

BVGer B-2386/2014 vom 25. Juni 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-06-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2386_2014

FR: TAF B-2386/2014 du 25 juin 2014

IT: TAF B-2386/2014 del 25 giugno 2014

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

A._____ GmbH,

E. 2

N._____ Ltd.,

E. 3

O._____ AG,

E. 4

P._____ SA,

E. 5

Q._____ S.p.A.,

E. 6

R._____ S.p.A.,

E. 7

S._____ S.p.A., alle vertreten durch Rechtsanwälte Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel, Kasinostrasse 2, 8401 Winterthur, Beschwerdegegnerinnen. Gegenstand Öffentliches Beschaffungswesen (Ausschluss und Verfahrensabbruch), Los Fahrbahn und Logistik CBT, SIMAP-Projekt-ID 85680. 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 Fahrbahn und Logistik im offenen Verfahren ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 735997), dass die Vergabestelle am 15. August 2013 auf SIMAP publiziert hat, dass sie den Zuschlag an die ARGE L._____, bestehend aus M._____ SA, N._____ Ltd., O._____ AG, P._____ SA, Q._____ S.p.A., R._____ S.p.A. und S._____ S.p.A., zum Preis von CHF 96'404'956.75 erteilt habe (Meldungsnummer 786679), 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 Bietergemeinschaft X. _____ aus dem Vergabeverfahren Los Fahrbahn und Logistik CBT wegen Nichterfüllens der Eignungskriterien ausgeschlossen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1) und das Vergabeverfahren abgebrochen hat (vgl. Dispositiv-Ziffer 3), dass die Vergabestelle diese Abbruchverfügung am 15. April 2014 auf SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 817831), dass die ARGE L. _____ 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_383/2014), dass die Bietergemeinschaft X. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 5. Mai 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 14./15. April 2014 erhebt und beantragt, die Ausschluss- und Abbruchverfügung vom 14. April 2014 sei aufzuheben, dass die Beschwerdeführerinnen beantragen, es sei ihnen der Zuschlag zu erteilen, eventuell sei die Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anweisung, das Verfahren fortzusetzen und den Beschwerdeführerinnen den Zuschlag zu erteilen, subeventuell sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen in prozessualer Hinsicht beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuerst superprovisorisch und alsdann definitiv zu erteilen, 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 beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen und es sei ihr die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung zu entziehen, dass die Vergabestelle ausführt, dass das unbestreitbare öffentliche Interesse an der möglichst zeitgerechten Fertigstellung der Gotthard-Achse der NEAT gebiete, dass sie den umstrittenen Auftrag möglichst schnell definitiv ver gebe, und dass für sie ein rascher Entscheid des Bundesgerichts, mit welchem der Zuschlagsentscheid vom 15. August 2013 bestätigt, eventuell der Zuschlag an die ARGE L. _____ erteilt würde, die optimale Lösung wäre, dass die Vergabestelle vorbringt, dass insbesondere mit Blick auf die Folgen des durch die ARGE L. _____ vor Bundesgericht eingereichten Eventualbegehrens - dessen Gutheissung denkbar sei - bzw. 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, sowie, dass sie daran interessiert sei, sich grösstmögliche Handlungsfreiheit zu bewahren, um bei gegebenen Voraussetzungen entweder einen gerichtlich verfügten Zuschlag umzusetzen oder eine Neuvergabe vornehmen zu können, dass der Entzug bzw. die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung es der Vergabestelle ermöglichen würde, die (allerdings zeitintensive) Neuausschreibung vorzubereiten, wogegen die definitive Erteilung der aufschiebenden Wirkung durch das Bundesverwaltungsgericht sie in ihrer Handlungsfreiheit massiv behindern würde, 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 Fahrbahn und Logistik 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 Fahrbahn und Logistik (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 an ihrer Ausschluss- und Abbruchverfügung vom 14. April 2014 und den dortigen Begründungen und Schlussfolgerungen vollumfänglich festhalte, dass die Beschwerde als aussichtslos anzusehen sei und ihr auch aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung zu entziehen bzw. nicht zu erteilen sei, dass die Vergabestelle überdies die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bis zum Entscheid des Bundesgerichts in der Beschwerdesache 2C_383/2014 beantragt, dass die BIEGE D._____ mit Eingabe vom 20. Mai 2014 mitgeteilt hat, Parteirechte geltend machen zu wollen und um Zustellung sämtlicher Verfahrensakten ersucht hat, dass das Bundesgericht mit Verfügung vom 21. Mai 2014 im Verfahren 2C_383/2014 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 Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 26. Mai 2014 beantragen, das Verfahren sei mit Blick auf das qualifizierte Beschleunigungsgebot und die Prozessökonomie mindestens bis zum Abschluss des Instruktionsverfahrens nicht zu sistieren, eventuell seien im Fall einer Sistierung dieses Verfahrens auch die beiden Parallelverfahren B 2433/2014 und B-2467/2014 zu sistieren, dass die Beschwerdeführerinnen ausführen, das Beschwerdeverfahren könne nur sistiert werden, wenn gleichzeitig die aufschiebende Wirkung (allenfalls superprovisorisch) erhalten bleibe, dass sie beantragen, es sei der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung weiterhin zu gewähren und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung definitiv zu erteilen, dass sich die Beschwerdeführerinnen auf den Standpunkt stellen, der Vergabestelle sei es unbenommen gewesen, den Ablauf der Beschwerdefrist gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4902/2013 und entsprechende Anordnungen des Bundesgerichts abzuwarten, statt sogleich einen Verfahrensabbruch zu verfügen, dass die Beschwerdeführerinnen vorbringen, dass sich die Vergabestelle das neuerliche Verfahren weitgehend selber anrechnen lassen müsse, da sie aufgrund der schwebenden, umstrittenen Frage der Zuschlagserteilung habe davon ausgehen müssen, dass ein Abbruch-Entscheid nicht akzeptiert werde, dass die Beschwerdeführerinnen sodann die Auffassung vertreten, die integral bestrittenen Darlegungen der Vergabestelle über Kostenfolgen würden als kalkuliertes Risiko und nicht als Verzögerungsschaden erscheinen, dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 3. Juni 2014 die Meinung vertritt, dass die BIEGE D._____ nicht legitimiert sei, im vorliegenden Verfahren Parteirechte geltend zu machen, dass die

Vergabestelle mit Eingabe vom 3. Juni 2014 betreffend die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an ihren Anträgen festhält, dass die ARGE L. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen) mit Eingabe vom 3. Juni 2014 mitteilt, als Partei im vorliegenden Verfahren teilnehmen zu wollen, dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 11. Juni 2014 an ihrem Antrag, es sei der Beschwerde die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung weiterhin zu gewähren und es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung definitiv zu erteilen, festhalten, dass die Beschwerdeführerinnen sich auf den Standpunkt stellen, dass die Beschwerde in einer prima-facie-Würdigung nicht offensichtlich unbegründet sei, sowie, dass der Gewährung der aufschiebenden Wirkung keine Privatinteressen der Beschwerdegegnerinnen entgegenstünden und auch der Vergabestelle keine Nachteile entstünden, da es ihr unbenommen sei, intern eine allfällige Neuausschreibung vorzubereiten, ihr indessen der tatsächliche Vollzug der (Neu-)Ausschreibung untersagt sei, dass die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass ihnen selber offenkundig ein materieller Nachteil entstehen würde, da ihnen ein Auftrag im Wert von über CHF 100 Mio. entgehen würde, sie einen nutzlosen Bieter-Aufwand von ca. CHF 660'000.- abzüglich der Entschädigung durch die Vergabestelle abschreiben und zudem Verfahrenskosten von rund CHF 300'000.- tragen müssten, dass die Beschwerdeführerinnen kritisieren, die Vergabestelle habe selber mit dem Abbruch den Grund für jede Verlängerung des Vergabeverfahrens gesetzt, weshalb die Verzögerung des Verfahrens nicht als Nachteil der Vergabestelle bewertet werden dürfe, und die Verweise auf Kostenfolgen von Verfahren vorweg als kalkuliertes Risiko und nicht als Verzögerungsschaden anzusehen seien, dass sich die Verzögerungen zudem faktisch nicht auswirken würden, da die Rohbauten nach eigenen Angaben der Vergabestelle im Rückstand seien, mithin die Vorbringen der Vergabestelle auf einen veralteten Entwicklungsplan abstellen würden, der sich in dieser Form nicht mehr rechtfertigen lasse, dass es zudem nicht angehe, dass bei der technischen Planung Jahre einkalkuliert würden, für ein rechtsstaatliches Verfahren des Primärrechtsschutzes dagegen nicht einmal vier Monate gewährt werden sollten, dass die Beschwerdeführerinnen festhalten, dass sie bei Zuschlagserteilung innert nützlicher Frist den geforderten Zeitplan des Bauvorhabens noch sicherstellen und nach Zuschlagserteilung auch sofort mit der Umsetzung starten könnten, dass sie geltend machen, dass im Ergebnis keine massgeblichen Interessen einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstünden und insbesondere keine Dringlichkeit bestehe, die einem Aufschub der Neuausschreibung entgegenstehen würde, dass die BIEGE D. _____ sich mit Eingabe vom 16. Juni 2014 erkundigt, ob das vorliegende Verfahren sistiert worden sei, dass die Beschwerdegegnerinnen mit Stellungnahme vom 16. Juni 2014 beantragen, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen, eventuell sei - entsprechend der Anordnung des Bundesgerichts im Verfahren 2C_383/2014 - der Vergabestelle vorsorglich zu untersagen, den Auftrag anderweitig zu vergeben, dass die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 17. Juni 2014 beantragen, das Begehren der BIEGE D. _____ um Parteistellung sei abzuweisen, 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 Suspensiv-effekt 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 Erfolgchancen 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 die Parteistellung der ARGE L. _____ im vorliegenden Verfahren nicht bestritten ist, dass über das Gesuch der BIEGE D. _____, im vorliegenden Verfahren Parteirechte auszuüben, in einer separaten Verfügung zu befinden ist, dass die Antwort auf die Frage, ob die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien erfüllen oder zu Recht ausgeschlossen wurden, davon abhängt, wie die in den Ausschreibungsbestimmungen definierten Anforderungen an die Eignungsnachweise auszulegen sind, dass daher nicht nur der Ausgang des Parallelverfahrens der Beschwerdegegnerinnen, sondern auch der Ausgang des vorliegenden Verfahrens davon abhängt, wie das Bundesgericht in dem bei ihm hängigen Verfahren 2C_383/2014 entscheiden wird, dass sich das Bundesgericht in seiner Verfügung vom 21. Mai 2014 im Verfahren 2C_383/2014 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 des bundesgerichtlichen Verfahrens - 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_383/2014 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 eine neue Interessenabwägung unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Verfahrensdauer vorzunehmen sein wird, dass sich die Vergabestelle in Bezug auf die Frage der Sistierung des vorliegenden Verfahrens für eine Sistierung ausspricht, wogegen die Beschwerdeführerinnen die Auffassung vertreten, dass angesichts der von ihnen erörterten Varianten des Ausgangs des bundesgerichtlichen Verfahrens eine Sistierung im jetzigen Zeitpunkt nicht nahe liege, vielmehr das Verfahren mindestens bis zum Abschluss des Instruktionsverfahrens voranzutreiben sei, damit nach Eröffnung des Bundesgerichtsentscheids gegebenenfalls rasch entschieden werden könne, dass der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht gefolgt werden kann, dass die massgeblichen Akten sich aufgrund des mit Urteil vom 14. März 2014 abgeschlossenen Verfahrens B-4902/2013 bereits beim Bundesverwaltungsgericht befinden und den Beschwerdeführerinnen sowie - unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerinnen - im Wesentlichen auch den Beschwerdegegnerinnen bekannt sind, dass nach dem noch ausstehenden Entscheid des Bundesgerichts ohnehin noch ein Schriftenwechsel durchzuführen sein wird, dass eine Fortsetzung der Instruktion zum jetzigen Zeitpunkt, in Unkenntnis des Ergebnisses des bundesgerichtlichen Verfahrens, mit grosser Wahrscheinlichkeit unnötigen Aufwand verursachen würde, dass es daher angezeigt erscheint, vorerst den Entscheid des Bundesgerichts im Verfahren 2C_383/2014 abzuwarten und das vorliegende Verfahren bis dahin zu sistieren, dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.