Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2389/2014

Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014

Besetzung

Instruktionsrichterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

ARGE C._____, bestehend aus:
1. **E.**_____ **AG,**
2. **I.**_____ **AG,**
3. **K.**_____**/ T.**_____**/ U.**_____, bestehend aus:
3.1 K._____ S.p.A.,
3.2 T._____ AG,
3.3 U._____ S.p.A.,
alle vertreten durch Dr. iur. Peter Galli, Rechtsanwalt,
Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,
Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Vergabestelle,

und

Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus:
1. **A.**_____ **GmbH,**
2. **B.**_____ **AG,**
beide vertreten durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Tomas Poledna und lic. iur. Philipp do Canto, Bellerivestrasse 241, 8034 Zürich,
Beschwerdegegenerinnen.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (Ausschluss und Verfahrensabbruch), Los Bahntechnik und Gesamtkoordination CBT, SIMAP-Projekt-ID-85690.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP am 21. Mai 2012 für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Teilabschnitt Bahntechnik CBT, den Bereich Bahntechnik und Gesamtkoordination im offenen Verfahren ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 736021),

dass die Vergabestelle am 15. August 2013 auf SIMAP publiziert hat, dass sie den Zuschlag an die ARGE C._____, bestehend aus der E._____ AG, der I._____ AG und der K._____/T._____/U._____ (ihrerseits bestehend aus der K._____ S.p.A., der T._____ AG und der U._____ S.p.A.) zum Preis von CHF 138'040'732.20 erteilt habe (Meldungsnummer 786683),

dass die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A._____ GmbH und B._____ AG, gegen diese Zuschlagsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 14. März 2014 teilweise gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen hat,

dass die Vergabestelle in der Folge mit Verfügung vom 14. April 2014 die ARGE C._____ aus dem Vergabeverfahren Los Bahntechnik und Gesamtkoordination CBT wegen Nichterfüllens der Eignungskriterien ausgeschlossen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.1) und das Vergabeverfahren abgebrochen hat (vgl. Dispositiv-Ziffer 1.2),

dass die Vergabestelle diese Abbruchverfügung am 15. April 2014 auf SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 817819),

dass die ARGE C._____ mit Eingabe vom 22. April 2014 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und beantragt hat, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 sei aufzuheben und der Vergabeentscheid der Vergabestelle sei wieder herzustellen (Verfahren 2C_380/2014),

dass die ARGE C._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 5. Mai 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 14. April 2014 erhebt und beantragt, die Ausschluss- und Abbruchverfügung vom 14. April 2014 sei

aufzuheben,

dass die Beschwerdeführerinnen in prozessualer Hinsicht beantragen, das Verfahren sei bis zum bundesgerichtlichen Endentscheid in der Beschwerdesache 2C_380/2014 gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 zu sistieren,

dass sie weiter beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuerst superprovisorisch und alsdann definitiv zu erteilen,

dass die Beschwerdeführerinnen zur Begründung ausführen, die Vergabestelle habe ihren Ausschluss und den Abbruch des Verfahrens in einem Zeitpunkt verfügt, in dem nicht bekannt gewesen sei, ob die von ihr für diesen Schritt angerufenen Voraussetzungen existierten, da das dafür als Grundlage angerufene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 noch nicht rechtskräftig sei,

dass die Beschwerdeführerinnen darlegen, dass die Gewährung der aufschiebenden Wirkung im öffentlichen Interesse liege, da die Vergabestelle durch ein bundesgerichtliches Urteil, welches den ursprünglichen Zuschlagsentscheid vom 12. August 2013 wieder herstellen würde, massiv Zeit sparen und bedeutend früher über einen rechtskräftigen Zuschlag verfügen würde, als wenn die Sache wieder neu ausgeschrieben werden müsste,

dass die Instruktionsrichterin dem Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde superprovisorisch mit Verfügung vom 7. Mai 2014 einstweilen entsprochen hat,

dass die Vergabestelle mit Vernehmlassung vom 19. April 2014 ausführt, dass sie nach wie vor der Meinung sei, den Zuschlag zu Recht den Beschwerdeführerinnen erteilt zu haben, dass sie aber mit Blick auf das öffentliche Interesse beantrage, der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen und die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen,

dass die Vergabestelle vorbringt, dass insbesondere mit Blick auf die Folgen eines allfälligen kassatorischen Entscheids des Bundesgerichts sich für sie die Frage stelle, ob eine Neuausschreibung nicht der raschere und wirtschaftlich günstigere Weg hin zu einer definitiven Auftragsvergabe sei,

dass sie weiter geltend macht, dass sie daran interessiert sei, sich grösstmögliche Handlungsfreiheit zu bewahren, um bei gegebenen Vor-

aussetzungen entweder einen gerichtlich verfügten Zuschlag umzusetzen oder eine Neuvergabe vornehmen zu können,

dass im Vordergrund ihre Sorge stehe, dass (zu) lange dauernde Beschwerdeverfahren aus wirtschaftlicher Sicht ein suboptimales Ergebnis zeitigen könnten und dies letztlich auch dem rechtlich verankerten Prinzip des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel zuwiderlaufen würde,

dass die Vergabestelle weiter anführt, dass das späteste Datum für einen rechtskräftigen Entscheid, das noch keine weitreichenden Termin- und Kostenfolgen nach sich gezogen hätte, der 15. Dezember 2013 gewesen wäre, und der bereits jetzt absehbar verspätete Baubeginn bei Los Bahntechnik und Gesamtkoordination sich direkt auf den Bauendtermin, die Nutzung der ganzen Gotthardachse und die Gesamtkosten auswirken werde,

dass die rechtzeitige kommerzielle Inbetriebnahme des Ceneri-Basistunnels von grösstem öffentlichen Interesse sei,

dass ein umgehender Vertragsabschluss für das Los Bahntechnik und Gesamtkoordination (wie auch für die anderen Arbeiten betreffend bahntechnische Installationen) zwingend seien und Verzögerungen unweigerlich zu erheblichen Mehrkosten führen würden,

dass allein die Strukturkosten der Vergabestelle ca. CHF 3,9 Mio. pro Monat betragen würden, bei einer Verzögerung des CBT um ein Jahr Investitionskosten von rund CHF 2,6 Mia. brachliegen und dem zukünftigen Betreiber, der SBB AG, notwendige Einnahmen aus dem Güter- und Personenverkehr sowie aus dem Trassenverkauf entgehen würden,

dass die Vergabestelle schliesslich vorbringt, dass sich schier unlösbare technische Probleme ergeben würden, müsste eine Ausschreibung des Auftrags mehrere Jahre (unter Berücksichtigung allfälliger Beschwerdeverfahren) vor Baubeginn ausgeschrieben werden,

dass die Vergabestelle den Standpunkt vertritt, dass das finanzielle Interesse der Beschwerdeführerinnen aufgrund der ausserordentlich gewichtigen öffentlichen Interessen zurückzutreten habe,

dass die Vergabestelle im Weiteren ausführt, dass sie im Falle einer für die Beschwerdeführerinnen raschen und günstigen Entwicklung des bundesgerichtlichen und des allenfalls nachfolgenden Verfahrens vor Bun-

desverwaltungsgericht eine Wiedererwägung der vorliegend angefochtenen Ausschluss- und Abbruchverfügung in Betracht ziehen würde,

dass die W._____ AG mit Eingabe vom 20. Mai 2014 mitgeteilt hat, Parteirechte geltend machen zu wollen und um Zustellung sämtlicher Verfahrensakten ersucht hat,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 21. Mai 2014 den Entscheid über den Antrag der Beschwerdeführerinnen bis zum Entscheid des Bundesgerichts über den Antrag auf aufschiebende Wirkung im Verfahren 2C_380/2014 aufgeschoben und im Übrigen das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts in jenem Verfahren sistiert hat,

dass das Bundesgericht mit Verfügung vom 21. Mai 2014 im Verfahren 2C_380/2014 dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen um vorsorgliche Massnahmen insofern teilweise entsprochen hat, als es der Vergabestelle untersagt hat, den Auftrag während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens anderweitig zu vergeben und im Übrigen das Gesuch abgewiesen hat,

dass die Bietergemeinschaft X._____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen) mit Eingabe vom 26. Mai 2014 Parteistellung beantragen,

dass die Beschwerdeführerinnen innert der ihnen nach Eingang der Verfügung des Bundesgerichts angesetzten Frist keine Ergänzungen zu ihrem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung eingereicht haben,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 3. Juni 2014 an ihrer Stellungnahme festhält,

dass die Beschwerdegegnerinnen mit Eingabe vom 11. Juni 2014 auf eine Stellungnahme zur Frage der aufschiebenden Wirkung verzichten,

dass gemäss Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, was aber nicht bedeutet, dass der Gesetzgeber den Suspensiveffekt nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19 E. 2.1, mit Hinweisen),

dass das Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin der Beschwerde die

aufschiebende Wirkung erteilen kann (Art. 28 Abs. 2 BöB), wobei in einem ersten Schritt zu prüfen ist, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (vgl. Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.2, mit Hinweisen),

dass in einem zweiten Schritt aufgrund einer Interessenabwägung über das Gesuch zu befinden ist, wenn der Beschwerde Erfolgschancen zuerkannt werden oder darüber Zweifel bestehen (vgl. zum Ganzen etwa den Zwischenentscheid B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 2.2, unter ausführlicher Darlegung der zu berücksichtigenden Interessen),

dass über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden ist (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 1.2; B-536/2013 vom 5. März 2013; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099),

dass die Eintretensvoraussetzungen im vorliegenden Fall offensichtlich gegeben sind, da sowohl der Ausschluss wie auch der Abbruch eines Vergabeverfahrens beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB), die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB offensichtlich übersteigt, kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt und die Beschwerdeführerinnen als Adressatinnen der angefochtenen Verfügungen sowie als nicht berücksichtigte Anbieterinnen durch jene beschwert sind (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1296),

dass der Ausgang des vorliegenden Verfahrens offensichtlich davon abhängt, wie das Bundesgericht in dem bei ihm hängigen Verfahren 2C_380/2014 entscheiden wird,

dass sich das Bundesgericht in seiner Verfügung vom 21. Mai 2014 im Verfahren 2C_380/2014 nicht zu den Prozessaussichten geäussert hat,

dass es dem Bundesverwaltungsgericht nicht ansteht, diesbezüglich eine eigene Prognose aufzustellen,

dass die Beschwerde im vorliegenden Verfahren daher nicht als offensichtlich unbegründet einzustufen ist,

dass das Bundesgericht in seiner Verfügung vom 21. Mai 2014 davon ausgegangen ist, dass das bundesgerichtliche Verfahren in absehbarer Zeit abgeschlossen sein werde und die Einleitung eines neuen Ausschreibungsverfahrens einen Zuschlag an die Beschwerdeführerinnen – im Fall einer Gutheissung ihrer Beschwerde durch das Bundesgericht – nicht präjudizieren würde,

dass das Bundesgericht daher in Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen entschieden hat, der Vergabestelle lediglich für die Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens zu untersagen, den Auftrag zu vergeben (vgl. Verfügung des Bundesgerichts 2C_380/2014 vom 21. Mai 2014 E. 2.2),

dass auf diese Auffassung und dieses Ergebnis der Interessenabwägung abzustellen ist, weshalb die vom Bundesgericht getroffene Regelung auch für das vorliegende Verfahren zu übernehmen ist,

dass selbstverständlich die Prozessaussichten des vorliegenden Verfahrens nach dem Abschluss des bundesgerichtlichen Verfahrens neu zu beurteilen sein werden und – gegebenenfalls – eine neue Interessenabwägung unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Verfahrensdauer vorzunehmen sein wird,

dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch, der Beschwerde vom 5. Mai 2014 sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird teilweise gutgeheissen. Der Vergabestelle wird zur Zeit untersagt, den Auftrag anderweitig zu vergeben.

2.
Dieser Zwischenentscheid ersetzt Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung vom 7. Mai 2014.

3.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4.
Dieser Zwischenentscheid geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 85690; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; vorab per Fax)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die Instruktionsrichterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Eva Schneeberger	Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 26. Juni 2014