

BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4991_2020_d20210420

FR: TAF B-4991/2020 du 20 avril 2021

IT: TAF B-4991/2020 del 20 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 31. Januar 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB).

E. 1.2

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

E. 1.4

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, 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 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

E. 1.4.1

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 (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 aBöB direkt unterstellt (Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; 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 (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 158). Die Vergabestelle befindet sich zu 50.05% im Eigentum des Bundes. Damit handelt es sich bei ihr um eine Auftraggeberin im Sinne des aBöB (Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. b aVöB).

E. 1.4.2

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 und 2.1 der Ausschreibung von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Die Einstufung als Bauauftrag in diesem Sinn scheint daher zutreffend. Das aBöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8 Millionen Franken erreicht (Art. 2a Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 2a Abs. 3 Bst. d VöB). Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 66'068'586.- (ohne MWST) ist der Schwellenwert für Bauwerke von 8 Mio. Fr. zweifelsfrei überschritten.

E. 1.4.3

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

E. 1.4.4

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 (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, m.H.; 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 aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG).

E. 4

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB 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 aBöB). Das aBöB 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 aBöB 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. "Microsoft"). 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 auszu-gehen 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 beste-hen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwä-gung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (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 (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 (BB1 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 "Microsoft"). 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 1994 - 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. "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

E. 5

Die Vergabestelle macht geltend, die Beschwerdeführerinnen könnten in ihrer Beschwerde nicht darlegen, weshalb sie eine höhere Punktzahl als die Beschwerdegegnerin hätten erhalten müssen und damit die Beschwerdegegnerin überholen würden. Die Legitimation der Beschwerdeführerinnen sei daher zu verneinen und auf die Beschwerde sei nicht einzutreten.

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 (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerinnen sind formell beschwert, denn sie haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie sind durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihnen erteilt wurde.

E. 5.3

Nach der 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 (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Frage, ob der unterlegene, Beschwerde führende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). 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 (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"). Vorliegend rügen die Beschwerdeführerinnen, beim Angebot der Beschwerdegegnerin sei die Obergrenze für Subunternehmerleistungen von 35% überschritten worden, weshalb das Angebot auszuschliessen sei. Es ist unbestritten und aktenkundig, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen im zweiten Rang platziert wurde. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen, dass die Offerte der Beschwerdegegnerin ausgeschlossen werden müsse, so hätten die Beschwerdeführerinnen daher eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

E. 5.4

Prima facie sind daher keine Gründe ersichtlich, die gegen die Legitimation der Beschwerdeführerinnen sprechen würden.

E. 5.5

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.6

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

E. 6

Während hängigem Beschwerdeverfahren zog die Vergabestelle mit Verfügung vom 21. Oktober 2020 die angefochtene Zuschlagsverfügung in Wiedererwägung, widerrief den Zuschlag und beantragte dem Bundesverwaltungsgericht, das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Die Beschwerdeführerinnen widersetzten sich diesem Antrag, weshalb die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 4. November 2020 dem Antrag nicht stattgab. In der Folge erneuerte die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 12. November 2020 ihren Antrag, das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben. Mit Eingabe vom 1. Dezember 2020 teilte sie mit, dass sie das Wiedererwägungsverfahren abgeschlossen und am 27. November 2020 erneut den Zuschlag der Beschwerdegegnerin erteilt habe, und beantragte dem Bundesverwaltungsgericht, das hängige Beschwerdeverfahren wiederaufzunehmen. Die Vorinstanz kann bis zu ihrer Vernehmlassung die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen. Sie eröffnet eine neue Verfügung ohne Verzug den Parteien und bringt sie der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis. Die Beschwerdeinstanz setzt die Behandlung der Beschwerde fort, soweit diese durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 58 VwVG). Gegenstandslos wird ein Rechtsmittelverfahren durch eine pendente lite erlassene neue Verfügung der Vorinstanz nur, soweit damit den Rechtsbegehren des Beschwerdeführers entsprochen wird. Soweit er dagegen mit seinen Beschwerdebegehren in der neuen Verfügung nicht durchdringt, ist das Rechtsmittelverfahren fortzusetzen, ohne dass der Beschwerdeführer gegen die neue Verfügung erneut Beschwerde erheben müsste (vgl. August Mächler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2019, N 20 ff. zu Art. 58). Der Auffassung der Vergabestelle, das vorliegende Beschwerdeverfahren sei durch die von ihr am 21. Oktober 2020 verfügte Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 18. September 2020 gegenstandslos geworden, kann somit nicht gefolgt werden. Ebenso wenig ist die erneute Erteilung des Zuschlags mit Verfügung vom 27. November 2020 an die Beschwerdegegnerin in formeller Hinsicht von Relevanz. Prima facie sind somit keine Gründe ersichtlich, die einer materiellen Behandlung der Beschwerde entgegenstehen würden.

E. 7

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen, es sei zu vermuten, dass die Beschwerdegegnerin die Obergrenze für Subunternehmerleistungen von 35% überschritten habe. Diese in den Ausschreibungsunterlagen verankerte Anforderung stelle eine wesentliche Anforderung der Ausschreibung dar und müsse zwingend eingehalten werden. Die Beschwerdegegnerin habe nicht in einer Bietergemeinschaft, sondern alleine angeboten. Aus der Publikation der Beschaffung "Q._____" (SIMAP-Projekt-ID ...) gehe

hervor, dass die Beschwerdegegnerin die Gesamtleistung mit einer grösseren Zahl von Subunternehmern angeboten habe. Die Beschwerdeführerinnen könnten aufgrund ihrer eigenen Erfahrung den aufgeführten Subunternehmern den jeweiligen Leistungsbereich zuordnen. Den Anteil der Leistung an der Gesamtleistung könnten sie anhand ihrer eigenen Kalkulation oder ihrer eigenen Subunternehmerangebote abschätzen. Dementsprechend schätzten sie die Anteile von Planer, Gleisbau, Gebäudetechnik/Telekom/Sicherungsanlagen/Tunnelfunk, Entfernen bestehender Spritzbetonschale, Bahnstrom, Injektionen und Sonstigem auf 42.60%. Der Anteil der Subunternehmerleistungen an der von der Beschwerdegegnerin angebotenen Gesamtleistung müsse daher mindestens 42% betragen. Entscheidend dürften die Injektionsarbeiten (8.8%) sein. Die Beschwerdeführerinnen seien überzeugt, dass die Beschwerdegegnerin diese Arbeiten von einem Subunternehmer ausführen lassen wolle, da die in die Bietergemeinschaft der Beschwerdeführerinnen aufgenommene Z._____ AG von der Beschwerdegegnerin für ein Subunternehmerangebot angefragt worden sei. Auch die Vergabestelle geht davon aus, bei dem von ihr vorgegebenen maximalen Subunternehmeranteil von 35% handle es sich um eine wesentliche Teilnahmeanforderung, die zwingend einzuhalten gewesen sei. Sie wendet indessen ein, die Beschwerdegegnerin habe diese Anforderung erfüllt. Wenn die Beschwerdeführerinnen die Injektionsarbeiten einer spezialisierten Firma übertragen hätten, bedeute dies nicht, dass die Beschwerdegegnerin ebenfalls auf einen Subunternehmer angewiesen sei. Die Beschwerdegegnerin habe in ihren Angebotsdokumenten die Injektionsarbeiten nicht als Subunternehmerleistungen, sondern als Eigenleistungen ausgewiesen und deklariert. In der Bauindustrie sei es nicht unüblich, vor der Bepreisung von Eigenleistungen spezialisierte Unternehmungen zur Offertstellung anzufragen, um diese Offerten dann aber nur als Referenzwert zu verwenden. Die Vergabestelle führt weiter aus, dass sich aus der - auf ihre Aufforderung hin von der Beschwerdegegnerin nachgereichten - erneuten und vollständigen Darlegung der in der Offerte eingerechneten Subunternehmer ergebe, dass die zentralen Subunternehmer A._____, B._____, C._____ und D._____ sowie die weiteren Subunternehmer E._____, F._____, G._____, H._____ und I._____ einen Leistungsanteil von rund 34% auf der Grundlage des Angebots vom 5. Juni 2020 ausmachten. In den Leistungsanteilen seien aber auch Endkostenzuschläge der Beschwerdegegnerin eingerechnet. Gemäss Kalkulationsschema seien bei Fremdleistungen für den eigenen Leistungsanteil rund 18% bei den Subunternehmerleistungen aufgerechnet (für Aufsicht und Führung, Verwaltungs- und Geldkosten, Risiko und Gewinn). Bringe man diesen Kostenanteil in Abzug, falle der Leistungsanteil für Subunternehmer deutlich unter 30%. Zudem bezögen sich die Leistungsanteile immer auf die Summe des Grundangebots. Verglichen mit der definitiven Vergabesumme fielen die Leistungsanteile noch einmal etwas tiefer aus. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass bei den von der Vergabestelle in der Vernehmlassung aufgeführten neun Subunternehmern weitere in der Ausschreibung "Q._____" als Subunternehmer der Beschwerdegegnerin aufgeführte Unternehmer fehlten. Der Anteil dieser Subunternehmer sei offenbar nicht aufgerechnet. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden weiter, der Abzug eines Endzuschlags von 18% sei nicht korrekt. Die Ausschreibung verlange den "Leistungsanteil bezogen auf die Angebotssumme". Der Endzuschlag sei ein anbieterinternes Kalkulationselement. Würde dieses berücksichtigt, könnte eine Anbieterin durch Wahl des Endzuschlags einen zu hohen Subunternehmeranteil fast beliebig anpassen.

E. 7.1

In der Ausschreibung ist vorgesehen, dass Subunternehmer zugelassen seien, wobei aber ausdrücklich auf die "Details gemäss Dokument 1.1 Allgemeine Bestimmungen" verwiesen wird (Ausschreibung, Ziff. 3.6). Das Dokument 1.1. bestimmt diesbezüglich, dass der Anteil von Subunternehmern an der Gesamtleistung maximal 35% betragen dürfe (vgl. Dokument 1.1 Allg. Bestimmungen, Ziffer 3.2.4). In den Ausschreibungsunterlagen sind verschiedene Gründe, warum ein Angebot auszuschliessen ist, konkret aufgeführt (Dok. 1.1 "Allgemeine Bestimmungen, Ziff. 5.1.1 "Formale Prüfung", Ziff. 5.1.2 "Prüfung Eignungskriterien/zwingende Projektvorgaben"). Das Kriterium, dass der maximale Subunternehmeranteil von 35% einzuhalten ist, findet sich nicht unter diesen Gründen. Auch wenn die Einhaltung dieser Bestimmung nicht nochmals konkret unter denjenigen Anforderungen, bei deren Nichteinhalten ein Angebot ausgeschlossen wird, aufgeführt wird, erscheint prima facie die übereinstimmende Auffassung der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle, dass es sich bei dieser Obergrenze um eine Teilnahmeanforderung handle, die zwingend einzuhalten gewesen sei, nicht als offensichtlich unzutreffend.

E. 7.2

In ihrem Angebot vom 5. Juni 2020 führt die Beschwerdegegnerin im Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" fünf Subunternehmer mit Leistungsanteilen von rund 14%, rund 11%, rund 3%, rund 2% und rund 1% namentlich auf, gibt den Subunternehmeranteil dann aber insgesamt mit rund 30% an den Gesamtleistungen an. Die Beilage 12 "Subunternehmer-/ Lieferantenliste" enthält 14 weitere Subunternehmer, die im Dokument 4.1 nicht aufgeführt sind und deren Leistungsanteil von der Beschwerdegegnerin selbst insofern nicht beziffert worden sind.

E. 7.3

Die Vergabestelle hat eine eigene Berechnung des Anteils der Subunternehmerleistungen eingereicht (Dokument "Auswertung und Beurteilung Anteil Subunternehmer an der Gesamtleistung von maximal 35%" vom 11. November 2020). Hierbei berücksichtigte sie zusätzlich zu den erwähnten, von der Beschwerdegegnerin selbst angegebenen Subunternehmerleistungen die Leistungen von weiteren sechs Subunternehmern, die sich aus der Beilage 12 "Subunternehmer-/Lieferantenliste" der Beschwerdegegnerin ergeben. Den von der Vergabestelle selbst vorgegebenen Subunternehmer J._____ AG führt sie auf, rechnete dessen Leistung jedoch nicht an. Bei ihrer Berechnung zog die Vergabestelle von der jeweiligen Summe einen Endzuschlag von 18% ab und stellte lediglich auf die Werkkosten 1 ab. Die so ermittelten Beträge setzte sie in Relation zum angebotenen Preis für die Gesamtleistung mit beziehungsweise ohne Optionen. Im Ergebnis gelangt die Vergabestelle so zu einem Subunternehmeranteil von 26.85% beziehungsweise 28.59%. Falls kein Endkostenzuschlag von 18% abgezogen wird, kommt die Vergabestelle zu einem Subunternehmeranteil von 31.68% beziehungsweise 33.74%. Nach ihrer Auffassung ist die Vorgabe von maximal 35% daher erfüllt.

E. 7.4

Die Vergabestelle hat in ihrer Berechnung nicht sämtliche der in der Beilage 12 unter dem Titel "Subunternehmer" von der Beschwerdegegnerin aufgeführten Subunternehmer einbezogen. Da die Vergabestelle die Namen auch dieser Liste offenbar im Kontext einer anderen Ausschreibung ("Q._____", SIMAP-Projekt-ID ...) publiziert hat, berufen sich die Beschwerdeführerinnen auf diese Informationen. In ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2021 macht die Beschwerdegegnerin dagegen geltend, bei sechs dieser Namen

handle es sich um Subunternehmer ihrer Subunternehmer, so dass deren Leistungen in den von ihr aufgeführten Subunternehmerleistungen bereits enthalten seien. Es handelt sich dabei um diejenigen sechs Subunternehmer, die in der Berechnung der Vergabestelle nicht aufgeführt sind.

E. 7.5

Woher die Zahlen stammen, auf welche die Vergabestelle bei ihrer Berechnung abstellt, hat sie nicht im Detail dargelegt. Es fällt indessen auf, dass die von ihr angeführten Beträge der einzelnen Subunternehmerleistungen nicht mit den in Prozenten angegebenen Schätzungen der Beschwerdegegnerin für die Leistungen der entsprechenden Subunternehmer übereinstimmen. Die von der Beschwerdegegnerin angegebenen Prozentzahlen implizieren um insgesamt rund 5% höhere Beträge für diese fünf Subunternehmer. Bei ihrer Berechnung zog die Vergabestelle von den von ihr eingesetzten Beträgen der Subunternehmerleistung einen Endkostenzuschlag von 18% ab und stellte lediglich auf die Werkkosten 1 ab. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Zulässigkeit dieses Abzugs. Es leuchtet in der Tat nicht ohne Weiteres ein, warum die von der Beschwerdegegnerin in ihrem Kalkulationsschema vorgenommene Unterscheidung von verschiedenen Kostenbestandteilen für die Abgrenzung ihrer eigenen von der Leistung des jeweiligen Subunternehmers relevant sein sollte. Hinzu kommt, dass ein Abstellen auf den Gesamtpreis inklusive der Preise für die zusätzlichen Optionen statt auf den Gesamtpreis gemäss dem ursprünglichen Angebot - unabhängig von der bestrittenen Frage, ob diese Optionen bei der Bewertung überhaupt berücksichtigt werden dürfen (vgl. E. 8 hiernach) - voraussetzen würde, dass auch geklärt wäre, welchen Anteil allfällige Subunternehmer an diesen Optionen haben. Die Vergabestelle unterstellt stillschweigend, dass bei diesen Optionen kein Subunternehmeranteil vorliegt. Wie es sich diesbezüglich verhält, ist jedoch nicht geklärt, hat die Vergabestelle doch anlässlich der Nachofferten zu den Optionen offenbar keine ergänzenden Angaben zum Subunternehmeranteil verlangt. Würde auf die von der Beschwerdegegnerin selbst im Dokument 4.1 "Unternehmerangaben & Selbstdeklaration" angegebenen Leistungsanteile von fünf namentlich aufgeführten Subunternehmern von insgesamt 31% abgestellt, und würden die von der Vergabestelle zusätzlich angeführten und von der Beschwerdegegnerin bisher nicht bestrittenen Summen der Leistungen der sechs weiteren Subunternehmer, ohne Abzug von Endzuschlägen, in Relation zum Gesamtpreis des ursprünglichen Angebots der Beschwerdegegnerin gesetzt und dazu addiert, so würde sich ein Subunternehmeranteil von rund 35.2% ergeben.

E. 7.6

Unter diesen Umständen und angesichts der dargelegten Unklarheiten kann prima facie nicht gesagt werden, die Rüge, der zulässige Subunternehmeranteil von 35% sei im Angebot der Beschwerdegegnerin überschritten, weshalb ihr Angebot hätte ausgeschlossen werden müssen, sei offensichtlich unbegründet.

E. 8

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln im Weiteren, die Vergabestelle habe diejenigen Preise, welche wesentlich von den nachträglich eingereichten Preisen für "Optionen" beeinflusst worden seien, bewertet. Aus Sicht der Beschwerdeführerinnen hätte die Vergabestelle lediglich die Angebotspreise der ursprünglichen Angebote bewerten dürfen. Das Vorgehen der Vergabestelle, nach Kenntnis der Angebote noch "Optionen" nachofferieren zu lassen, sei vergaberechtlich fragwürdig. Im Effekt habe die

Ausschreibung der Optionen eine Abgebotsrunde dargestellt. Die Möglichkeit zur Nachofferierung sei von der Beschwerdegegnerin offensichtlich dazu benutzt worden, ihren Angebotspreis zu verbessern. Anders sei es nicht zu erklären, dass aufgrund dieser Optionen der Gesamtpreis bei den Beschwerdeführerinnen von 62 Mio. Franken auf 69 Mio. Franken gestiegen sei, bei der Beschwerdegegnerin dagegen von ebenfalls 62 Mio. Franken auf nur 66 Mio. Franken. Wenn die Vergabestelle diese Preise berücksichtige, berücksichtige sie damit ein Abgebot der Beschwerdegegnerin, was nicht zulässig sei. Die Ausschreibung habe vorgesehen, dass aufgrund von Erkenntnissen aus der technischen Angebotsbereinigung "ein neues Preisangebot entstehen" könne. Das sei nur so zu verstehen, dass die Vergabestelle auf der Basis der eingereichten Angebote und der Erläuterungen die Angebotspreise bewerten könne. Das bedeute jedoch nicht, dass sie wesentliche Leistungen neu offerieren lassen könne. Diese Auslegung erscheint auch in Anbetracht des ab 2021 geltenden Verzichts auf Abgebotsrunden (Art. 11 BöB) als sachgerecht. Die Beschwerdeführerinnen hätten auch die Vermutung, dass die Beschwerdegegnerin bei den ursprünglichen Angeboten nicht die preisgünstigste Anbieterin gewesen sei. Zudem kritisieren die Beschwerdeführerinnen, ihr eigener Angebotspreis hätte ohne die von der Vergabestelle angekündigte Aufrechnung des Skontos von 2% berücksichtigt werden müssen. Für die Preisbewertung seien die Netto-Angebotspreise ohne Abzug eines Skontos zu berücksichtigen, weil nicht sicher sei, ob die Skonto-belastete Zahlungsfrist effektiv eingehalten werde. Zudem verstosse der vorgesehene Skonto-Abzug bei einer Zahlung von 30 Tagen gegen Art. 29a aVöB und die entsprechenden Weisungen der EFD. Auch in kommerzieller Hinsicht sei in Anbetracht der Null-oder Negativzinsen ein Skonto von 2% in keiner Weise zu rechtfertigen.

E. 8.1

Ob es zulässig war, dass die Vergabestelle bei der Preisbewertung auf das Angebot inklusive der von den Anbietern zusätzlich angebotenen Optionen abgestellt hat, kann vorliegend offengelassen werden. Wie sich aus den Akten ergibt, war der Angebotspreis der Beschwerdegegnerin bereits am Anfang, anlässlich der Offertöffnung, niedriger als derjenige der Beschwerdeführerinnen. Selbst wenn das Gericht zum Schluss käme, dass die Einladung der Vergabestelle an die Anbieter, nach der Offertöffnung weitere Angebote zu zusätzlichen "Optionen" einzureichen und deren Berücksichtigung bei der Bewertung unzulässig gewesen sei und richtigerweise auf die ursprünglichen Preise abzustellen sei, würde dies daher nichts daran ändern, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin preisgünstiger war als dasjenige der Beschwerdeführerinnen. Unbestritten ist auch, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen bei den übrigen Bewertungskriterien ebenfalls weniger Punkte erzielte als dasjenige der Beschwerdegegnerin. Dass die Vergabestelle auf die Preise abgestellt hat, die von den Anbietern anlässlich der Nachofferierung angeboten wurden, statt auf die ursprünglichen Preise abzustellen, wie die Beschwerdeführerinnen es als richtig erachten, hatte daher keine kausale Auswirkung auf die Rangierung der Parteien; in beiden Fällen wäre das Angebot der Beschwerdegegnerin insgesamt besser bewertet worden als dasjenige der Beschwerdeführerinnen. Dieselbe Überlegung gilt bezüglich der Rüge, die Vergabestelle hätte den Skonto nicht aufrechnen dürfen: Es ist nicht erkennbar, inwiefern die Aufrechnung oder Nichtaufrechnung des Skontos, da sie für alle Anbieter in gleicher Weise erfolgte, an der Rangierung etwas hätte ändern können.

E. 8.2

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass auf die Rügen der Beschwerdeführerinnen, die Vergabestelle habe bei der Preisbewertung unzulässigerweise auf das Angebot inklusive der von den Anbietern zusätzlich angebotenen Optionen abgestellt und sie hätte beim Angebot der Beschwerdeführerinnen den Skonto nicht aufrechnen dürfen, nicht weiter einzugehen ist, da sie für das Ergebnis dieses Beschwerdeverfahrens offensichtlich nicht relevant sind.

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 Beschwerdeführerinnen, 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 "Datentransport BIT I"). Die Vergabestelle stellt sich vorliegend auf den Standpunkt, die aufschiebende Wirkung sei nicht zu gewähren. Das BAV habe erst im Sommer 2017 entschieden, dass der Tunnel für weitere 25 Jahre zu ertüchtigen sei und habe die Vergabestelle im Juli 2017 über die Freigabe der entsprechenden Mittel informiert. Die Tunnelsanierung sei dringlich, was sich daran zeige, dass ab 2016 diverse Sofortmassnahmen hätten ergriffen werden müssen, damit die Vergabestelle den Tunnel überhaupt habe fahrbar halten können. So seien GFK-Netze im Bereich von schadhaftem Mauerwerk montiert worden, um das Herunterfallen von Bruchstücken in den Fahrraum zu vermeiden. 2017 sei eine kollabierende Personenschutzniche gesichert und ein lokaler Paramentersatz vorgenommen worden. 2018 seien die GFK-Netze entleert worden, da sich darin Bruchstücke angesammelt hätten. Seit 2016 müsse der Tunnel jährlich inspiziert werden; normalerweise dauerten die Inspektionsintervalle 6-12 Jahre. 2021 seien voraussichtlich weitere Sofortmassnahmen nötig, wenn der Tunnel für ein weiteres Betriebsjahr gehalten werden solle. Es sei mindestens mit einer Felsreinigung und dem Leeren der Schutznetze zu rechnen. Auch der Terminplan für die Projektentwicklung bis zur Submission zeige die Dringlichkeit auf. Die Vergabestelle habe die Dringlichkeit nicht zu verantworten. Sogleich nach der Wiedererwägung und dem Widerruf des Zuschlagsentscheides am 21. Oktober 2020 habe sie den Expertenbericht in Auftrag gegeben; dieser habe bereits am 18. November 2020 vorgelegen. Zusätzlich zum Leistungsauftrag für die Tunnelsanierung des Weissensteintunnels vergebe die Vergabestelle weitere Arbeiten. Weil zu diesen Leistungsaufträgen enge Abhängigkeiten bestünden, würde eine Verschiebung der hier in Frage stehenden Tunnelsanierungsarbeiten die Verschiebung der weiteren zu vergebenden Arbeiten bewirken. Bereits sich im Bau befindende Arbeiten für die Erneuerung des Geisslochviaduktes müssten zudem unter erheblichen Kostenfolgen gestoppt werden. Die für Ende 2020 vorgesehene Vergabe der TU-Submissionen für weitere Lose (1 und 5) müssten ebenfalls gestoppt und voraussichtlich abgebrochen werden, was zu erheblichen Zusatzkosten und weiteren Zeitverlusten führen würde. Ferner müssten die schon bestellten Bahnersatzbestellungen mit Bussen für Mitte 2021 bis Ende 2022 gestoppt werden, die schon publizierten Fahrpläne annulliert und neue Züge und Lokführer für den Bahnbetrieb während dieser Zeit erneut organisiert werden. Demgegenüber sind die Beschwerdeführerinnen der Meinung, die aufschiebende Wirkung könne ohne Weiteres

definitiv erteilt werden. Wenn dem Sanierungsprojekt ein jahreslanges politisches Seilziehen habe vorausgehen können, könne die Sanierung auch noch einige Monate verschoben werden. Zudem seien in den Jahren 2016-2018 Sicherungsmassnahmen durchgeführt worden. 2019 und 2020 seien solche offenbar nicht nötig gewesen. Die für das Jahr 2021 vorgesehene Felsreinigung und Leeren von Schutznetzen seien marginale Massnahmen, die keine vergaberechtlich relevante Dringlichkeit zu rechtfertigen vermöchten. Es sei zudem davon auszugehen, dass auch die ARGE Marti Weissensteintunnel eine Beschwerde eingereicht habe, welche die Vergabe verzögern werde.

E. 9.1

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Vielmehr hat die Auftraggeberin den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, 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 (Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit", B-891/2009 vom 23. März 2009 E. 4.1 "Kurierdienst BAG I" und B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 13 "Laborneubau ETH Basel"). Die ausnahmsweise Gewährung der aufschiebenden Wirkung trotz selbstverschuldeter Dringlichkeit ist dabei nicht völlig ausgeschlossen, aber auf besonders gravierende Fälle beschränkt (zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 m.H.). Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheide des BVGer B-998/2014 E. 7.2 "Datentransport BIT I" und B-6160/2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel").

E. 9.2

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Darstellung der Vergabestelle, dass die von ihr behauptete Dringlichkeit primär auf ihre eigenen Planungsentscheide zurückzuführen ist. Die von ihr ebenfalls angeführten objektiven Gründe, wie insbesondere der Sicherheitszustand des Tunnels, erscheinen als weniger dringlich. So ergibt sich aus dem Schlussbericht Monitoring 2019, dass die Inspektoren am 16. Juli 2019 zum Schluss gelangt waren, aufgrund der angetroffenen Schadensbilder könne der Tunnel noch für die kommenden 2 Jahre betrieben werden, die Durchführung einer Erneuerung sei jedoch spätestens in den nächsten 5 Jahren vorzusehen (Schlussbericht Monitoring 2019). Dieser objektiven Grund erscheint daher nicht als derart dringlich, als dass er einer aufschiebenden Wirkung während eines Rechtsmittelverfahrens von einigen wenigen Monaten, wie es zurzeit absehbar ist, entgegenstehen würden. Sollte sich das Verfahren indessen wider Erwarten komplexer entwickeln, ohne dass dies die Vergabestelle zu vertreten hätte, und eine wesentlich längere Verfahrensdauer absehbar werden, beispielsweise wenn Expertisen erforderlich werden sollten, so könnte die Interessenabwägung gegebenenfalls neu beurteilt werden.

E. 10

Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher zurzeit statt zu geben.

E. 11

Die weitergehende Behandlung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerinnen kann unter diesen Umständen auf das Hauptverfahren verschoben werden.

E. 12

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids 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.