

BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3644_2017

FR: TAF B-3644/2017 du 23 août 2017

IT: TAF B-3644/2017 del 23 agosto 2017

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d 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).

E. 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.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - sie wurde aus dem Verfahren ausgeschlossen bzw. der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Diese formelle Beschwer und das besondere Berührtsein sind zwar (in der Regel) notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzungen für die Legitimation. Zusätzlich ist auch ein schutzwürdiges Interesse erforderlich (vgl. Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Dieses besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn ein Beschwerdeführer mit seinem Anliegen obsiegt und dadurch seine tatsächliche oder rechtliche Situation unmittelbar beeinflusst werden kann. Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4 mit Hinweisen "Erneuerung Videoanlage I"). Nichtsdestoweniger wird die Legitimation der Beschwerdeführerin seitens der Beschwerdegegnerin, nicht aber durch die Vergabestelle bestritten. Dazu ist festzuhalten, dass der Offertpreis der Beschwerdeführerin gemäss dem Angebot nach Verhandlungen mit ca. Fr. (...) (zuschlagsrelevanter Wert inkl. Optionen) günstiger ist im Vergleich zum seitens der Zuschlagsempfängerin offerierten Preis. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist demnach jedenfalls gegeben. Indessen ist im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses

das von der Beschwerdeführerin gestellte Begehren, der Zuschlag sei ihr direkt zu erteilen, von vornherein abzuweisen, da die Evaluation durch die Vergabestelle auch im Falle des Obsiegens erst noch erfolgen muss. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4 mit Hinweisen "Erneuerung Videoanlage I").

E. 1.4

Die Anfechtung der am 24. April 2012 publizierten Zuschlagsverfügung ist fristgerecht erfolgt (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Die Form der Beschwerde ist gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich die Zuschlagsempfängerin mit Eingabe vom 12. Juli 2017 als Beschwerdegegnerin konstituiert hat und in Bezug auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung eigene Anträge stellt.

E. 1.5

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

E. 2.1

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 die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 2.2

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) auf den 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 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 (Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser 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 Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11], wobei an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5 "Projektcontrollingsystem Alp Transit"; vgl. Peter

Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 158).

E. 2.3

Gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibungspublikation geht es beim vorliegenden Beschaffungsobjekt um die Lieferung von Material für die Tunnelorientierungsbeleuchtung (Handlauf mit integriertem Kabeltragsystem und Tunnelorientierungsbeleuchtung, Alarmauslösung und -quittierung, Kabelanlagen und Nischenbeleuchtung) für neue und bestehende Tunnels für 3 Jahre, vorbehältlich einer dreimaligen Möglichkeit zur jährlichen Verlängerung. Gemäss Ziff. 2.9 der Ausschreibungspublikation wird der Auftrag über die Tunnel Eppenberg und Ölberg abgeschlossen. Weiter besteht eine 1. Optionseinlösung, die die Tunnel Heitersbergtunnel, Zimmerberg alt, Albis und Sulzegg beinhaltet. Es können als 2. Option alle in der Ausschreibung erwähnten Tunnel unter diesem Vertrag bezogen werden.

E. 2.4

Dem soeben beschriebenen Gegenstand der Beschaffung ist zunächst ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB AG zuzuerkennen. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 2 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB).

E. 2.5

Die hier interessierenden Arbeiten werden in der Ausschreibung als Lieferauftrag umschrieben. Damit fällt die Beschaffung unbestrittenermassen in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Gemäss Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 vom 23. November 2015 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle CHF 700'000. . Dieser wird im vorliegenden Fall selbst ohne Berücksichtigung der Optionen erreicht.

E. 2.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass das in Frage stehende Vergabeverfahren richtigerweise in Anwendung des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen durchgeführt worden ist. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

E. 3.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 3.2

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 BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H. "Lüftung Belchentunnel"). 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 BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

E. 3.3

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 auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen 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) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). 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 Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

E. 4

Im vorliegenden Fall gilt es zunächst zu prüfen, ob die nicht vollständige Leistung des Kostenvorschusses innert der angesetzten Frist dazu führt, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann.

E. 4.1

Der Instruktionsrichter erhebt von der Beschwerdeführerin einen Kostenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten. Zu dessen Leistung ist der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist anzusetzen unter Androhung des Nichteintretens (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Frist für die Zahlung eines Vorschusses ist gewahrt, wenn der Betrag rechtzeitig zu Gunsten der Behörde der Schweizerischen Post übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet worden ist (Art. 21 Abs. 3 VwVG). Anders als im Verfahren vor Bundesgericht ist bei Nichtleistung des Kostenvorschusses keine Nachfrist anzusetzen (Urteil des BGer 2C_703/2009 vom 21. September 2009 E. 4.4.1 f.; vgl. statt vieler Marcel Maillard, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, N 43 zu Art. 63 mit weiteren Hinweisen). Dabei ist die Rechtsprechung zur verspäteten Leistung des Kostenvorschusses streng (Urteil des BVGer B-65/2012 vom 11. April 2012 E. 4.3.3 f.).

E. 4.2

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegeben, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (vgl. BGE 135 I 6 E. 2.1; BGE 132 I 249 E. 5; BGE 130 V 177 E. 5.4.1).

E. 4.3

Vorliegend ist nun unbestritten, dass ein Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 8'000.- einverlangt worden ist unter Androhung des Nichteintretens bei Nichtleistung desselben. Ebenso unstrittig ist, dass dem Gericht innert der angesetzten Frist, das heisst bis zum 19. Juli 2017, lediglich ein Betrag in Höhe von Fr. 7'984.- überwiesen worden ist. Mit elektronischer Mitteilung vom 21. Juli 2017 hat sich die Beschwerdeführerin zu ihrer Auslandüberweisung dahingehend geäußert, dass "im Zuge der Überweisung offenbar unerwartet Gebühren angefallen" seien. Der Restbetrag von Fr. 16.- wurde inzwischen doppelt überwiesen. Tatsächlich ergibt sich aus dem eingereichten Sparkassenüberweisungsformular vom 13. Juli 2017 nicht, dass die Beschwerdeführerin bewusst eine zulasten des Gerichts unvorteilhafte Teilung der Gebühren in Auftrag gegeben hätte. Damit ist jedenfalls nicht dieselbe Situation gegeben wie bei verspäteter Bezahlung des ganzen Kostenvorschusses. Demnach ist ein Nichteintreten wegen Nichtleistung des Kostenvorschusses nicht derart wahrscheinlich, dass das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bereits mit dieser Begründung abzuweisen wäre.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Absageschreiben vom 9. Juni 2017 sei ihr lediglich mitgeteilt worden, ihr Angebot habe "aus technischen Gründen" nicht berücksichtigt werden können. Auch die anlässlich des Debriefings vom 15. Juni 2017 mündlich nachgeschobene Erläuterung dieser angeblichen technischen Gründe habe keine Klarheit über die Begründetheit und die Rechtmässigkeit

des Ausschlusses gebracht (Beschwerde, S. 8). Namentlich sei ihr auch die verwendete Präsentation nicht ausgehändigt worden (Stellungnahme vom 25. Juli 2017, S. 34).

E. 5.2

Nach Art. 35 Abs. 1 VwVG sind schriftliche Verfügungen als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Um dem in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite derselben zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (Urteil des BVGer B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste" und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1705 f.). Hinsichtlich der Begründung von Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 29 Bst. a BöB enthält Art. 23 BöB eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 (und 3) VwVG (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 3.2 "HP-Monitore"). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt in einem ersten Schritt eine summarische Begründung genügen. Die für die Publikation der Zuschlagsverfügungen notwendigen Angaben sind in Art. 28 VöB aufgezählt. Erst auf Gesuch hin muss die Vergabestelle den nicht berücksichtigten Anbietern umgehend weitergehende Informationen bekanntgeben (vgl. Art. 23 Abs. 2 BöB; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1243 f.).

E. 5.3

Nachdem der Beschwerdeführerin seitens der Vergabestelle ein Debriefing angeboten worden ist, kann eine allenfalls teilweise fehlende Erläuterung des Ausschlusses bzw. eine Verletzung der Begründungspflicht allein mit Blick auf das Beschleunigungsgebot in der Regel nicht zu einer Rückweisung führen. Damit fällt auch die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit dieser Begründung ausser Betracht (Zwischenentscheid des BVGer B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 5.3.3 "IT / Vertragsmanagementsystem"). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Replik gegeben worden ist, womit es ihr jedenfalls möglich war, die angefochtene Verfügung in voller Kenntnis ihrer Tragweite anzugreifen.

E. 6

Im Folgenden ist *prima facie* zu prüfen, ob die Beschwerde materiell offensichtlich unbegründet ist. Dabei ist vorab klarzustellen, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang den eingereichten Unternehmervarianten zukommt.

E. 6.1.1

Gemäss Art. 22a Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen, sofern die Auftraggeberin diese Möglichkeit nicht beschränkt oder ausgeschlossen hat. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung; Amtsvorschlag) abweicht (vgl. Entscheid der BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc, m.H.). Wird nur eine Variante ohne Amtslösung eingereicht, so gilt die Offerte als unvollständig und ist auszuschliessen (vgl. BVGE 2007/13 E. 5.1 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1 "Erneuerung Funksystem"; Zwischenentscheid des BVGer

B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 5.4 ff. "Casermettatunnel"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 751). Die sich aus Art. 22a Abs. 1 VöB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird einerseits damit begründet, dass es Aufgabe der Vergabestelle ist, alle Offerten vergleichbar zu machen, andererseits aber auch damit, dass damit sichergestellt werden soll, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt (vgl. Urteil des BVGer B 5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1 "Erneuerung Funksystem"). Im vorliegenden Fall sind Varianten gemäss Ziffer 2.11 der Ausschreibung zugelassen. Die Vergabestelle hat diesbezüglich in der Ausschreibung selbst klargestellt, dass das von der SBB AG geforderte Grundangebot in jedem Fall eingereicht werden muss. Die Beschwerdeführerin hat neben dem Grundangebot zwei Unternehmervarianten eingereicht.

E. 6.1.2

Der vorliegende Fall ist durch den Umstand gekennzeichnet, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Verhandlung vom 31. März 2017 Gelegenheit erhalten hat, "zusammen mit den Unterlagen bis am 13. April 2017 ein überarbeitetes Nachangebot" einzureichen (Protokoll der Verhandlung vom 31. März [Vernehmlassungsbeilage 1], S. 11). Auch die Beschwerdegegnerin und zwei weitere Anbieterinnen haben Nachangebote eingereicht. Auf die Weiterverfolgung der Unternehmervariante 1 der Beschwerdeführerin wurde dagegen anlässlich der Verhandlung vom 31. März 2017 verzichtet (Stellungnahme der Vergabestelle vom 13. Juli 2017, Rz. 9), wobei die Beschwerdeführerin den Ausführungen der Vergabestelle diesbezüglich zustimmt (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2017, Rz. 11), weshalb auf die Unternehmervariante 1 im Folgenden nicht näher einzugehen ist. Die Unternehmervariante 2 unterscheidet sich vom Grundangebot in Bezug auf die Materialisierung von Handlauf und Kabelkanal (...) und die unterschiedliche Konstruktion von Handlauf und Kabelkanal (vgl. Beschwerde, Rz. 38; Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2017, Rz. 18).

E. 6.2

Die Vergabestelle hat sowohl das Grundangebot sowie die Unternehmervariante 2 der Beschwerdeführerin ausgeschlossen, weil diese unvollständig seien und nicht den Mindestvorgaben entsprechen würden. Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass sowohl das Grundangebot in der Fassung gemäss Nachangebot als auch die Unternehmervariante vollständig und ausschreibungskonform sind. Dabei ist zunächst näher auf die Frage einzugehen, ob nach dem Konzept der Vergabestelle alle technischen Vorgaben gemäss Pflichtenheft in der Weise zwingend sind, dass ihre Nichterfüllung zum Ausschluss führt, oder ob dies nach dem Konzept der Ausschreibungsunterlagen nur in Bezug auf einen Teil der Vorgaben gilt.

E. 6.2.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produkthanforderungen sind - soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergibt - absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 mit Hinweisen "HP-Monitore"; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen

an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-7753/2016 vom 1. Februar 2017 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen").

E. 6.2.2

Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen "Bahntechnik Monte Ceneri"). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 6.2.3

Gemäss Ziff. 2.7.1 der Ausschreibungsbedingungen (Formelle Prüfung) ist ein vollständiges Angebot einzureichen. Alle Angebote werden nur bewertet, wenn sie mit den geforderten Nachweisen, vollständig, unterzeichnet und fristgerecht eingereicht werden. Die Eingabe des Angebots ist in zweifacher Ausführung in Papierform und auf 2 USB-Sticks einzureichen (Ziff. 2.3). Gemäss Ziff. 2.7.3 der Ausschreibungsbedingungen geht hervor, dass die Mindestanforderungen eingehalten werden müssen. "Die Mindestanforderungen aus dem Pflichtenheft sind zwingend einzuhalten, ansonsten wird das Angebot nicht in die Bewertung einbezogen." Unter Ziffer 2.7.3.1 mit dem Titel "technische Mindestanforderungen (technische Spezifikationen)" führt die Vergabestelle aus, die technischen Anforderungen an das Produkt seien im Pflichtenheft (PH) definiert. "Die technischen Mindestanforderungen" an das Produkt sind im Anhang A11 Qualitätsnachweis zu den Ausschreibungsbedingungen (Musskriterium = "ja") in einer der Ziff. 2.7.3.1 der Ausschreibungsunterlagen und in der nachfolgenden Tabelle aufgeführt. Die Erfüllung aller definierten technischen Mindestanforderungen muss im Angebot unter dem Kapitel 4.4. (Erfüllung der Mindestanforderungen) klar ersichtlich sein. Es sind die nachfolgend definierten Nachweise separat beizulegen. Die benötigten Angaben/Datenblätter sind für alle angebotenen Produkte einzureichen.

E. 6.2.4

Die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Beschwerde vom 28. Juni 2017 auf den Standpunkt, ihr Angebot sei vollständig und ausschreibungskonform (Beschwerde, Rz. 62). Ausserdem hält die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2017 fest, welche Anforderungen des Pflichtenhefts als Mindestanforderungen gelten und zwingend einzuhalten sind, sei in Ziff. 2.7.3.1 der Ausschreibungsbedingungen und im Anhang A11 festgelegt. Sowohl das Grundangebot als auch die Unternehmervariante 2 würden diese vorgegebenen Mindestanforderungen gemäss Ziffer 2.7.3.1 der Ausschreibungsbedingungen und des Anhangs A11 erfüllen (Stellungnahme vom 25. Juli 2017, Rz. 31). Die Beschwerdeführerin geht demnach in Bezug auf gewisse andere technische Vorgaben (im Sinne eines Eventualarguments) davon aus, dass diese nicht in

gleicher Weise zwingend sind wie die in der Tabelle unter Ziffer 2.7.3.1 aufgeführten und in Anhang A11 als "Muskriterien" bezeichneten technischen Mindestanforderungen (vgl. dazu etwa die Stellungnahme vom 27. Juli 2017, Rz. 34 und Rz. 40 und namentlich Rz. 47 in Bezug auf den Nagetierschutz). Wie sich im Folgenden zeigen wird, ist für den vorliegenden Zwischenentscheid nicht die Frage der Einhaltung der technischen Mindestvorgaben, sondern vielmehr die Frage, ob die Nachofferte vollständig ist, fallentscheidend. Immerhin ist festzuhalten, dass sich die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach sie in Bezug auf die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung der speziell definierten Muskriterien im Vergleich zur Nichteinhaltung sonstiger Vorgaben im Pflichtenheft zu differenzieren sucht, nicht als offensichtlich haltlos erweist. Insofern wird in Bezug auf die zu diskutierenden Vorgaben festzustellen sein, ob es sich um Muskriterien gemäss der Tabelle unter Ziffer 2.7.3.1 der Ausschreibungsbedingungen oder sonstige Vorgaben im Pflichtenheft handelt. Andererseits lässt sich aber auch nicht argumentieren, dass es der Vergabestelle offensichtlich verwehrt ist, den Ausschluss auf andere als die in Ziffer 2.7.3.1 genannte technische Vorgaben zu stützen, jedenfalls soweit deren objektive Wesentlichkeit für das in Frage stehende Projekt ins Auge springt.

E. 6.3.1

Punkt 2.6.3 des Pflichtenhefts betrifft die zu liefernden Kabel. Unter Ziffer 2.6.3.2 des Pflichtenhefts definiert die Vergabestelle als "Leuchtenkabel W_L_E30/_E90" "Leuchtenkabel Zuleitung zur Abzweigdose ab dem Schrank mit der Beleuchtungssteuerung und die Verbindung zwischen den Abzweigdosens". Dazu wird erläuternd Folgendes ausgeführt: "Auf der Höhe jeder Alarmierungseinheit wird das Leuchtenkabel aufgetrennt, in eine Abzweigdose geführt und mit dem Betriebsgerätekabel verbunden, welches die Betriebsgeräte der Tunnelorientierungsbeleuchtung oder die Nischenleuchte erschliesst." Unter Punkt 2.6.3.4 wird für diese Leuchtenkabel unter anderem leichter Nagetierschutz und Funktionserhalt E90 verlangt. E30 bzw. E90 meint den "Funktionserhalt eines ganzen Systems, das heisst verlegte Kabel, Verteiler und Kabelpritschen inkl. der Befestigung unter Feuereinwirkung und Nennstrom während mindestens 30 bzw. 90 Minuten (z.B. E90: Funktionserhalt 90 Minuten)" (vgl. Punkt 7.1 des Pflichtenhefts mit dem Titel "Abkürzungen, Symbole").

E. 6.3.2

Mit Eingabe vom 25. Juli 2017 äussert sich die Beschwerdeführerin namentlich dahingehend, dass entgegen der Ansicht der Vergabestelle im Rahmen der Nachofferte nur das W_L-Kabel ersetzt worden sei. Es liege eine Bestätigung eines Lieferanten vor, aus der klar hervorgehe, dass es diverse Kabel mit E90-Lösungen und Nagetierschutz gebe (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2017, Rz. 37 und 47).

E. 6.3.3

Dem entgegnet die Vergabestelle, dass lediglich eine pauschale Aussage des Lieferanten über E90-Lösungen für Kabel mit Nagetierschutz vorliege. Das Datenblatt für das neue Kabel mit Funktionserhalt E90 fehle. Zudem sei die Anforderung an den Funktionserhalt E90 für das neue Kabel nicht belegt (Stellungnahme der Vergabestelle vom 13. Juli 2017, Rz. 30 und Rz. 44). Die ursprünglich eingereichten Dokumente betreffend Durchführung und Zertifizierung des Funktionserhalts seien aufgrund des neu offerierten Kabels nicht mehr gültig. Auch sei ein plausibler Prüfbericht zum Funktionserhalt E30/E90 des Gesamtsystems nicht vorhanden (Stellungnahme der Vergabestelle vom 13. Juli 2017, Rz.

43).

E. 6.3.4

Bezüglich des Prüfberichts betreffend Funktionserhalt E30/90 führt wiederum die Beschwerdeführerin aus, dass ein solcher nicht für das Gesamtsystem verlangt worden sei. Gemäss Ziff. 6.1 des Pflichtenhefts sei ein Prüfzeugnis nur wenn vorhanden einzureichen (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 25. Juli 2017, Rz. 21). Damit stellt sich die Frage nach der Vollständigkeit des Angebots.

E. 6.4.1

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3).

E. 6.4.2

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5; vgl. auch E. 4.2 hiervor). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 mit Hinweisen "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteil des BVer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 f.).

E. 6.4.3

Zusammenfassend unterscheidet die Praxis bei unvollständigen Offerten drei Kategorien: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1 sowie AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). In diesem Sinne sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4 "Vermessung Durchmesserlinie"). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangen Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr").

E. 6.5.1

Zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdeführerin unstrittig ist der Umstand, dass anlässlich der Verhandlung vom 31. März 2017 vereinbart wurde, dass ein neues W_L-Kabel (Positionen des Pflichtenhefts 2.6.3.3 "Leuchtenkabel W_L_E30" und 2.6.3.4 "Leuchtenkabel W_L_E90") angeboten werden sollte (Stellungnahme der Vergabestelle vom 13. Juli 2017, Rz. 30). Dementsprechend reichte die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Nachofferte ein Datenblatt ihrer Kabellieferantin betreffend Sicherheitskabel ein, wobei in Bezug auf sämtliche dort enthaltenen Kabel der Kabeltyp "E30" angegeben ist. Für das neu offerierte W_L-Kabel mit Funktionserhalt E90 wurde demgegenüber kein Datenblatt eingereicht, sondern lediglich eine elektronische Mitteilung der Kabellieferantin vom 6. April 2017 mit folgendem Wortlaut: "Wir haben diverse Kabel und Ausführungen als Möglichkeiten zum Thema Nagetierschutz in Verbindung mit E90 Lösungen. Was ist die genaue Applikation bzw. welche Querschnitte kommen zur Anwendung? Was ist der Verbraucher induktiv? Welche Art von Tunnel? Eisenbahn oder Fahrzeugtunnel?" Dass eine derartige Mitteilung nicht als Datenblatt für das W_L-Kabel mit Funktionserhalt E90 gemäss Ziffer 2.6.3.4.e des Pflichtenhefts angesehen werden kann, bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht. Den blossen Hinweis, dass es für dieses Problem nach den Angaben ihrer Lieferantin Lösungen gibt (vgl. E. 6.3.2 hiervor), hat die Vergabestelle zutreffend als "pauschale Aussage" bezeichnet (vgl. E. 6.3.3 hiervor). Diese Unvollständigkeit beschlägt sowohl das Grundangebot als auch die Unternehmervariante 2. Es stellt sich demnach lediglich die Frage nach der Rechtsfolge derselben. Dementsprechend ist im Folgenden zu prüfen, ob ein Ausschluss wegen des fehlenden Datenblattes gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst.

E. 6.5.2

Gemäss dem Preisblatt (vgl. Beilage 4 zur Stellungnahme Vergabestelle vom 13. Juli 2017) werden beim Eppenbergtunnel W_L-Kabel mit Funktionserhalt E90 eingesetzt (W_L_E90), während für den Ölbergtunnel lediglich W_L-Kabel mit Funktionserhalt E30 zum Einsatz kommen (W_L_E30). Gemäss Anhang A11 zu den Ausschreibungsunterlagen ist der

Funktionserhalt E30/E90 jeweils mit einem Datenblatt zu belegen, obwohl dieser nicht als "Musskriterium" im Sinne des in Erwägung 6.2.3 hiervoor Gesagten definiert ist. Dies gilt gemäss Ziff. 2.6.3.4.e des Pflichtenhefts in Verbindung mit Anhang A11 auch für das W_L_E90-Kabel. Damit wird ein Unterschied gemacht zu anderen, weniger bedeutenden technischen Vorgaben, in Bezug auf welche gemäss dem genannten Anhang A11 lediglich eine "Bestätigung" genügt. Gemäss Ziff. 1.2.b zu Beilage 7 der Ausschreibungsunterlagen bzw. gemäss Ziff. 6.2.b des Pflichtenhefts müssen alle Anforderungen, welche mittels Datenblatt nachgewiesen werden müssen, "eingereicht" werden. Da es also eine spezifische Vorgabe in Bezug auf das Datenblatt gibt, spielt es jedenfalls insoweit keine Rolle, dass es sich beim Funktionserhalt E30/E90 nicht um ein Musskriterium im Sinne von Ziffer 2.7.3.1 der Ausschreibungsbedingungen handelt (vgl. E. 6.2.3 f. hiervoor). Die entsprechende Festlegung der Vergabestelle spricht gegen das Vorliegen eines überspitzten Formalismus.

E. 6.5.3

In den Ausschreibungsunterlagen, dem Preisblatt und auch in den Erläuterungen zu den Ausschreibungsunterlagen wird konsequent auf den Funktionserhalt E90 abgestellt. Aus der Gesamtheit der Unterlagen geht demnach klar hervor, dass dem Funktionserhalt E90 eine entscheidende Bedeutung zukommt. Dies lässt sich auch aufgrund des Beschaffungsgegenstands erklären. Die Vergabestelle führt dazu unwidersprochen aus, dass es sich um ein komplexes System handelt, welches hohen Anforderungen genügen und absolut verlässlich sein muss. Es verstehe sich von selbst, dass das System der Tunnelorientierungsbeleuchtung im Bedarfsfall absolut zweifelsfrei funktionieren müsse, weil es sich dabei um eine sicherheitsrelevante Komponente zur Selbstrettung handle (Stellungnahme vom 13. Juli 2017, Rz. 10). Hinzu kommt, dass sich aus Ziffer 2.6.1 des Pflichtenhefts ergibt, dass der Funktionserhalt E30 und die damit verbundenen reduzierten Anforderungen nur für bestehende Tunnel und kurze Tunnel vorgesehen sind, wogegen für neue Tunnel der Funktionserhalt E90 vorgesehen ist. Auch daraus erhellt, welche Bedeutung der Gewährleistung des Funktionserhalts E90 zukommt, obwohl der Rahmenvertrag auch die Sanierung bestehender Tunnel umfasst. Schliesslich ist die Bedeutung der in Frage stehenden Kabel auch im Verhältnis zum Gesamtaufwand für die Sanierung eines neuen Tunnels keinesfalls zu vernachlässigen. Als neuer Tunnel soll etwa der Eppenbergtunnel, für den die Beschwerdeführerin grob 450'000 Euro veranschlagt, mit W_L_E90-Kabeln im Wert von ca. 38'000 Euro ausgerüstet werden, was ca. 8 Prozent der Auftragssumme entspricht. Damit schadet es der Vergabestelle jedenfalls in Bezug auf die Frage der Vollständigkeit des Angebots nicht, dass sie den Funktionserhalt E90 nicht als "Musskriterium" im Sinne des in E. 6.2.3 hiervoor Gesagten definiert hat. Der Funktionserhalt E90 ist offensichtlich nicht so unwesentlich, dass sich auch das Einverlangen eines "Datenblattes" bzw. der Ausschluss wegen Unvollständigkeit für den Fall des Fehlens desselben als überspitzt formalistisch erweisen würde.

E. 6.6

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabestelle nicht in überspitzten Formalismus verfallen ist, wenn sie das Angebot der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 19 Abs. 3 BÖB wegen Unvollständigkeit der Nachofferte bzw. eines wesentlichen Formfehlers ausgeschlossen hat. Nicht beurteilt zu werden braucht vorliegend die Frage, ob ein Konkurrent den Ausschluss hätte erzwingen können, wenn die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin durch Nachfrage hätte vervollständigen lassen und bewertet hätte. Da die Unvollständigkeit erst nach der Verhandlung entstanden ist, braucht auch nicht

weiter auf die seitens der Beschwerdeführerin aufgeworfene Frage eingegangen zu werden, inwieweit die Einladung zur Verhandlung ohne den Hinweis auf die Notwendigkeit der Offertergänzung bzw. Offertbereinigung als Erklärung dahingehend zu verstehen ist, dass die Offerte nicht zu beanstanden bzw. jedenfalls nicht unvollständig ist. Die Beschwerdeführerin geht jedenfalls fehl in der Annahme, dass die Vergabestelle, welche Gelegenheit zur Nachofferte gibt, aufgrund dieses Umstands mit Blick auf das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 9 BV) gehalten ist, zur Vermeidung der Unvollständigkeit erneut eine Rückfrage zu machen und eine weitere Nachfrist zu setzen.

E. 6.7

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Demnach ist das Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Interessenabwägung abzuweisen (vgl. E. 3.3 hiervor). Im Sinne einer teilweisen Eventualbegründung rechtfertigen sich dazu indessen im Folgenden einige Ausführungen.

E. 6.8

Im Rahmen der Interessenabwägung wäre der Antrag der Vergabestelle zu prüfen gewesen, ob aufgrund der Interessenlage sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht ein Teil der Beschaffung von der Erteilung der aufschiebenden Wirkung ausgenommen werden kann, was im Nachfolgenden der Vollständigkeit halber zu prüfen ist.

E. 6.8.1

Produkte oder Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, sind für die Vergabestelle oft unverzichtbar. Diesfalls drängt es sich auf, nicht in Bezug auf die ganze in Frage stehende Lieferung eine Interessenabwägung vorzunehmen, sondern mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot zu entscheiden, ob nicht vorsorglich eine den Gesamtumfang der Beschaffung nicht in ungebührlicher Weise präjudizierende Teilmenge zur Beschaffung freigegeben werden kann (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342; vgl. Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 4.5 ff. "HP-Monitore" und B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

E. 6.8.2

Vorliegend bringt die Vergabestelle vor, dass sie Massnahmen gemäss BAV-Richtlinie "Sicherheitsanforderungen für bestehende Eisenbahntunnel" vom 10. August 2009 umsetzen müsse. Für den Ölbergtunnel sei die Ausrüstung mit dem sicherheitsrelevanten System unabdingbar. Ohne eine provisorische Betriebsbewilligung des BAV könne der Tunnel nicht in Betrieb genommen werden, weil das Risiko, dass im Ereignisfall Personen mangels ausreichender Selbstrettungsmassnahmen zu Schaden kommen würden, massgeblich erhöht sei. Die Beschwerdeführerin führt dazu namentlich aus, dass es der Vergabestelle freigestanden hätte, die gewünschten Tunnelorientierungssysteme allenfalls abgestuft nach zeitlicher Dringlichkeit zu vergeben, weshalb sie sich dieses Vorgehen als eigenes Verschulden anzulasten habe (Stellungnahme vom 25. Juli 2017, Rz. 51 ff.).

E. 6.8.3

Nicht zuletzt aufgrund des Terminplans der Beschwerdeführerin wird klar, dass bei Verzögerungen bezüglich der Bewilligungen für den Ölbergtunnel der Betrieb des Tunnels gefährdet ist, da die provisorische Bewilligung unter Auflagen und Bedingungen mehr als ungewiss erscheint. Das spricht dafür, dass die Dringlichkeit in Bezug auf den Ölbergtunnel

zu bejahen ist, was indessen jedenfalls nicht dazu führen kann, dass die Interessenabwägung für den ganzen Rahmenvertrag zugunsten der Vergabestelle ausfällt. Für die Vergabestelle spricht aber jedenfalls, dass der Entscheid über den Bezug von Leistungen für den Ölbergtunnel den Entscheid über die Beschaffung aufgrund des beschränkten Leistungsumfangs nicht vorwegnehmen würde, weshalb sich auch insoweit die Erlaubnis, die Leistungen für den Ölbergtunnel zu beziehen, als verhältnismässig erweisen kann. Ausgeschlossen ist in diesem Zusammenhang indessen jedenfalls die Vorgabe der kommerziellen Bedingungen durch das Gericht. Soweit die Vergabestelle also verlangt, es sei ihr zu erlauben, die Leistungen "zu den Bedingungen gemäss zugeschlagenem Angebot" zu beziehen, könnte ihrem Antrag in dieser Form jedenfalls nicht entsprochen werden (vgl. dazu mutatis mutandis den Zwischenentscheid des BVGer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 10.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

E. 7

Die Beschwerdeführerin verlangt schliesslich Einsicht in sämtliche Akten der Vergabestelle. Dies gelte insbesondere für die technische Beurteilung der anderen Angebote und den entsprechenden Angebotsinhalt (Stellungnahme vom 25. Juli 2017, Rz. 83). Dies namentlich vor dem Hintergrund, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Vergabestelle die Angebote der Beschwerdeführerin und jene der anderen Anbieter, namentlich der Mitbeteiligten, rechtsungleich beurteilt und bewertet habe (Stellungnahme vom 25. Juli 2017, Rz. 25).

E. 7.1

Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 14. Juli 2017 die Eingabe der Vergabestelle vom 13. Juli 2017 der Beschwerdeführerin samt Beilagen 1 bis 6 sowie Beilage 8 ("Protokoll vom 31. März 2017", "Protokoll Offertöffnung Nachangebot vom 21. April 2017" (geschwärzt), die BAV-Richtlinie "Sicherheitsanforderungen für bestehende Eisenbahntunnel", "Muster des Preisblattes aus der Ausschreibung", "Bauprogramm Ölbergtunnel vom 15. November 2016", "Präsentation Debriefing vom 15. Juni 2017" sowie die "Publikation vom 10. März 2017") zugestellt. Der Terminplan der Beschwerdegegnerin wurde von der Akteneinsicht ausgenommen. Ausserdem wurde die Vergabestelle mit Verfügung vom 14. Juli 2017 ersucht, in Bezug auf das den Vergabeentscheid vorbereitende Schreiben des zuständigen Einkäufers (Griff 1 des Vergabeordners), den Antrag Konzerneinkauf / Einkauf Infrastruktur mit Projektinformationen und Gesamtbewertung (Griff 2 des Vergabeordners) sowie die Tabellen "Formelle Prüfung" und "Mindestanforderungen" (Griff 5 des Vergabeordners) Abdeckungsvorschläge einzureichen. Diese Dokumente wurden der Beschwerdeführerin dementsprechend am 17. Juli 2017 in teilweise geschwärzter Form zugestellt.

E. 7.2

Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheides über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist vorliegend die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3797/2015 vom 13. Juli 2015 E. 5 "Publicom"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1371). Dies rechtfertigt sich umso mehr, als aufgrund summarischer Prüfung, soweit entsprechende Feststellungen ohne Beizug eines Experten möglich sind, keine Anzeichen dafür bestehen, dass die Vergabestelle über vergleichbar offensichtliche Mängel der Konkurrenzofferten hinweggesehen hat. Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die

Beschwerdeführerin ohne Weiteres ein Bild machen von der Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Das Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

E. 8

Mit Blick auf die Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdeführerin wird der vorliegende Zwischenentscheid bzw. dessen Begründung der Beschwerdegegnerin - den Anträgen der Beschwerdeführerin entsprechend - später separat zugestellt.

E. 9

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

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