

BVGer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-10-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4637_2016

FR: TAF B-4637/2016 du 19 octobre 2016

IT: TAF B-4637/2016 del 19 ottobre 2016

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). 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, m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.1.1

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a VöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (vgl. PETER

GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass die Tunnelreinigung eine Tätigkeit bildet, die unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Sie ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BöB ausgenommen.

E. 1.1.2

Entsprechend Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird vorliegend die Reinigung des Gotthard-Basistunnel sowie der unterirdischen Zugangsstollen und Nebenbauwerke nachgefragt, also eine Dienstleistung. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. Massgebend sind insoweit die Referenz-Nummern der (provisorischen) Zentralen Produktklassifikation (Central Product Classification, CPC; BVGE 2011/17 E. 5.2.1 f.). Die Dienstleistungs-Positivliste spricht je nach einzelner erfasster Gattung unterschiedliche Ebenen der provCPC an. Ein Verweis auf eine bestimmte Stufe oberhalb der Subklassen umfasst sämtliche Leistungsdefinitionen, die sich in den unter der fraglichen Stufe stehenden Subklassen finden lassen (vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1048). In der Ausschreibung wies die Vergabestelle die vorliegend zu beschaffende Dienstleistung der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorie 90910000 "Reinigungsdienste" zu (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Die Angabe 90910000 "Reinigungsdienste" entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der provCPC-Referenznummer 94030 "Reinigungsdienste". Die provCPC-Nummer 94030 ist eine Subklasse, die in der Division 94 "Abfall- und Abwasserbeseitigung, sanitäre und ähnliche Dienstleistungen" eingeordnet ist, welche ihrerseits im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Der Beschaffungsgegenstand untersteht daher dem Staatsvertragsrecht und fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

E. 1.1.3

Vorliegend liegt der Preis des berücksichtigten Angebots bei Fr. 6'634'752.50 (inkl. MWSt.) und übersteigt damit zweifelsfrei den Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle im Sektorenbereich von Fr. 700'000.- gemäss Art. 2a Abs. 3 Bst. b VöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des WBF über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]).

E. 1.1.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, m.H.; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340, m.H.).

E. 3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unange-messenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 4

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zu-kommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Ge-such hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1, m.H.). 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1, m.H.). 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 aus-zugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. 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) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). 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, 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 (vgl. 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). 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, m.H.; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

E. 5

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1).

E. 5.1

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

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

E. 5.3

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

E. 5.4

Im vorliegenden Fall ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin ein derartiges schutzwürdiges Interesse aufweist. Die Vergabestelle macht diesbezüglich geltend, die Beschwerdeführerin habe keine reelle Chance auf den Zuschlag, weil sie nicht sämtliche Eignungskriterien gemäss Ausschreibungsbedingungen erfülle bzw. die entsprechenden Nachweise nicht erbracht habe. Auch sei das Angebot der Beschwerdeführerin nicht wirtschaftlich, so dass ihr der Zuschlag selbst dann nicht erteilt werden könnte, wenn die Zuschlagsempfängerin nicht geeignet wäre. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei rund 1 Mio. Franken (12.5%) teurer als jenes der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin sei daher nicht zur Beschwerde legitimiert.

E. 5.4.1

Die Frage, ob der unterlegene, beschwerdeführende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären, oder aber dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; BGE 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m.H.).

E. 5.4.2

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt, obwohl diese die Eignungskriterien nicht erfülle, denn sie habe noch nie einen Eisenbahntunnel gereinigt.

E. 5.4.3

In ihrer Vernehmlassung macht die Vergabestelle geltend, die Beschwerdeführerin selbst erfülle das Eignungskriterium 2 (Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit) nicht, denn sie habe angekreuzt, dass sie über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem verfüge, den geforderten Nachweis dazu aber nicht eingereicht. Die Beschwerdeführerin erwidert dazu, sie verfüge über ein nicht zertifiziertes QM-System und habe dies auch deklariert. Hätte die Vergabestelle einen schriftlichen Nachweis dazu als konstitutiv erachtet, hätte sie ihr nicht ausdrücklich bestätigen dürfen, dass ihre Offerte vollständig sei. Die Vergabestelle habe für die Nichtberücksichtigung ihrer Offerte auch nie einen anderen Grund als den höheren Angebotspreis genannt. Wenn sie nun behauptete, die Beschwerdeführerin erfülle das Eignungskriterium 2 nicht, sei dies nicht nur falsch, sondern treuwidrig.

E. 5.4.4

Würde der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass die Vergabestelle rechtsfehlerhaft vorgegangen sei, als sie die Eignung der Zuschlagsempfängerin bejaht hat, müsste der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin aufgehoben werden. Würde auch der Meinung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass sie selber die Eignungskriterien erfülle, hätte sie sie eine reelle Chance, selbst den Zuschlag zu erhalten, zumal insgesamt nur zwei Angebote eingereicht worden sind.

E. 5.5

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.6

Soweit die Vergabestelle geltend macht, die Eintretensvoraussetzungen seien im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt, kann ihr daher nicht gefolgt werden.

E. 6

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe der Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilt, obwohl diese die Eignungskriterien nicht erfülle.

E. 6.1

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1, m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 555 f., m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

E. 6.2

Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2, m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1; Etienne Poltier, *Droit des marchés publics*, 2014, Rz. 324).

E. 6.3

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung vier Eignungskriterien festgelegt: "Hinreichende Befähigung zur Auftragserfüllung Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit Genügende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Ausreichende Bonität" In den Ausschreibungsbedingungen (Beilage 6.1 i.V.m. Ziffer 2.7.2 "Eignungskriterien") definierte sie das Eignungskriterium 1 wie folgt: "Der Anbieter hat hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und

Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben." Die Ausschreibungsbedingungen sahen vor, dass, wenn die Anbieterin nicht sämtliche Eignungskriterien erfülle, ihr Angebot nicht in die Bewertung einbezogen werde (vgl. Ausschreibungsbedingungen, Ziffer 2.7.2 "Eignungskriterien"). Beilage 6.1 der Ausschreibungsbedingungen enthielt Formulare für insgesamt drei Referenzobjekte.

E. 6.4

Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabestelle untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheidung der BRK 2005-024 vom 6. Juni 2006 E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

E. 6.5

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

E. 6.6

Im vorliegenden Fall ist der Wortlaut der entsprechenden Ausschreibungsbestimmung insoweit klar, als die Vergabestelle die Eignung eines Anbieters explizit unter anderem davon abhängig gemacht hatte, dass der Anbieter anhand von Referenzprojekten eine hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung im Bereich der Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben nachweisen könne.

E. 6.7

Die Zuschlagsempfängerin hatte als Referenzprojekt 1 das Projekt "Spezialreinigung Schachtkopf-Schachtfusskaverne" (im Gotthard-Basistunnel) aus dem Jahr 2016 angegeben. Gemäss ihren Offertunterlagen beinhaltete die erbrachte Leistung die Reinigung der Flächen der Hebeeinrichtung (vgl. Offerte der Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1 der Ausschreibungsbedingungen). Die Beschwerdeführerin bemängelt diesbezüglich insbesondere, das Referenzobjekt betreffe nicht die Reinigung eines Tunnels, sondern einer

Hebeeinrichtung im (vertikalen) Schacht I im Nebenstollen der Multifunktionsstelle Sedrun. Bei dieser Hebeeinrichtung handle es sich im Wesentlichen um einen Industrielift, der die Verbindung zwischen Erdoberfläche und Tunnelniveau bilde. Im Unterschied zum restlichen Tunnel verfüge der Seitenstollen an dieser Stelle über ein flächendeckendes Lüftungssystem. Die belüfteten Nebenstollen der Multifunktionsstelle Sedrun seien vom Bahnbetrieb und der damit verbundenen Verschmutzung (Schienenabrieb, Bremsstaub, Ladungsverluste der Züge etc.) wenig bis gar nicht betroffen. Die Zuschlagsempfängerin sei weder mit den beiden Röhren des Eisenbahntunnels in Kontakt gekommen noch habe sie den Nachweis erbracht, den reinigungstechnischen Herausforderungen des Bahnbetriebs - beschränkte Einsatzzeit, beschränkte Teamgrösse von acht Mitarbeitenden, Hochspannungsleitungen, Sicherheitsaspekte, Notfalleinsätze - gewachsen zu sein. Die Vergabestelle führt dagegen aus, die ausgeschriebenen Leistungen beinhalteten im Wesentlichen das Kehren, Saugen, Staubsaugen, Abwischen, Ausspritzen und Abwaschen. Wischen, Spülen, Saugen und Entsorgen gehörten zum Kerngeschäft jedes Reinigungsinstituts und damit zum Kerngeschäft der Zuschlagsempfängerin. Die streitbetreffenden Leistungen seien demnach nicht komplex, was bereits aus der Gewichtung der Zuschlagskriterien offensichtlich werde. Mit 70% überwiege das Gewicht des Preises alle anderen Kriterien deutlich, was klar mache, dass letztlich eine Standardleistung ("Commodity") eingekauft werde. Im vorliegenden Vergabeverfahren habe demnach unter Berücksichtigung des Grundsatzes des Wettbewerbs bei der Prüfung der angegebenen Referenzen kein allzu strenger Massstab angewendet werden dürfen. Es sei nicht erwartet worden, dass ein Anbieter bereits mehrmals Arbeiten in einem gleichen oder demselben Eisenbahntunnel durchgeführt habe. Ohnehin gebe es nur einen Gotthard-Basistunnel. Da dies zugleich der längste Bahntunnel der Welt sei und die Reinigungsarbeiten für den laufenden Betrieb erstmals ausgeschrieben worden seien, wäre es grober Unfug zu verlangen, ein Anbieter müsse genau diese Arbeit bereits in der Vergangenheit erledigt haben. Weiter habe die Vergabestelle nicht Erfahrungen im Bereich Eisenbahntunnelreinigung, sondern im Bereich Tunnelreinigung gefordert. Es wäre widerrechtlich, wenn die Eignungskriterien so eng ausgelegt würden, dass nur Anbieterinnen mit Erfahrungen im Bereich Eisenbahntunnelreinigung für die ausgeschriebenen Leistungen in Frage kommen würden. Eine derartige Auslegung der Anforderungen an die Eignung der Anbieter würde den Wettbewerb zu stark einschränken und überdies zu einer unzulässigen Bevorteilung der Beschwerdeführerin führen, weil diese bereits (einmalige) Eisenbahntunnelreinigungen im Lötschberg-Basistunnel und im Gotthard-Basistunnel durchgeführt habe. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin könne sodann bei der Zuschlagsempfängerin nicht von einem "Branchen-Neuling" gesprochen werden. Die Kernkompetenz der Zuschlagsempfängerin sei die Spezialreinigung. Sie sei in der Vergangenheit auch im Bereich Tunnelreinigung sowie im Bereich Eisenbahntunnelreinigung tätig gewesen. Die Zuschlagsempfängerin habe bereits erste Erfahrungen mit Reinigungsarbeiten im Gotthard-Basistunnel und kenne damit bereits die Ausmasse und Anforderungen des Bauwerks.

E. 6.7.1

Das von der Zuschlagsempfängerin angegebene Referenzprojekt 1 "Spezialreinigung Schachtkopf- und Schachtfusskaverne" in der Multifunktionsstelle Sedrun befindet sich zwar im Gotthard-Basistunnel, doch betraf die Leistung der Zuschlagsempfängerin hierbei offenbar nicht den Tunnel an sich, sondern einzig die Reinigung der Flächen der Hebeeinrichtung in einer Kaverne bzw. in einem Nebenstollen. Unbestritten ist weiter, dass

das Referenzprojekt 1 der Zuschlagsempfängerin weder die Reinigung von Banketten noch von fester Fahrbahn beinhaltet. Hinzu kommt, dass die Hebeeinrichtung die Dimensionen eines Industrielifts hatte, wogegen die vorliegende Beschaffung Einspurtrunnelröhren von insgesamt rund 115'000 m und Bodenflächen von rund 48'000 m² betrifft. Prima facie erscheint es daher nicht als offensichtlich aussichtslos, wenn die Beschwerdeführerin rügt, mit diesem Referenzprojekt habe die Zuschlagsempfängerin keine Tunnelreinigung im eigentlichen Sinn nachgewiesen, und insbesondere keine Tunnelreinigung von einer Komplexität und geographischen Ausdehnung, die mit dem Gotthardtunnel vergleichbar wäre, und die Vergabestelle habe ihr Ermessen daher rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie diese Referenz als ausreichend beurteilt habe.

E. 6.7.2

Das von der Zuschlagsempfängerin als Referenzobjekt 2 angegebene Projekt "Entwässerung NEAT Basistunnel Abschnitt Nord inkl. Zugangsstollen Amsteg & Sedrun inkl. Kabelstollen Amsteg; Entsorgung Prozessabwasser aus Einbau feste Fahrbahn" betrifft die im Zeitraum von 2009-2012 und 2015 im Gotthard-Basistunnel vorgenommene Reinigung des Entwässerungssystems während der Rohbauphase. Gemäss Angaben der Zuschlagsempfängerin umfasste das Projekt die gesamten Entwässerungsanlagen im Abschnitt Erstfeld bis Sedrun, Kabelstollen Amsteg und Zugangsstollen Amsteg. Die Aufgabe beinhaltete das Sicherstellen der einwandfreien Funktion aller Entwässerungsleitungen in diesem Abschnitt während der Ausbauphase sowie das Erstellen der Zustandsaufnahmen mittels Kanalfernsehen und Protokollierung (vgl. Offerte Zuschlagsempfängerin, Beilage 6.1). Zum Referenzprojekt 2 der Zuschlagsempfängerin hält die Beschwerdeführerin fest, die Zuschlagsempfängerin habe hier in ihrem angestammten Betätigungsfeld operiert, der Kanal-Nassreinigung. Auch hier sei kein Tunnel gereinigt worden. Mit der Eisenbahntunnelreinigung habe dieser Auftrag nur gemeinsam, dass die Arbeiten unter Tage stattfänden. Die maschinelle Reinigung eines Eisenbahntunnels und seiner Nebenbauwerke - Querschläge, Seitenstollen, Notfallstationen etc. - habe seine Besonderheiten: Schwankungen im Durchmesser und unzählige bahntechnische Einbauten, wie Signale, Türen, Handläufe, Fahrleitungsaufhängung erschwerten die maschinelle Reinigung. Im Bereich Fahrbahn werde die Reinigung durch Geleise, Betonschwellen, Kabel und Sensoren für die Zugskontrolle behindert. Bei Strassentunnel könne die Hülle üblicherweise mit Wasser-Hochdruck gespült werden. Demgegenüber sei im Gotthard-Basistunnel und in den direkten Nebenwerken aus Sicherheitsgründen eine Trockenreinigung unumgänglich. Der Betrieb von Eisenbahntunnel der neusten Generation sei aufgrund der Ausmasse, schwierigen klimatischen Bedingungen, des hohen Technisierungsgrads, der sensiblen Elektronik, der hohen Kadenz der vielen Durchfahrten störungsanfällig. Die Zuschlagsempfängerin habe auch mit der Referenz 2 den Nachweis der hinreichenden Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben nicht erbracht. Ergänzend legt die Beschwerdeführerin dar, sie habe im Rahmen einer Testreinigung im Gotthard-Basistunnel im Jahr 2014 fristgerecht die Feinstaubbelastung auf das sicherheitstechnisch vertretbare Mass reduzieren können und sei zusätzlich mit der Schlussreinigung des Gotthard-Basistunnels beauftragt worden. Die Zuschlagsempfängerin sei nicht in Frage gekommen, da sie keine Trockenreinigungen habe anbieten können. Auch dieses Referenzprojekt betrifft offenbar keinen Tunnel, sondern lediglich Entwässerungs-, Kabel- und Zugangsstollen. Auch führte die Zuschlagsempfängerin selbst aus, dass sie die

Reinigung des Entwässerungssystems unter sehr engen Platzverhältnissen vornehmen und aufgrund der beschränkten Breite des Stollenzuges und des Lichtraumprofils der zu passierenden mobilen Betonschalungen eine passende Spüleinheit konstruieren musste. Prima facie erscheint der Einwand der Beschwerdeführerin, diese Art der Nassreinigung sei mit der vorliegend in Frage stehenden Reinigungsdienstleistung nicht zu vergleichen, da hier eine Trockenreinigung erforderlich sei, als nachvollziehbar. Wie sich nämlich aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt (vgl. Technisches Pflichtenheft S. 8-32), ist die Reinigung der auf beiden Seiten der Einspurtunnelröhren verlaufenden Bankette mittels Kehrmaschine sowie der festen Fahrbahn mittels Kehrmaschine oder Saugbagger vorzunehmen. Wenn die Beschwerdeführerin daher rügt, dass auch das zweite von der Zuschlagsempfängerin als Referenz genannte Projekt nicht Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung von vergleichbarer Komplexität zu belegen vermöge und die Vergabestelle ihr Ermessen daher rechtsfehlerhaft ausgeübt habe, erscheint diese Rüge prima facie nicht als offensichtlich aussichtslos.

E. 6.7.3

Als Referenz 3 reichte die Zuschlagsempfängerin das Projekt "Betrieb und Unterhalt hochspezialisierter Laboreinrichtungen (GMP Labor)" ein. Diese Leistung mit einem Projektumfang von 1,3 Mio. Franken pro Jahr beinhaltet die Reinigung und Desinfektion von Hygienebereichen (Reinräume, Labore, Produktionsbereiche) in der Pharmaindustrie. Dieses Projekt betrifft offensichtlich und unbestrittenermassen keine Tunnelreinigung, sondern die Reinigung von Räumen, Maschinenteilen und Materialschleusen.

E. 6.8

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Rüge der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe ihren Ermessensspielraum rechtsfehlerhaft ausgeübt, wenn sie zum Schluss gekommen sei, die Zuschlagsempfängerin habe den Nachweis einer hinreichenden Erfahrung in Projektierung und Ausführung von Tunnelreinigung mit vergleichbarer geographischer Ausdehnung, Komplexität und Terminvorgaben erbracht, prima facie nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

E. 7

In ihrer Vernehmlassung macht die Vergabestelle geltend, die Beschwerdeführerin ihrerseits erfülle das Eignungskriterium 2 (Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit) nicht. Die Beschwerdeführerin habe bei diesem Eignungskriterium in Beilage 6.2 angekreuzt, dass sie über ein nicht zertifiziertes Qualitätssicherungssystem verfüge, den geforderten Nachweis indessen nicht eingereicht. Die Beschwerdeführerin führt hierzu aus, sie verfüge über ein nicht zertifiziertes QM-System und habe dies auch deklariert. Hätte die Vergabestelle einen schriftlichen Nachweis dazu als konstitutiv erachtet, hätte sie ihr nicht ausdrücklich bestätigen dürfen, dass ihre Offerte vollständig sei. Die Vergabestelle habe für die Nichtberücksichtigung nie einen anderen Grund als den höheren Angebotspreis gefunden. Die nun im Beschwerdeverfahren vorgebrachte Behauptung, die Beschwerdeführerin erfülle das Eignungskriterium 2 gemäss Beilage 6.2 nicht, sei nicht nur unbegründet und falsch, sondern auch treuwidrig.

E. 7.1

Die Erfüllung des Eignungskriteriums 2 (Organisatorische und technische Leistungsfähigkeit) war anhand der in Beilage 6.2 der Ausschreibungsbedingungen verlangten Angaben und Belege nachzuweisen. Unter anderem hatten die Anbieter in der

Rubrik Angaben zu einem unternehmensbezogenen QM bzw. Angaben über Qualitätssicherung zu machen. Zur Auswahl standen die folgenden Optionen: QS-Zertifikat nach ISO (Kopie beilegen) Zertifikat nach ISO 9001-04 und ISO 14001 oder gleichwertig. Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Massnahmen des Unternehmens zur Gewährleistung der Qualität. Kopie nicht zertifiziertes QS-System Nachweis sonstige Zertifikate QS Kopie

E. 7.2

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte die Option "nicht zertifiziertes QS-System" angekreuzt, ohne aber das Feld "Nachweis" anzukreuzen und ohne diesbezüglich irgendwelche Dokumente einzureichen.

E. 7.3

Dass ein Anbieter zwingend ein QS-Zertifikat, sei es nach ISO 9001-04 und ISO 14001 oder ein anderes, gleichwertiges Zertifikat, einreichen müsse, wird in den Ausschreibungsbedingungen nicht verlangt. Vielmehr stand es einem Anbieter ausdrücklich offen, stattdessen die Option "nicht zertifiziertes QS-System" anzukreuzen. Weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen enthalten irgendwelche zusätzlichen Angaben dazu, was unter dem "Nachweis" für ein nicht zertifiziertes QS-System zu verstehen ist. Es ist denn auch nicht ohne weiteres ersichtlich, wie ein Unternehmen, dessen QS-System eben gerade nicht zertifiziert ist, die Qualität seines Systems "nachweisen" könnte. Auch die Vergabestelle hat dies nicht dargetan. Insofern ist nicht restlos klar, ob die Vergabestelle angesichts dieser unpräzisen Vorgabe in den Ausschreibungsbedingungen einen Anbieter überhaupt ausschliessen dürfte, wenn er gar keinen "Nachweis" eingereicht hat.

E. 7.4

Sodann ist zu berücksichtigen, dass Vergabestellen bei unbedeutenden Mängeln einer Offerte über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen wollen. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar, aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dazu verpflichtet (vgl. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H.). Entsprechend hat die Vergabestelle, die ein Fehlen oder Ungenügen von Nachweisen feststellt, nachzufragen, bevor sie einen Anbieter mangels Eignung ausschliesst (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 575, m. H.). Insofern stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle möglicherweise gehalten gewesen wäre, die Beschwerdeführerin nach dem Erhalt der Offerte darauf hinzuweisen, dass sie keinen "Nachweis" für ihr nicht zertifiziertes QS-System beigelegt hatte.

E. 7.5

Im vorliegenden Fall kam die Vergabestelle anlässlich der Evaluation zum Schluss, die Eignung der Beschwerdeführerin sei gegeben. So hielt sie in ihrem internen Vergabeantrag ausdrücklich fest, dass beide Offerten die gesetzten Anforderungen bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllten. Im Formular "Formelle Prüfung" wurde ausdrücklich bestätigt, dass "alle in den Ausschreibungsbedingungen sowie Pflichtenheft verlangten Unterlagen eingereicht" worden seien, und im Formular "Eignungsprüfung" markierte sie sämtliche Eignungskriterien bei beiden Anbieterinnen als erfüllt. Auch gegenüber der Beschwerdeführerin erklärte die Vergabestelle mit Schreiben vom 13. Mai 2016, die

Offerte der Beschwerdeführerin sei "rechtzeitig und vollständig eingetroffen", und im Schreiben vom 14. Juli 2016 nannte sie keine fehlenden Nachweise, sondern gab als Gründe für die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin einzig an, das berücksichtigte Angebot sei wirtschaftlich wesentlich günstiger als das Angebot der Beschwerdeführerin.

E. 7.6

Unter diesen Umständen erscheint das Argument der Beschwerdeführerin, mit dem nun erstmals in der Vernehmlassung vorgebrachten Einwand, die Beschwerdeführerin erfülle das Eignungskriterium 2 nicht, verstosse die Vergabestelle gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, prima facie nicht als offensichtlich haltlos.

E. 8

Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde aufgrund einer prima-facie-Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

E. 9

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2).

E. 10

Die Vergabestelle macht geltend, der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin sei dringend. Die bevorstehende Inbetriebnahme ab 11. Dezember 2016 erfordere, dass die Reinigungsarbeiten zwingend am 1. Januar 2017 aufgenommen würden. Daher bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse am raschen Vertragsabschluss und dem Bezug der ausgeschriebenen Leistungen ab dem 1. Januar 2017. Bis dahin habe sich im Tunnel bereits erheblich Staub angesammelt, der dringend beseitigt werden müsse. Eine verzögerte Aufnahme der Reinigungsarbeiten von zwei bis drei Monaten könnte zu Systemstörungen, Komplettausfällen oder Unfällen im Gotthard-Basistunnel führen. Daher sei ein Aufschub der Reinigungsarbeiten nicht möglich. Sofern der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wider Erwarten gewährt werde, sei zumindest ein partieller Vorbezug der Leistungen unausweichlich, damit der Betrieb des Gotthard-Basistunnels am 11. Dezember 2016 aufgenommen werden könne. Damit die Reinigungsarbeiten rechtzeitig am 1. Januar 2017 aufgenommen werden könnten, sei ihr zu erlauben, die ausgeschriebenen Leistungen vorübergehend bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen, dies unter den Auflagen, dass der Bezug zu den Bedingungen gemäss der Zuschlagsverfügung vom 8. Juli 2016 zu erfolgen habe und die Erlaubnis bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids, mit dem der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin aufgehoben werde, längstens aber bis zum 31. Dezember 2017, befristet sei. Die Beschwerdeführerin wendet ein, es fehle an der begründeten Dringlichkeit, da eine qualifizierte Unternehmung wie sie selbst die Reinigungsarbeiten innert kurzer Zeit aufnehmen könne. Sie sei in der Lage, die nötigen Reinigungsdienstleistungen innert 48 Stunden vor Ort aufzunehmen. Es sei zudem in der

Verantwortung der Vergabestelle gelegen, den Auftrag rechtzeitig auszuschreiben. Das Datum der Aufnahme des Regelbetriebs sei der Vergabestelle seit Jahren bekannt. Ein Rechtsmittelverfahren habe in zeitlicher Hinsicht antizipiert werden müssen. Die Beschwerdeführerin beantragt, der Eventualantrag der Vergabestelle, es sei ihr zu erlauben, die Reinigungsdienstleistungen während der Dauer des Beschwerdeverfahrens bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen, sei abzuweisen. Eventualiter sei sie anzuweisen, die fraglichen Leistungen bei der Beschwerdeführerin zu beziehen, subeventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, die fraglichen Leistungen vorübergehend wie folgt zu vergeben: Positionen 1, 2 und 3 an die Beschwerdeführerin und Positionen 4 und 5 an die Zuschlagsempfängerin, und subsubeventualiter sei die Vergabestelle anzuweisen, die fraglichen Leistungen bei einem Dritten zu beziehen. Die Beschwerdeführerin kritisiert, die Vergabestelle versuche, die Wirkungen der aufschiebenden Wirkung zu umgehen, indem sie beantrage, sämtliche ausgeschriebenen Positionen vorläufig bei der Zuschlagsempfängerin beziehen zu dürfen. Wenn sie die Zuschlagsempfängerin im Sinn eines Teilleistungsbezug für maximal ein Jahr mit der Tunnelreinigung beauftrage, würde damit der Zuschlagsempfängerin die Gelegenheit geboten, ihre bisher fehlende Erfahrung im Bereich Tunnelreinigung wettzumachen. Gleichzeitig drohe die Vergabestelle, das Vergabeverfahren abubrechen und eine Interimslösung zu suchen, falls die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren obsiegen würde. Mutmasslich würde die Vergabestelle dann die Eignungskriterien bei der darauf folgenden Neuausschreibung heruntersetzen, sodass die Zuschlagsempfängerin doch noch genügen würde. Indessen sei der Abbruch des Vergabeverfahrens zur gezielten Diskriminierung eines Anbieters und zur Abwendung eines missliebigen Verfahrensausgangs unzulässig und wieder mit Beschwerde anfechtbar. Die vorläufige Teilvergabe an die Zuschlagsempfängerin hätte nicht nur präjudizierende Wirkung, sondern bezwecke gar eine Umgehung der von der Vergabestelle formulierten Eignungskriterien. Die Vergabe allfälliger Teilarbeiten an die Zuschlagsempfängerin allein sei daher nicht zulässig.

E. 10.1

Gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien wurde der Gotthard-Basistunnel letztmals im Mai 2016 durch die Beschwerdeführerin gereinigt. In der Zwischenzeit wurden Testfahrten durchgeführt, die neuen Staub verursachten. Auch entsteht Staub durch die noch laufenden Fertigstellungsarbeiten im Gotthard-Basistunnel. Es ist unbestritten, dass es ohne regelmässige Entfernung des Staubs durch Kurzschlüsse zu Störungen oder Unfällen kommen kann. Da im Gotthard-Basistunnel die Geleise direkt auf Betonschwellen im Trasse montiert und nicht auf ein Schotterbett gelegt sind, kann der Geleiseabrieb und sonstiger Schmutz nicht mehr im Schotter versickern. Die Schienen müssen regelmässig geschliffen und der Abrieb umgehend abgesaugt werden. Er legt sich sonst auf den Schienen ab und wird von den Zügen in diese eingeglättet, was zu Rissen in den Schienen führt. Der Tunnel wird am 11. Dezember 2016 regulär in Betrieb genommen. Unbestritten ist, dass demnach ein erhebliches öffentliches Interesse daran besteht, dass die Reinigungsarbeiten am 1. Januar 2017 aufgenommen werden können.

E. 10.2

Indessen entspricht nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle einer Dringlichkeit, welche zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führt. Der Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Auftraggeberin bei sorgfältiger Disponierung

bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1238, m.H.). Vorliegend geht aus einer Medienmitteilung der AlpTransit Gotthard vom 22. August 2011 hervor, dass bereits in jenem Zeitpunkt bekannt war, dass die AlpTransit Gotthard und die SBB als künftige Betreiberin die Aufnahme des fahrplanmässigen Betriebs durch den Gotthard-Basistunnel per Ende 2016 planten (vgl. AlpTransit Gotthard > Medienmitteilung vom 22. August 2011, <<https://www.alptransit.ch/de/media/medienmitteilungen/year/2011/>>, abgerufen am 19. Oktober 2016). Die Vergabestelle hat die vorliegende Dienstleistung aber erst am 1. April 2016 ausgeschrieben. Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit zumindest teilweise als selbstverschuldet, weshalb ihr nur ein beschränktes Gewicht zukommt. Vor allem aber besteht vorliegend, wie auch aus dem Eventualantrag der Vergabestelle hervorgeht, die Möglichkeit, der Vergabestelle zu erlauben, einen beschränkten Teil der in Frage stehenden Reinigungsdienstleistungen während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens vorab zu beziehen. Damit kann der geltend gemachten Dringlichkeit, soweit sie wegen dem dargelegten eigenen Verschulden der Vergabestelle überhaupt zu berücksichtigen ist, in verhältnismässiger Weise Rechnung getragen werden, ohne dass der Anspruch der Beschwerdeführerin auf effektiven Rechtsschutz mehr als nötig beeinträchtigt würde.

E. 10.3

Für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gilt der Grundsatz, dass die Hauptsachenprognose nur zu berücksichtigen ist, wenn sie eindeutig ist, und der durch das Endurteil zu regelnde Zustand möglichst weder präjudiziert noch verunmöglicht werden soll (vgl. BGE 130 II 149 E. 3.2). Steht daher in Frage, einen spezifischen Teilbereich des Vergabegegenstandes von der Gewährung der aufschiebenden Wirkung auszunehmen, so ist zu prüfen, ob der beantragte Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin für diesen Teilbereich präjudizielle Wirkung in Bezug auf die definitive Vergabe für den Rest des Auftrags hätte und ob in diesem Fall die Arbeiten für die Dauer des Verfahrens nicht an einen Dritten vergeben werden könnten (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342, m.H.). Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle eventualiter beantragt, es sei ihr zu erlauben, die ausgeschrieben Leistungen vorübergehend bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen, dies unter den Auflagen, dass der Bezug zu den Bedingungen gemäss der Zuschlagsverfügung vom 8. Juli 2016 zu erfolgen habe und die Erlaubnis bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids, mit dem der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin aufgehoben werde, längstens aber bis zum 31. Dezember 2017, befristet sei. Entgegen der Befürchtung der Beschwerdeführerin ist nicht davon auszugehen, dass ein provisorischer Bezug der in Frage stehenden Reinigungsdienstleistung für wenige Monate das Endurteil präjudizieren würde, könnte doch eine allenfalls dadurch gewonnene Erfahrung der Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Verfahren nicht als Referenz berücksichtigt werden. Im Übrigen ist ohnehin offen, ob bzw. zu welchen Bedingungen die Zuschlagsempfängerin bereit wäre, angesichts der unsicheren Erfolgsaussichten der Vergabestelle im vorliegenden Verfahren einen auf wenige Monate befristeten Vertrag abzuschliessen, müsste sie doch die für die Reinigung erforderlichen Maschinen grösstenteils zuerst einkaufen. Es erscheint daher als zweckmässiger, der Vergabestelle zu

bewilligen, die in Frage stehende Reinigungsdienstleistung für die bis zum Urteil im vorliegenden Verfahren voraussichtlich benötigte Zeit freihändig zu beziehen, ohne ihr Auflagen zu machen, bei wem oder - ausser bezüglich der Vertragsdauer - zu welchen Bedingungen sie dies tun will.

E. 10.4

Wird der Eventualantrag der Vergabestelle insoweit teilweise gutgeheissen, so ist das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollstreckung der Zuschlagsverfügung nicht gewichtiger als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde.

E. 11

Im Ergebnis ist daher der Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen, mit der Einschränkung, dass der Vergabestelle zu erlauben ist, die in Frage stehenden Reinigungsdienstleistungen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zu beziehen.

E. 12

Die Beschwerdeführerin beantragt umfassende Einsicht in die Vergabeakten. Da mit dem vorliegenden Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen entsprochen wird, stellt sich die Frage des Ergreifens eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Über den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine weitergehende Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

E. 13

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

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