Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-2417/2014

Urteil vom 25. Juni 2014

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

W._____ AG,
vertreten durch lic. iur. Daniela Lutz, Rechtsanwältin,
Obstgartenstrasse 7, 8042 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

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

Sachverhalt:

A.

A.a Die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) schrieb 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 aus (SIMAP-Meldungsnummer 736021). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasste das Beschaffungsobjekt die Planung, Entwicklung, Fabrikation, Lieferung und Montage der bahntechnischen Ausrüstung (Stromversorgung 50 Hz und Kabel, Fahrstrom 16.7 Hz, Telecom Festnetz und Funk) des Ceneri-Basistunnels inklusive der offenen Neubaustrecke Nord und der Bahntechnikgebäude Vigana und Vezia, die Integration, die Inbetriebsetzung und die Erhaltung (bis zur Abnahme des Werkes) sowie die Pflichten bezüglich Gesamtkoordination zwischen allen beteiligten Unternehmern sowie der Vergabestelle. Zum Beschaffungsobjekt gehörten im Weiteren die Planung, Lieferung, der Aufbau, Betrieb und Rückbau der stationären Infrastruktur des Unternehmers Bahntechnik und Gesamtkoordination auf dem Installationsplatz Camorino sowie die Planung, der Aufbau, Betrieb und Rückbau des Installationsplatzes Vezia. Die Angebote waren bis zum 14. Dezember 2012 einzureichen.

A.b Die W._____AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) reichte am 14. Dezember 2012 ein Angebot für das Los Bahntechnik und Gesamtkoordination ein.

A.c Mit Schreiben vom 13. August 2013 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können. Ihr Angebot sei aufgrund des guten bis sehr guten technischen Niveaus mit entsprechend hohen Noten bei den technischen Kriterien bewertet worden; ausschlaggebend für das Endresultat sei aber der grosse Preisunterschied zum berücksichtigten Angebot gewesen. Aufgrund der erheblichen Preisdifferenz sei die Beschwerdeführerin gar nicht zu Verhandlungen eingeladen und seien die bestehenden Vorbehalte nicht bereinigt worden. Offen bleibe daher, ob die verbleibenden Vorbehalte allenfalls zu einem Ausschluss vom Verfahren geführt hätten.

A.d Am 15. August 2013 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 786683), 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.

A.e Gegen diesen Zuschlag erhob die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A._____ GmbH und B._____ AG, mit Eingabe vom 2. September 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde.

A.f Mit Urteil vom 14. März 2014 im Verfahren B-4904/2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, hob die angefochtene Zuschlagsverfügung auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück.

A.g Mit Schreiben vom 14. April 2014 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin den Abbruch des Vergabeverfahrens mit. Darin führte sie aus, dass sich die Beschwerdeführerin nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt habe und damit im Rahmen der Neuevaluation nicht zu berücksichtigen gewesen sei. Überdies hätten die im Angebot der Beschwerdeführerin enthaltenen Vorbehalte möglicherweise zu einem Ausschluss vom Verfahren geführt. Abgesehen davon sei der von der Beschwerdeführerin offerierte Preis weit über dem Preis der Konkurrenz gelegen, weshalb sich ein Abbruch des Verfahrens auch aus wirtschaftlichen Gründen rechtfertige.

A.h Am 15. April 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 817819), dass sie das Vergabeverfahren abgebrochen habe. Zur Begründung führte sie an, es sei kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen. In Ziffer 4 "Bemerkungen" hielt die Vergabestelle fest:

> "Nach der Überprüfung der Eignungskriterien gemäss den Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.03.2014 (B-4904/2013) erfüllt keiner der im Vergabeverfahren verbliebenen Anbieter die Eignungskriterien. Keine Rechtsmittelbelehrung. Die Verfügung wurde den Direktbetroffenen individuell eröffnet."

B.

Gegen diesen Abbruch des Ausschreibungsverfahrens erhob die Beschwerdeführerin am 5. Mai 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung betreffend Abbruch des Verfahrens sei aufzuheben und das Vergabeverfahren sei wieder aufzunehmen und mit einem Zuschlag abzuschliessen, wobei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen sei. Eventualiter beantragt sie, die Vergabestelle sei

anzuweisen, das Verfahren unter Beizug des Angebots der Beschwerdeführerin wieder aufzunehmen und den Zuschlag jenem Angebot zu erteilen, das namentlich die Eignungskriterien gemäss den Anforderungen im Urteil B-4904/2013 erfülle und das mit Bezug auf die Zuschlagskriterien am besten bewertet werde. Subeventualiter beantragt sie, es sei festzustellen, dass der Abbruch des Verfahrens rechtswidrig erfolgt sei.

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin insbesondere, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei dies in einem ersten Schritt superprovisorisch zu geschehen habe, und es seien der Vergabestelle jene Handlungen zu untersagen, die den Abbruch bzw. eine Neuausschreibung präjudizieren könnten.

Die Beschwerdeführerin beantragt schliesslich umfassende Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens sowie nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung.

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie erfülle die Eignungskriterien auch gemäss Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 und habe bei der Vergabestelle ein nach wie vor gültiges Angebot platziert, das auch alle anderen Grundvoraussetzungen erfülle und technisch als sehr gut beurteilt worden sei. Die von der Vergabestelle in der Verfügung vom 14./15. April 2014 vorgebrachte Begründung, wonach kein gültiges Angebot mehr im Verfahren bleibe, sei unhaltbar und geradezu willkürlich. Auch die Eventualbegründung, dass angesichts der Vorbehalte bzw. des Preisunterschieds ein Abbruch des Vergabeverfahrens aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt wäre, sei nicht haltbar.

Gleichzeitig sei die Beschwerdeführerin auch aufgrund des Verhaltens der Vergabestelle zur vorliegenden Beschwerde legitimiert. Anlässlich des Debriefings vom 21. August 2013 sei sie dahin gehend informiert worden, dass ihr Angebot auf dem vierten und damit letzten Platz gelegen habe. Aufgrund der erhaltenen Informationen habe sie annehmen müssen, dass die Vergabestelle eine fundierte und rechtskonforme Abklärung, Prüfung und Einschätzung der Angebote zugesagt habe und auch die Eignung der Zuschlagsempfängerin rechtssicher geprüft worden sei. Sie habe keinen andern Schluss ziehen können, als dass ihr Angebot ohne realistische Aussichten auf den Zuschlag sein dürfte. Erst am 4. September 2013 und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag habe sie den Entwurf des Protokolls des Debrie-

fings per Post zugestellt erhalten. Darin sei neu und erstmals erwähnt worden, dass das an dritter Stelle platzierte Angebot wegen Nichterreichens der technischen Minimalpunktzahl in den Zuschlagskriterien 2 und 3 ausgeschlossen worden sei, so dass das Angebot der Beschwerdeführerin nicht auf Platz 4, sondern auf Platz 3 und damit in deutlich besserer Position gelegen habe. Diese Information sei am Debriefing erwiesenermassen nicht gemacht worden. Durch die unzutreffenden Angaben am Debriefing habe die Vergabestelle die Beschwerdeführerin in die Irre geführt und zu einem Verzicht auf die Beschwerde bewegt. Bereits infolge des der Beschwerdeführerin zustehenden Vertrauensschutzes wäre eine Verneinung ihrer Legitimation bzw. die Nichtzulassung ihres Angebots für die neu vorzunehmende Auswertung rechtswidrig und missbräuchlich. Demnach sei das Angebot der Beschwerdeführerin nach wie vor in die pendente Ausschreibung mit einzubeziehen und sie sei zur Beschwerde legitimiert.

Es bestehe zwar eine Rechtsprechung, wonach bei Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag und Rückweisung an die Vergabestelle nur noch jene Angebote in die Neubewertung einbezogen werden sollten, die gegen den Zuschlag Beschwerde geführt hätten. In jüngeren Entscheiden habe das Bundesverwaltungsgericht aber darauf hingewiesen, dass in besonderen Konstellationen und aufgrund konkreter Umstände der Einbezug von Angeboten in Frage komme, für die keine Beschwerde gegen den Zuschlag geführt worden sei. Es müssten namentlich auch die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag von Bedeutung sein. Auch in der Lehre werde überzeugend dafür argumentiert, dass in solchen Fällen die Beschwerdelegitimation anzunehmen sei.

C.
Mit Verfügung vom 7. Mai 2014 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend aufschiebende Wirkung einstweilen alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss, zu unterbleiben hätten.

D.
Die Vergabestelle äussert sich mit Vernehmlassung vom 19. Mai 2014 und beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, sowie, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen. Gemäss der Rechtsprechung der

früheren Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) und des Bundesverwaltungsgerichts seien in die Neubeurteilung nach Rückweisung nur die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin einzubeziehen. Vorliegend gebe es keinen Grund, die ständige Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Zweifel zu ziehen. Das Vorgehen der Vergabestelle erweise sich als insgesamt rechtskonform. Mangels Anfechtung des Zuschlags vom 15. August 2013 sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin sich mit diesem abgefunden habe und der Zuschlag ihr gegenüber partiell rechtskräftig geworden sei. Sie sei daher nicht mehr am Vergabeverfahren beteiligt und daher nicht beschwert und zur Beschwerde nicht legitimiert.

Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Beschwerdeführerin eine Offerte eingereicht habe, die mit ihrem bereinigten Offertpreis weit über denjenigen der übrigen Konkurrenten gelegen sei. Es sei davon auszugehen, dass eine Neuausschreibung des Auftrags, an welcher sich auch die Beschwerdeführerin beteiligen könnte, zu preislich vorteilhafteren Angeboten führen werde. Zudem sei die Eignung der Beschwerdeführerin im Lichte der durch das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid vom 14. März 2014 festgelegten Grundsätze noch nicht geprüft worden, weshalb nicht feststehe, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich geeignet sei oder allenfalls aufgrund submissionswidriger Vorbehalte aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müsse.

Der Umstand, dass die Vergabestelle im Debriefing den Standpunkt vertreten habe, die Eignungs- und Angebotsevaluation der verschiedenen Anbieter und Offerten sorgfältig und rechtskonform durchgeführt zu haben, könne nicht eine besondere Vertrauensgrundlage dafür bilden, von einer Beschwerde abzusehen. Die Vergabestelle sei vom Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts überrascht worden; von einer gezielten Irreführung oder Verschleierungstaktik könne keine Rede sein. Dass die Vergabestelle durch den Entscheid einer oberen Instanz ins Unrecht versetzt werde, sei notorisch und könne nicht dazu führen, dass nicht beschwerdeführende Parteien im Nachhinein in den Stand versetzt werden, als hätten sie sich am Beschwerdeverfahren beteiligt.

Es stehe nicht fest, ob die Eignung der Beschwerdeführerin im Licht des neuen Massstabs gemäss Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts tatsächlich gegeben sei; dies umso mehr, als die Auslegung der Eignungsanforderungen durch das Bundesverwaltungsgericht Gegenstand von zwei Beschwerden vor Bundesgericht bilde. Damit sei nicht rechtskräftig

entschieden, ob betreffend die Eignungsprüfung der vom Bundesverwaltungsgericht oder der von der Vergabestelle vertretene Standpunkt massgebend sei, und die Argumentation der Beschwerdeführerin gehe fehl, wenn sie sich auf Umstände berufe, die nicht feststünden.

Bestritten werde zudem, dass die Vergabestelle falsche Angaben gemacht habe. Die Beschwerdeführerin habe das als Beweismittel eingegebene Protokoll vorbehaltlos unterzeichnet und damit bestätigt, dass das Protokoll die Erläuterungen des Vergabestelle korrekt wiedergebe.

Die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin als aussichtslos zu beurteilen, und selbst wenn die Legitimation wider Erwarten bejaht werden solle, sei nicht klar, ob die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Eignungskriterien als geeignet anzusehen sei. Das private Interesse der Beschwerdeführerin habe vor dem ausserordentlich gewichtigen öffentlichen Interesse zurückzutreten. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei daher abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei aufzuheben.

E.
Die ARGE C._____ teilt mit Eingabe vom 26. Mai 2014 mit, dass sie auf die Geltendmachung von Parteirechten im vorliegenden Verfahren verzichte.

F.
Die Bietergemeinschaft X._____ teilt mit Eingabe vom 26. Mai 2014 mit, dass sie keine Parteirechte geltend mache.

G.
Mit Replik vom 28. Mai 2014 hält die Beschwerdeführerin an ihren mit Beschwerde vom 5. Mai 2014 gestellten Anträgen und an ihren Ausführungen fest. Sie hält daran fest, dass sie einen Anspruch auf Zulassung im wieder aufzunehmenden Verfahren habe. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin der schnellste Weg sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin enthalte komplette Leistungen zu einem fairen Preis, weshalb die Vergabestelle unter dem Titel des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes verpflichtet gewesen wäre, es wieder mit einzubeziehen. Mit Blick auf die Protokollunterzeichnung hält die Beschwerdeführerin fest, dass diese erst nach entsprechender Rückfrage und Bestätigung erfolgt sei.

H.
Die Vergabestelle hält mit Stellungnahme vom 4. Juni 2014 an ihren Anträgen fest. Mangels Legitimation der Beschwerdeführerin sei die Beschwerde prima facie als aussichtslos zu qualifizieren und die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

1.1 Gegen den Abbruch eines Beschaffungsverfahrens durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die 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), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt.

Im vorliegenden Fall angefochten ist der Abbruch eines Beschaffungsverfahrens, für welches das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 die Unterstellung der im Verfahren B-4904/2013 angefochtenen Vergabe unter das BöB festgehalten hatte (vgl. Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 E. 1.1).

Diese Beurteilung ist auch hier massgebend; das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.2 Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerin dagegen macht geltend, sie sei zur Beschwerde legitimiert. Sie sei durch die Abbruchverfügung unmittelbar betroffen, denn ihr nach wie vor gültiges Angebot, das nie rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, werde durch den Abbruch wertlos. In einem Verfahren gegen einen Abbruch müsse ein Beschwerdeführer lediglich glaubhaft darlegen, dass er bei einer allfälligen nachmaligen Zuschlagserteilung für den Zuschlag zumindest in Betracht komme. Nur diejenigen Anbieter seien durch eine Abbruchverfügung nicht materiell beschwert, deren Angebote sowieso aus bestimmten Gründen, z.B. Formfehler, aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien oder wären. Das Bundesverwaltungsgericht sei zwar in mehreren Entscheiden zum Schluss gekommen, dass bei der Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag und einer Rückweisung an die Vergabestelle nur noch jene Angebote in die Neubewertung mit einbezogen werden sollten, die gegen den Zuschlag Beschwerde geführt hätten. In zwei jüngeren Entscheiden habe es jedoch darauf hingewiesen, dass in besonderen Konstellationen und aufgrund konkreter Umstände der Einbezug von Angeboten in Frage komme, für die keine Beschwerde gegen den Zuschlag geführt worden sei. Namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag müssten dabei von Bedeutung sein. Auch gewichtige Stimmen der Lehre hätten festgehalten, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts Ergebnisse resultierten, die den Zielsetzungen des Vergaberechts widersprechen könnten. Zum einen werde in der Literatur darauf hingewiesen, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts gerade nicht das beste Angebot gewählt würde. Auch werde mit einem Zuschlag in erster Linie entschieden, dass der ausgewählte Anbieter den Auftrag erhalten solle. Dass die übrigen Anbieter nicht zum Zug kämen, sei eher eine Reflexwirkung des Zuschlags als eine individuelle Zurückweisung jedes nicht berücksichtigten Anbieters. Bei einer Rücknahme, einem Widerruf oder einer gerichtlichen Aufhebung eines Zuschlags seien daher nur jene Bieter, die rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien, nicht mehr in das Verfahren mit einzubeziehen. Alle Anbieter, die noch ein gültiges Angebot "im Rennen" hätten, seien dagegen zu berücksichtigen, auch wenn sie den Zuschlag nicht angefochten hätten. Ein rechtskräftiger Ausschluss liege nur bei einer unangefochten gebliebenen oder erfolglos angefochtenen separaten Ausschlussverfügung vor, sowie eventuell dann, wenn die Vergabestelle einem Bieter im Rahmen der Zuschlagseröffnung ausdrücklich und unmissverständlich mitgeteilt habe, dass er ausgeschlossen werde.

Im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin gerade nicht klar und unmissverständlich mitgeteilt, dass sie ausgeschlossen worden sei. Die Beschwerdeführerin sei anlässlich des Debriefings vom 21. August 2013 vielmehr dahingehend informiert worden, dass ihr Angebot auf dem vierten und damit letzten Platz gelegen habe. Erst am 4. September 2013 und damit am letzten Tag der Beschwerdefrist gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag habe sie den Entwurf des Protokolls des Debriefings per Post zugestellt erhalten. Darin sei neu und erstmals erwähnt worden, dass das an dritter Stelle platzierte Angebot wegen Nichterreichens der technischen Minimalpunktzahl in den Zuschlagskriterien 2 und 3 ausgeschlossen worden sei. Diese Information sei am Debriefing erwiesenermassen nicht gemacht worden. Die Beschwerdeführerin habe daher auf eine Beschwerde verzichtet. Da sie von der Korrektur der Falschinformation zur Platzierung erst am letzten Tag der Beschwerdefrist Kenntnis erhalten habe, sei eine Beschwerde aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen. Bereits infolge des ihr zustehenden Vertrauensschutzes wäre eine Verneinung ihrer Legitimation bzw. die Nichtzulassung ihres Angebots für die neu vorzunehmende Auswertung rechtswidrig und missbräuchlich.

1.2.1 Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1296).

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

1.2.2 Im vorliegenden Fall verfügte die Vergabestelle den Abbruch des Vergabeverfahrens, nachdem die Zuschlagsverfügung durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden war. Die Vergabestelle stand somit im "reaktivierten Vergabeverfahren in der Phase vor der Zuschlagserteilung" (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2767 Fn. 2495). Die Frage stellt sich daher, ob die Beschwerdeführerin Teilnehmerin jenes "reaktivierten" Ver-

gabeverfahrens in der Phase nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts war bzw. als Teilnehmerin hätte angesehen werden müssen.

1.2.3 Bezüglich der Frage, ob nach einer Gutheissung der Beschwerde gegen einen Zuschlag und Rückweisung der Sache zur Neubewertung der Angebote nur die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter oder aber auch die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Submission, die den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben, einzubeziehen sind, sind die Meinungen nicht einheitlich. Gewisse Lehrmeinungen und kantonale Gerichte tendieren eher zur Auffassung, dass alle bisherigen Anbieter nochmals zu berücksichtigen seien, weil nur so das öffentliche Interesse daran, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot angenommen werde, gewährt werden könne (vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBl 104/2003 S. 27 f.; MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 2784). Ein Teil der kantonalen Gerichte und insbesondere die BRK und in der Folge das Bundesverwaltungsgericht gehen indessen in ständiger Praxis von der Auffassung aus, dass in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur noch die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind. Dies aufgrund der Überlegung, dass die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Beschaffung den erfolgten Zuschlag nicht angefochten, sondern sich mit ihm abgefunden haben und sich – im Gegensatz zu den Beschwerdeführern und allenfalls auch zur Zuschlagsempfängerin – im Beschwerdeverfahren keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben. Es wäre daher unbillig, wenn jene übrigen Anbieter dessen ungeachtet im Fall einer Rückweisung sozusagen als Trittbrettfahrer am nochmals aufzurollenden Verfahren wieder teilhaben könnten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4, mit Hinweisen; BRK 17/97 E. 3c; BRK 6/99 E. 6b; BRK 13/99 E. 4b; BRK 6/00 E. 3b; BRK 9/00 E. 5c; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1397).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Urteil anerkannt, dass die Lehre zu Recht auf das Spannungsverhältnis hingewiesen hat, welches zwischen dieser prozessualen Sichtweise und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbs und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bestehen kann, und die Frage aufgeworfen – aber offen gelassen – wie vorzugehen wäre, wenn die Offerte der im Rechtsmittelverfahren unterlegenen Zuschlagsempfängerin mit einem Mangel behaftet gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4).

1.2.4 Ob bzw. unter welchen Umständen allenfalls ausnahmsweise von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden darf, kann im vorliegenden Fall weiterhin offen gelassen werden. Klar ist indessen, dass eine allfällige derartige Ausnahme nur mit dem öffentlichen Interesse eines möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes begründet werden könnte. Dieses öffentliche Interesse ist durch die Vergabestelle zu wahren; der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, ist dagegen nicht berechtigt, sich darauf zu berufen, um einen eigenen Rechtsanspruch zur Verfolgung seiner privaten Interessen daraus abzuleiten.

Selbst wenn daher möglicherweise in einer Ausnahmesituation von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden dürfte – was auch im vorliegenden Fall ausdrücklich offen gelassen wird – könnte daher lediglich die Vergabestelle eine derartige Möglichkeit wahrnehmen. Der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, könnte dagegen aus einer solchen Situation keinen Rechtsanspruch ableiten, am wieder aufgerollten Vergabeverfahren teilzunehmen. Dieser Anbieter hat vielmehr die im Zuschlag an einen anderen Anbieter enthaltene Nichtberücksichtigung seines Angebots, die er sich gegenüber in Rechtskraft erwachsen liess, weiterhin gegen sich gelten zu lassen.

1.2.5 Die Beschwerdeführerin behauptet, der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten habe, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen müsse, gelte nur bedingt. In einem jüngeren Entscheid habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass diesbezüglich namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag von Bedeutung seien.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten hat, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen muss, wurde in dem von der Beschwerdeführerin angeführten Urteil des Bundesverwal-

tungsgerichts (B-536/2013) nicht in Frage gestellt. Dem Urteil lag eine wesentlich andere Konstellation zu Grunde: Angefochten war ein Abbruch, kein Zuschlag. Da der Abbruch nicht begründet war, durfte die in Frage stehende Mitbewerberin mit einer erneuten Ausschreibung rechnen, in der sie ihr Angebot erneut eingeben könnte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.2). Sie musste den Abbruch daher nicht zwingend als für sich nachteilig auffassen, sondern durfte annehmen, dass ihre Chancen auf einen letztlichen Zuschlag nach wie vor intakt waren. Insofern stellte sich die Frage, ob ihre Situation in gewisser Weise nicht teilweise vergleichbar sei mit derjenigen einer Zuschlagsempfängerin, welche darauf verzichtet hat, im Rechtsmittelverfahren Parteirechte auszuüben. Eine derartige Zuschlagsempfängerin bleibt im wieder aufgerollten Vergabeverfahren, sofern sie nicht durch das Urteil ausgeschlossen wurde. Aus der angeführten Passage jenes Urteils des Bundesverwaltungsgerichts – in dem die aufgeworfene Frage im Übrigen ausdrücklich offen gelassen wurde – kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren daher nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Konstellation wesentlich anders lag als im vorliegenden Fall. Im vorliegenden Fall war der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen völlig klar, dass mit der am 15. August 2013 publizierten Zuschlagsverfügung ihr Angebot definitiv nicht berücksichtigt worden war.

1.2.6 Ob die von der Beschwerdeführerin dargelegten Gründe, warum sie gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag keine Beschwerde erhoben hatte, einen Anspruch auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist hätten begründen können, kann hier offen bleiben, da ein derartiges Begehren innert 30 Tagen zu stellen gewesen wäre (vgl. Art. 24 Abs. 1 VwVG). Auf ihre diesbezüglichen Vorbringen braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

1.2.7 Die Beschwerdeführerin hat somit keinen Rechtsanspruch darauf, an dem nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 neu aufgerollten Submissionsverfahren teilzunehmen. Aus diesem Grund ist sie auch nicht legitimiert, die in diesem Verfahren ergangene Abbruchverfügung anzufechten.

1.3 Auf ihre Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

2.
Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterlie-

gende Partei, weshalb ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Beschwerdeführerin hat bei diesem Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 50'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und der Beschwerdeführerin werden Fr. 45'000.– zurück erstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
– die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 85690; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Eva Schneeberger	Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 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