die zu entwickelnden Fachmodule bilden das Gesamtsystem PCS, das als Werk erstellt und als Gesamtsystem betrieben wird."

Diese Passage wird in Ziffer 3 des Lastenhefts unter dem Titel "Gegenstand" im Rahmen der Beschreibung der nachgefragten Leistung wiederholt. In Ziffer 6.3 des Lastenhefts (S. 15) wird dazu festgehalten was folgt:

"Das Gesamtsystem PCS baut auf einem Basissystem auf, dessen Funktionalitäten auf das Bauherrencontrolling von Infrastrukturprojekten ausgerichtet sind (siehe Kapitel 8). Der Unternehmer verfügt über ein markterprobtes Produkt und kann entsprechende Referenzen für die angebotene Version des Produkts vorweisen (siehe Eignungskriterien)."

Unter dem Zwischentitel "Systemdesign" wird in derselben Ziffer von einem branchentypischen Basissystem ("Kern") gesprochen, welches nicht kundenspezifisch sei. Demgegenüber sei das Gesamtsystem PCS eine Kombination aus der Beschaffung von Standardsoftware und der Entwicklung von Individualsoftware (Lastenheft, S. 16).

4.3. Es ist unbestritten, dass das von den Beschwerdeführerinnen angebotene Basissystem eine Oracle Datenbank nutzt. Gemäss TS 1 soll das angebotene Gesamtsystem auf einer VMWare virtualisierten Microsoft Plattform (Windows Server 2008 R2, SQL Server 2008 R2, VMWare vSphere) betrieben werden können (vgl. E. 4.2.1 hiervor). Die Beschwerdeführerinnen folgern indessen aus den dargestellten Textpassagen und dem Werkvertragsentwurf, dass die Ausschreibung das ursprüngliche System der Anbietenden als Basissystem und erst das nach 22 Monaten erstellte Endprodukt als Gesamtsystem definiert wird. Es sei nirgends im Lastenheft festgehalten, dass bereits das Basissystem auf einer Datenbank Typ Microsoft SQL Server basieren müsse. Angesichts des klaren Wortlauts des Publikationstextes, wonach das Gesamtsystem PCS die technischen Spezifikationen TS 1 bis TS 3 erfüllen muss, sei es nicht nachvollziehbar, dass die Vergabestelle diese Anforderung nun auf das Basissystem bezieht. Zum gleichen Schluss führe die Bezugnahme in den technischen Spezifikationen und den definierten Meilensteinen im Terminplan auf den Angebotszeitpunkt. Ebenso verhalte es sich mit den Mitteilungen am Debriefing, woraus auch nicht hervorgehe, dass mit "Gesamtsystem" eigentlich Basissystem gemeint sei. Die Beschwerdeführerinnen haben nach ihrer Darstellung auch die Eignungskriterien erfüllt; sie hätten für das EK 1 ihre "Erfahrung mit vergleichbaren Projekten oder Aufgabenstellungen" mit 3 Referenzen belegt. Die von der Vergabestelle definierten Ausschreibungsunterlagen seien für diese bindend und es bestehe kein Ermessensspielraum, der es der Auftraggeberin erlaube, davon abzuweichen. Die mit klarem Wortlaut in der Ausschreibung definierten technischen Spezifikationen gelten nach der Auffassung der Beschwerde unmissverständlich für das Gesamtsystem, weshalb eine andere Behandlung durch die Vergabestelle willkürlich sei. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen erfülle sämtliche Eignungskriterien sowie technische Spezifikationen, sei preislich das günstigste und beinhalte ein markterprobtes Basissystem, weshalb ihnen der Zuschlag zu erteilen sei. Würden sich die technischen Spezifikationen auf das Basissystem beziehen, wäre dieser Umstand im Übrigen als übermässig wettbewerbseinschränkend und daher als unzulässig zu qualifizieren.

4.4.

4.4.1. Die Vergabestelle teilte den Beschwerdeführerinnen mit Schreiben vom 13. August 2013 (Ordner Evaluation 2, Griff 3 = Beschwerdebeilage 19) mit, dass ihr Angebot nicht in die Zuschlagsbewertung habe einbezogen werden können. Gemäss der Ziffer 2.5 des Publikationstexts müssten die technischen Spezifikationen (TS) 1 bis 3 nämlich zwingend vollständig erfüllt sein, damit auf das Angebot eingegangen werde. Ihr angebotenes Basissystem, als Bestandteil des Gesamtsystems, halte TS 1 im Angebotszeitpunkt nicht ein, da es nicht auf dem Datenbanksystem von Microsoft aufgebaut sei. Der Angebotszeitpunkt sei deshalb massgebend, weil sonst eine transparente, nachvollziehbare Abwicklung des Submissionsverfahrens, namentlich ein aussagekräftiger Vergleich der Angebote nicht möglich wäre. Insofern wäre auch die Gleichbehandlung der Anbieter nicht gewährleistet. Folglich könne die Markterprobung für die angebotene Version, wie sie im Lastenheft unter Kapitel 6.3 Rahmenbedingungen/Systemdesign verlangt werde, nicht nachgewiesen werden. Ihr Angebot erfülle demnach auch das Eignungskriterium 1 nicht, da sie im Angebotszeitpunkt keine gültige Referenz für ein System vorweisen könnten, welches die TS 1 einhalte.

4.4.2. Die Vergabestelle bestreitet auch in ihrer Vernehmlassung die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu den Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand vollumfänglich. Der Schwerpunkt der Vergabe liege ihrer Ansicht nach darauf, ein bereits funktionierendes und erprobtes Basissystem zu bekommen, welches die technischen Spezifikationen in Ziffer 2.5 des Publikationstextes erfüllt (vgl. E. 4.2.1). Die Formulierung "damit auf das Angebot eingegangen werden kann" zeige deutlich und unmissverständlich, dass bereits mit dem Angebot die technischen Spezifikationen erfüllt sein müssen. Die Interpretation der Beschwerdeführerinnen, wonach die technischen Spezifikationen erst eingehalten werden müssen, wenn das Gesamtsystem läuft, sei unhaltbar. Das System Q._____ der Beschwerdeführerinnen, welches eine Oracle Datenbank nutze, halte die technischen Spezifikationen der Vergabestelle nicht ein (Vernehmlassung, S. 6). Für die Erfüllung der Kriterien müsse die Oracle Datenbank nach dem Zuschlag zu einer Microsoft SQL Server Datenbank migriert werden. Die Vergabestelle wolle ein Basissystem, das erprobt und kompatibel sei mit der IT-Umgebung der Vergabestelle und nicht eines, das zuerst noch angepasst bzw. entwickelt und wie dasjenige der Beschwerdeführerinnen noch migriert werden müsse (Vernehmlassung, S. 14). Die Vergabestelle wirft den Beschwerdeführerinnen ausserdem vor, dass diese in ihrem Angebot nicht dargelegt haben, ob und in welchem Zeitrahmen dies geschehen könne. So sieht die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen als Variante ohne Amtslösung und deshalb als ungültig an. Die Vergabestelle bestreitet schliesslich, dass die

Beschwerdeführerinnen mit Referenzen belegen können, dass sie bis 31. März 2013 (Meilenstein 3) das angebotene System auf einer Datenbank Microsoft SQL betreiben können. Keine Referenz belege eine erfolgreiche Migration im verlangten Sinne. Aufgrund der Nichteinhaltung der technischen Spezifikationen sei das Angebot auszuschliessen und die Beschwerde offensichtlich unbegründet.

4.5.

4.5.1. Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produktanforderungen sind absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 8. Juni 2005, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005, S. 236 ff., E. 2d S. 239). Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1 mit Hinweisen und B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.1 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff.). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB2008.00347 vom 10. Dezember 2008, E. 7.2 mit Hinweisen).

4.5.2. Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. 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 verständlicherweise die Parameter von Leistung und Verfahren bekanntgibt (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 44). Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikation) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a

VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

4.5.3. Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu verändern (Entscheid der BRK vom 6. Juni 2006, BRK 2005-024, E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Wird im Rahmen der Erteilung des Zuschlags nur ein bestimmtes Fabrikat zugelassen, obwohl dieses nicht als technische Spezifikation definiert worden ist, liegt demnach ein Verstoss gegen das Transparenzprinzip vor.

4.5.4. Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen) und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388).

4.6. Es wird nachfolgend geprüft, ob die Vergabestelle die gestellten Anforderungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise bekannt gegeben hat. Strittig ist, ob die Beschwerdeführerinnen die technischen Spezifikationen so verstehen durfte, dass erst das Gesamtsystem, nicht aber bereits das Basissystem zum Zeitpunkt der Evaluation, den Anforderungen gemäss der technischen Spezifikation TS 1 zu genügen hat.

4.6.1. Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen. Dies hat die BRK zunächst mit Bezug auf Zuschlagskriterien festgehalten (Entscheid BRK 2001-003 vom 5. Juli 2001, publiziert in VPB 65.94, E. 3d mit Hinweis auf das Urteil

BE.98.00173 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 1998, publiziert in AGVE 1998 S. 394, E. 3b/bb). Dasselbe muss auch in Bezug auf Eignungskriterien und technische Spezifikationen gelten (vgl. bezüglich der Eignungskriterien etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen und Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566). Diese Regel garantiert nicht nur das Verhalten der Vergabestelle nach Treu und Glauben, sondern ist zugleich mit Blick auf die sich aus dem Transparenzgebot gemäss Art. Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB ergebende Bindung der Auftraggeberin an die bekannt gegebenen Kriterien zwingend (vgl. dazu etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit Hinweisen und E. 4.5.2 f. hiervor).

4.6.2. Im vorliegenden Fall wird in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen an mehreren Stellen festgehalten, dass von einem Basissystem auszugehen ist, welches ausgebaut und weiterentwickelt wird (vgl. unter anderem Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Dementsprechend lautet auch das Zuschlagskriterium 1 gemäss Punkt 3.9 der Ausschreibung "Konzept und Prototyping (Entwicklung Gesamtsystem) Gewicht 35%". Das Wort "entwickeln" beinhaltet eine zeitliche Komponente und ein Ziel, welches verfolgt wird. So spricht der Duden dem Wort folgende Bedeutungen zu: "allmählich entstehen, sich stufenweise herausbilden" oder "in einem Arbeitsprozess etwas Neues, Fortschrittlicheres erfinden, konstruieren" (Duden online abrufbar unter <http://www. duden.de/rechtschreibung/entwickeln>, zuletzt besucht am 10. Oktober 2013). Auch aus der Logik dieser Umschreibung des Beschaffungsvorgangs ergibt sich, dass nicht jeder Anbieter bereits zum Zeitpunkt der Offerteinreichung über ein vollständiges Gesamtsystem verfügen muss, welches allen Anforderungen gemäss der Ausschreibung entspricht. Selbstverständlich muss aber das Gesamtsystem bei Ablieferung alle Kriterien erfüllen, damit die sich aus dem Werkvertrag ergebenden Pflichten erfüllt sind. Die Beschwerdeführerinnen durften somit nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass aufgrund der Kombination der Begriffe "technische Spezifikation" und "Gesamtsystem" Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand denkbar sind, welche entgegen dem üblichen Verständnis von technischen Spezifikationen nicht bereits zum Zeitpunkt der Offerteinreichung zu erfüllen sind. Im Folgenden ist zu prüfen, wie es sich diesbezüglich mit Blick auf die genutzte Datenbank verhält.

4.6.3. Soweit die Beschwerdeführerinnen behaupten, schon aufgrund der Formulierung der TS 1, wonach (meint nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen: erst) das angebotene Gesamtsystem auf einer VMWare virtualisierten Microsoft Plattform (Windows Server 2008 RS, SQL Server 2008 R2, VMWare vSphere) betrieben werden können müsse, sei "un-

missverständlich" klar, dass dies e contrario auf das Basissystem nicht zutreffen könne, ist ihnen jedenfalls nicht uneingeschränkt beizupflichten. Vielmehr umschreiben technische Spezifikationen gemeinhin Anforderungen, welchen nicht erst mit Erfüllung des Werkvertrages zu entsprechen ist. Dafür spricht wohl auch der Umstand, dass im Zuschlagskriterium 4.1 gemäss Punkt 3.9 der Ausschreibung die Lizenzkosten des Basissystems beurteilt werden sollen. Richtig ist demgegenüber, dass durch die Verwendung des Begriffs "Gesamtsystem" im Rahmen der technischen Spezifikationen eine gewisse Zweideutigkeit entsteht. Den Beschwerdeführerinnen ist ausserdem dahingehend zuzustimmen, dass im Lastenheft prima facie keine über die Ausschreibung hinausgehende Klarheit in diesem Punkt geschaffen wird, sondern vielmehr funktionale Anforderungen definiert werden (vgl. dazu die Beschwerdebeilage Register 7, "Fragen der Anbieter und Antworten ATG" Nr. 17). Die Beschwerdeführerinnen führen ausserdem aus, dass die sich aus den Bedürfnissen der Vergabestelle ergebenden Anforderungen derart speziell sind, dass davon auszugehen sei, dass keine entsprechende IT-Lösung auf dem Markt vorhanden sei und auch nicht durch Anpassung oder Konfiguration von Standardprogrammen hergestellt werden könne (Beschwerde, S. 18). Ausserdem wäre eine Anforderung, wonach Microsoft als Basis dienen müsse, nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen diskriminierend bzw. würde den Wettbewerb in rechtswidriger Weise einschränken (Beschwerde, S. 22). Unabhängig von der Frage, ob die strittige Anforderung mit Blick auf Art. 12 BöB rechtlicher Prüfung standhält (vgl. dazu E. 4.5.1), lässt sich jedenfalls argumentieren, dass die – im Regelfall nicht zulässige – Vorgabe eines Produkts im Rahmen einer technischen Spezifikation mit hinreichender Klarheit formuliert werden muss, was vorliegend möglicherweise nicht der Fall ist. Demnach kann den Beschwerdeführerinnen prima facie auch nicht offensichtlich der Vorwurf gemacht werden, sie habe versucht, ihr Angebot unter Missachtung des Gleichbehandlungsgebots in unzulässiger Weise nachzubessern, indem sie auf ihr Verständnis der technischen Spezifikationen hingewiesen hat. Die von der Vergabestelle angerufenen Beweismittel zur Behauptung, wonach das Angebot der Beschwerdeführerinnen auch dann offensichtlich ungeeignet wäre, wenn die TS 1 im Sinne der Beschwerdeführerinnen zu verstehen wären (Vernehmlassung, S. 20 mit Hinweisen auf die Beilagen 11-14; vgl. auch Stellungnahme vom 4. Oktober 2013, S. 9 f.), sind insoweit nicht hinreichend substanziiert. Vielmehr lässt sich die mit Schreiben an die Beschwerdeführerinnen vom 7. Juni 2013 (Vernehmlassungsbeilage 11) gestellte Frage, wonach zu erläutern war, wie die "vollständige Migration der Datenbankstruktur und Prozeduren" von Oracle zu Microsoft SQL Server durchgeführt wird, im Sinne der von den Beschwerdeführerinnen vorgeschlagenen Auslegung der TS 1 verstehen.

4.6.4. Nach dem Gesagten ergibt sich aufgrund einer prima facie-Würdigung, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Anbieter die Ausschreibung dahingehend verstehen durften, dass auch ein Angebot, welches in Bezug auf das Basissystem eine Oracle-Datenbank nutzt, wobei im Verlaufe der Ausarbeitung des Gesamtsystems eine Migration auf Microsoft-Umgebung stattfindet, den technischen Spezifikationen entspricht. Damit kann auch offen bleiben, inwieweit ein Basissystem eines anderen Anbieters in die Beurteilung einbezogen worden ist, welches die Anforderungen in der von der Vergabestelle behaupteten Definition ebenfalls nicht erfüllt (vgl. die Beilage 4 zur Eingabe der Vergabestelle vom 4. Oktober 2013 verurkundete Offerte, S. 6).

4.6.5. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde bei erster, vorläufiger Beurteilung der Rechtslage gestützt auf die vorhandenen Akten jedenfalls in Bezug auf die Einhaltung der technischen Spezifikation TS 1 nicht als offensichtlich unbegründet. Demnach erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen namentlich betreffend die Verletzung von Ausstandspflichten bzw. unzulässige Vorbefassung (Beschwerde, S. 24 f.). Angesichts dessen ist mittels einer Interessenabwägung über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu befinden.

5.

5.1. Die Vergabestelle führt eventualiter aus, dass das Interesse an einem sofortigen Vertragsschluss die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung überwiege. Zur Begründung ihrer Auffassung erläutert die Vergabestelle zunächst den mit dem Projektcontrollingsystem verfolgten Zweck; sie benötige dieses zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe. Nach Art. 17 des Alpentransit-Gesetzes sei für den Bau und Betrieb der NEAT eine Sonderrechnung zu führen. Nach Art. 3 der Alpentransit-Verordnung habe der jeweilige Ersteller eine eigene Rechnung zu führen. Dementsprechend habe das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) gestützt auf Art. 9 AtraV eine NEAT-Controllingweisung erlassen. Das UVEK wiederum erstatte der Finanzdelegation der beiden Räte und der NEAT-Aufsichtsdelegation halbjährlich Bericht über den Fortschritt der Bauarbeiten und über die Entwicklung der Kosten. Das UVEK könne ohne die Angaben der Vergabestelle dieser Verpflichtung nicht nachkommen (Vernehmlassung, S. 11). Zur geltend gemachten Dringlichkeit führt die Vergabestelle aus, zurzeit laufe ihr Projektcontrollingsystem auf einem im Jahr 2000 eingeführten System. In der Folge sei dieses System von der weiteren Produktentwicklungen abgeschnitten worden; in der Folgeversion des 2000 eingeführten Basissystems seien seitens der Herstellerin nicht mehr alle zur Erfüllung der Anforderungen gemäss NEAT-

Controllingweisung nötigen Funktionen (wie etwa die Teuerungsberechnung) berücksichtigt worden. 2007 habe die Herstellerin die Vergabestelle informiert, dass das im Jahr 2000 eingeführte Basissystem ein Auslaufmodell und nicht mehr entwicklungsfähig sei. Die Vergabestelle arbeite seit 2007 mit einem eingefrorenen System. Die Vergabestelle habe zwar auf der Basis periodisch durchgeführter Risikoanalysen immer alle technischen Massnahmen getroffen, um die Anforderungen der NEAT-Controllingweisung jederzeit und bis zum Projektende erfüllen zu können. 2009 sei sie indessen zur Erkenntnis gekommen, dass eine Migration des Basissystems unumgänglich sein werde. Dementsprechend sei das Projektcontrollingsystem am 1. September 2010 auf SIMAP öffentlich ausgeschrieben worden. In der Folge habe sich leider herausgestellt, dass die Z._____, welche den Zuschlag erhalten habe, nicht in der Lage gewesen sei, das ausgeschriebene Projektcontrollingsystem zu realisieren. Die Vergabestelle habe daher am 7. September 2012 den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Die Erfahrungen mit dem gescheiterten Anbieter seien in die neue Ausschreibung eingeflossen, welche am 2. April 2013 erfolgt sei. Konkret bedeute dies, dass ein wachsendes Risiko bestehe, dass ein Systemversagen eintrete. Bereits bis 2015 bestünden mittlere Projektrisiken mit einem Schadenpotential von mehr als 10 Millionen Franken. Neben dem reinen Kostenrisiko komme hinzu, dass die Vergabestelle und dadurch auch der Bund allenfalls nicht mehr in der Lage wären, eine korrekte Buchhaltung zu führen (Vernehmlassung, S. 11 f.). Weitere Verzögerungen seien demnach mit einem nicht akzeptierbaren Risiko behaftet (Stellungnahme vom 4. Oktober 2013, S. 6).

5.2. Die Beschwerdeführerinnen vertreten den Standpunkt, dass ihr Interesse an der Gewährung des wirksamen Rechtsschutzes sowie das Interesse am Zuschlag eines Auftrages dieser Grössenordnung die Interessen der Vergabestelle überwiegen. Es sei namentlich nicht nachgewiesen, dass das heutige System nicht noch etwas länger laufen könne; die Vergabestelle könne entsprechende Massnahmen treffen. Ausserdem sei der geltend gemachte Schaden nicht schlüssig dargelegt worden (Stellungnahme vom 27. September 2013, S. 7). Die Vergabestelle habe allfällige, bisher eingetretenen Verzögerungen selbst verschuldet. Diese mache auch nicht geltend, dass aufgrund der behaupteten Dringlichkeit kein offenes Verfahren habe durchgeführt werden können. Unterlasse es die Vergabestelle schliesslich wie vorliegend, einen Ausschluss möglichst frühzeitig zu verfügen – erhalten hätten die Beschwerdeführerinnen am 9. Juli 2013 ein sogenanntes "Parkierungsschreiben" –, mache dieser Umstand deutlich, dass sich die AlpTransit Gotthard AG nun erst im Beschwerdeverfahren auf eine erhöhte Dringlichkeit berufe, von welcher sie bis anhin jedoch selbst nicht ausgegangen sei (Stellungnahme vom 27. September 2013, S. 6 f.).

5.3. Vorab ist festzuhalten, dass die Vergabestelle den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, welchem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen hat (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 und Rz. 1346 f.). Dementsprechend hat etwa auch des Bundesgericht mit Urteil 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 (E. 3.2) erkannt, dass der Dringlichkeit im zu beurteilenden Fall nur ein beschränktes Gewicht zukomme, da die Kantonsregierung den Zuschlag erst spät erteilt habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat einer Vergabestelle mit Zwischenentscheid B-891/2009 vom 23. März 2009 (E. 4.1) vorgehalten, sie habe einen allfälligen zeitlichen Engpass selbst zu vertreten. Die Tatsache, dass die Dringlichkeit als ganz oder teilweise selbstverschuldet beurteilt wird, soll den Richter aber andererseits nicht daran hindern, einer Beschwerde zur Vermeidung substanziiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen (vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328 mit Hinweisen).

5.4. Im vorliegenden Fall bemängeln die Beschwerdeführerinnen zu Recht, dass die Vergabestelle den Ausschluss nicht vor Ergehen des Zuschlags separat verfügt hat. Sie führt zutreffend aus, dass es die Vergabestelle bei einem Parkierungsschreiben vom 9. Juli 2013 ohne Verfügungsqualität hat bewenden lassen. Es ist zwar richtig, dass der Ausschluss nach ständiger Rechtsprechung entweder vorab durch gesonderte Verfügung oder erst implizit im Rahmen der Zuschlagserteilung erfolgen kann (so etwa bereits der Entscheid der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2004-015 vom 17. Dezember 2004, publiziert in VPB 69.55, E. 2b/bb). Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid B-504/2009 vom 3. März 2009 nicht nur die dargestellte Rechtsprechung bestätigt, sondern auch obiter dictum die Frage aufgeworfen, ob das Unterlassen des separaten Ausschlusses nicht ein Fall selbstverschuldeter Dringlichkeit darstellt (E. 3.2). Davon hat die Lehre zustimmend Kenntnis genommen (MARTIN BEYELER, Anmerkungen zu S78, in: Baurecht 2009, S. 184; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 449). Die Vergabestelle begründet denn auch nicht weiter, warum auf den separaten Ausschluss der Beschwerdeführerinnen verzichtet worden ist, sondern führt lediglich aus, mit einer vorgängigen Ausschlussverfügung hätte – wenn überhaupt – nur wenig Zeit gewonnen werden können (Stellungnahme vom 4. Oktober 2013, S. 7). In Bezug auf die drohenden Risiken verweist sie auf eine Präsentation eines mit Aufgaben im Bereich des IT Consulting & Engineering betrauten Unternehmens vom 12. September 2013 (Vernehmlassungsbeilage 10). Dort werden indessen, worauf die Vergabestelle weder im

Rahmen der Vernehmlassung noch im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 4. Oktober 2013 eingeht, lediglich mittlere Risiken im Risikozeitraum A (bis 2015) und erst im Risikozeitraum B (bis 2022) zusätzlich hohe Risiken unterschieden (S. 8). Den Beschwerdeführerinnen ist auch zuzustimmen, wenn sie festhalten, die drohende Schadenssumme sei nicht hinreichend substanziiert. In der Präsentation vom 12. September 2013 (S. 9) wird lediglich gesagt, das Schadenspotential hinter mittleren Risiken sei potentiell beträchtlich, und nachher die Summe genannt, ohne dass über die Art des finanziellen Schadens nähere Angaben gemacht würden. Damit steht fest, dass die angeführte Dringlichkeit zumindest teilweise selbstverschuldet ist, und der drohende Schaden nicht hinreichend substanziiert ist. Ausserdem wird in der angeführten Präsentation ausgeführt, projektinterne Anforderungen könnten notfalls mit einer Behelfslösung abgedeckt werden (S. 10). Angesichts dieser Ausgangslage kann offen bleiben, inwieweit mit den Beschwerdeführerinnen darüber hinaus gesagt werden kann, es lägen keinerlei Nachweise vor, dass das heutige System übergangsweise nicht noch etwas länger laufe; die Vergabestelle bringe selbst vor, dass sie "auf der Basis der periodisch durchgeführten Risikoanalysen immer alle technischen Massnahmen getroffen" habe, um die Anforderungen erfüllen zu können (Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 27. September 2013, S. 7 unter Hinweis auf die Vernehmlassung, S. 11 f.). Jedenfalls überwiegen nach dem Gesagten die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung und das öffentliche Interesse am effektiven Rechtsschutz das (ebenfalls öffentliche) Interesse der Vergabestelle an der raschen Umsetzung des Vergabeentscheides.

5.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Interessenabwägung zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen ausfällt, so dass ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen ist, da sich die Beschwerde auch nicht als offensichtlich unbegründet erweist (vgl. E. 4.6.4 f. hiervor).

6.

Über das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen kann angesichts des Verfahrensausgangs zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werden. Demnach ist dieses einstweilen abzuweisen, soweit es durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht erledigt ist. Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

7.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Der Beschwerde vom 3. September 2013 wird antragsgemäss die aufschiebende Wirkung erteilt.

2.
2.1. Die Akteneinsichtsanträge der Beschwerdeführerinnen werden einstweilen abgewiesen, soweit ihnen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

2.2. Weitere Anordnungen betreffend die Akteneinsicht im Hauptverfahren bleiben vorbehalten.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden.

5.
Diese Verfügung geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterinnen; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 102814; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Zuschlagsempfängerin (A-Post an Zustelldomizil; vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Barbara Deli

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerinnen in Händen haben, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand Original: 23. Oktober 2013
Versand berichtigte Version: 24. Oktober 2013