

# **BVGer B-5488/2021 vom 6. April 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-04-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5488\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5488_2021)

FR: TAF B-5488/2021 du 6 avril 2022

IT: TAF B-5488/2021 del 6 aprile 2022

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 1. Januar 2021 ist das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422]), in Kraft getreten. Gemäss Art. 62 BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (Urteil des BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021 E. 1.2 "MÜLS Tunnel Schlund und Spier [A2 Luzern]"). Der hier zu beurteilende Auftrag "Mobilfunk in Bahntunneln TFK 2020" wurde am 30. Oktober 2020 im offenen Verfahren ausgeschrieben (Projekt-ID 209076; Meldungsnummer: 1153229). Mit Publikation auf der Internetplattform SIMAP vom 16. Februar 2021 (Meldungsnummer: 1180285) wurde die Ausschreibung dahingehend berichtigt, dass die Frist für die Einreichung des Angebots vom 31. März 2021 auf den 28. April 2021 sowie das Datum der Offertöffnung vom 2. April 2021 auf den 3. Mai 2021 nach hinten verschoben wurden. Folglich ist auf das hier zu beurteilende, mit Publikation der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 eingeleitete und mit am 16. Februar 2021 einzig hinsichtlich der Eingabefrist und der Offertöffnung berichtigte Verfahren prima facie das alte Recht anwendbar (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [aBöB, AS 1996 508 ff.] und Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 [aVöB; AS 1996 518 ff. bzw. AS 2009 6149 ff.]).

### **E. 2.1**

Die aufschiebende Wirkung wird im öffentlichen Beschaffungswesen lediglich auf Gesuch hin erteilt (Art. 28 Abs. 2 aBöB), wobei bei nicht offensichtlich unbegründeten Beschwerden eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (BVGE 2017 IV/3 E. 3.2 "Mobile Warnanlagen"). Wenn eine hinreichende Dringlichkeit der Beschaffung ganz oder teilweise zu bejahen ist, kann im Rahmen dieser Abwägung auch offengelassen werden, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Es können auch vorsorgliche Massnahmen getroffen werden, welche im Ergebnis zu einer teilweisen Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen (Zwischenverfügung B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3 "HP Monitore").

## **E. 2.2**

Nach Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) leitet der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Endentscheid. Das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags aufgrund der den Endentscheid präjudizierenden Wirkung praxisgemäss in Dreierbesetzung beurteilt (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in: BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen). Demgegenüber entscheidet der Instruktionsrichter allein über die Anträge, der Vergabestelle sei der Bezug einer ersten Tranche der in Frage stehenden Lieferungen zu bewilligen, sofern Dringlichkeit geltend gemacht wird, die in Frage stehenden Lieferungen unterteilbar sind und die beantragte Erlaubnis zum Leistungsbezug nur einen kleinen, die Anordnungen in Bezug auf die gesamte Leistung nicht übermässig präjudizierenden Anteil des Beschaffungsgegenstands zum Gegenstand hat (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-3380/2021 vom 8. September 2021, S. 3 mit Hinweisen "Identity and Access Management"). Dabei wird keine Hauptsachenprognose gemacht, da diese praxisgemäss dem Dreierspruchkörper vorbehalten ist, sondern es wird lediglich eine Interessenabwägung vorgenommen (Zwischenverfügung des BVGer B-4959/2021 vom 27. Januar 2022 S. 6 "Weichenschleifmaschinen").

## **E. 3.1**

Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung ist der Lieferauftrag verschiedener Module von Tunnelfunkanlagen sowie Design, Planung, Lieferung, Einbau, Inbetriebsetzung und Zusammenschaltung aller notwendigen Module in Zusammenarbeit mit den SBB-Fachdiensten und anderen Lieferanten der SBB AG zu einem funktionierenden Gesamtsystem. Zudem soll die Anbieterin über den gesamten Life Cycle (12 Jahre) Support und Unterhalt gewährleisten und die Möglichkeit bieten, die Tunnelfunkanlage auf dem Stand der Technik zu halten (Ziff. 2.6 der Ausschreibung).

## **E. 3.2**

Nachdem die Vergabestelle ausdrücklich anerkennt, dass die vorliegend zu beurteilende Vergabe in den Staatsvertragsbereich fällt (Stellungnahme vom 20. Januar 2022, Rz. 7), ist prima facie davon auszugehen, dass das Beschaffungsgesetz auf die vorliegende Beschaffung anzuwenden ist.

## **E. 4.1**

Namentlich Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, sind für die Vergabestelle oft unverzichtbar, weshalb es sich mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot rechtfertigen kann, eine Teilmenge zur Beschaffung freizugeben (Zwischenverfügungen B-3238/2021 vom 20. September 2021 "Google / Public Cloud", B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 4.1 "HP-Monitore"; vgl. dazu neuerdings Manuel Kreis, Etablierung sog. Teilfreigaben in Vergabeverfahren, in: dRSK, publiziert am 11. März 2022, Rz. 12).

## **E. 4.2**

Die vorliegend mit Lieferauftrag (Ausschreibung, Ziff. 1.8) ausgeschriebenen Tunnelfunkanlagen bilden Teil der notwendigen Infrastruktur eines Tunnels, weshalb ihre Instandhaltung und regelmässige Erneuerung zu gewährleisten ist. Es handelt sich dabei

vorliegend nicht um eine Lieferung in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht. Tunnelfunkanlagen sind prima facie über mehrere Jahre einsatzfähig. So wurden die ausgeschriebenen Tunnelfunkanlagen zwischen 2009 und 2017 installiert und erreichen bald ihr Lebensende, weshalb sie in der Periode von 2022 bis 2028 zu ersetzen sind (Ausschreibungsbedingungen, Kap. 1.4). Damit kann sich die Lage ergeben, dass der Betrieb eines Tunnels ohne den Ersatz der Tunnelfunkanlagen nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet werden kann, was ebenfalls Dringlichkeit begründen kann. Dasselbe kann für ein Vorprojekt gelten, solange sichergestellt ist, dass keine nicht hinnehmbare präjudizierende Wirkung eintritt.

### **E. 4.3**

Die Vergabestelle begründet ihren dringenden Bedarf damit, im streitbetroffenen Vergabeverfahren seien zahlreiche Tunnelfunkanlagen ausgeschrieben, die im Zeitraum zwischen 2022 und 2028 ersetzt werden müssten. Der Zeitplan sei abhängig vom Zustand der Anlage, von einem möglichen Zutritt zur Anlage, von anderen Bauvorhaben im Tunnel oder auf der Strecke sowie von der allgemeinen Verkehrsplanung. Die dringlichsten Projekte seien der Gotthard-Scheiteltunnel, das Vorprojekt Gotthard Basistunnel, Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und Oberer Hauenstein Tunnel (Vernehmlassung, Rz. 132). Nachfolgend ist somit zuerst die Dringlichkeit der als von der Vergabestelle als am dringlichsten eingestuften Projekte zu prüfen.

#### **E. 4.4.1**

Zum Gotthard-Scheiteltunnel führt die Vergabestelle aus, dieser sei durch den Bau der zweiten Röhre für den Gotthard Strassentunnel terminiert. Der Aushub der zweiten Röhre für den Gotthard Strassentunnel solle über den Gotthard-Scheiteltunnel abtransportiert werden. Die Aushubarbeiten für den Strassentunnel würden auf der Südseite ab Mitte 2023 starten und bis mindestens Ende 2027 dauern. Die Arbeiten zum Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel müssten bei einer Projektdauer von 18 Monaten bereits im ersten Quartal des Jahres 2022 beginnen (Vernehmlassung, Rz. 110 ff.). Es sei nicht möglich, den Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel auf einen Zeitpunkt nach der Fertigstellung der zweiten Röhre des Gotthard Strassentunnels (2028) zu legen, denn eine Verschiebung würde aufgrund des Alters der Anlage mit notfallmässigen Reparaturarbeiten einhergehen. Die bereits heute aufgrund von Empfangsproblemen geplagte Anlage hätte ihre Lebensdauer im Jahr 2028 bei Weitem überschritten (Vernehmlassung, Rz. 112 ff.).

#### **E. 4.4.2**

Die Beschwerdeführerin entgegnet, Erkenntnisse aus dem Lötschberg-Basistunnel, der über die identische D.\_\_\_\_\_ Ausrüstung wie im Gotthard-Scheiteltunnel verfüge, würden zeigen, dass das eingesetzte Tunnel-Equipment länger und ohne terminlichen Druck betrieben werden könnte, als von der Vergabestelle dargestellt. Ein Betrieb der Tunnelfunkanlagen sei damit bis ins Jahr 2030 sichergestellt (Replik, Rz. 98 ff.). Es liessen sich problemlos weitere Beispiele anführen, in welchen Tunnelfunkanlagen während über fünfzehn Jahre unter vergleichbaren Bedingungen (Steingewölbe und offene Nischen für das Equipment) in Betrieb standen beziehungsweise stehen würden. Als Beispiel nennt die Beschwerdeführerin den Lötschberg-Scheiteltunnel, den Grenchenberg-Tunnel, den Hondrich-Tunnel und den Mittalgrabtunnel (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 26).

#### **E. 4.4.3**

Die Vergabestelle hält dem entgegen, der Vergleich des Lötschberg-Basistunnels mit dem Gotthard-Scheiteltunnel sei nicht zielführend. Der Anlagezustand und Zeitpunkt eines notwendigen Ersatzes einer Tunnelfunkanlage werde nicht nur durch das Alter, sondern vielmehr durch die Umweltbedingungen im Tunnel bestimmt. So würden sich die Tunnelfunkanlagen im Lötschberg-Basistunnel in modernen, sauber betonierten und klimatisierten Querschlägern befinden, wohingegen die Tunnelfunkanlagen im Gotthard-Scheiteltunnel offen zur Fahröhre stehen und einen hohen Wassereintritt aufweisen würden. Entsprechend sei weiterhin davon auszugehen, dass ein Verschieben des Ersatzes der Tunnelfunkanlagen auf das Jahr 2028 unter anderem zu nicht hinnehmbaren Verzögerungen beim Abtransport des Aushubmaterials und beim Bau des Gotthard-Strassentunnels führen würde (Duplik Vergabestelle, Rz. 65 ff.). Bezüglich weiterer Tunnelvergleiche führt die Vergabestelle ergänzend aus, dass auch diese nicht korrekt seien und es sich um einen Vergleich von Äpfeln mit Birnen handle. So seien die seitens der Beschwerdeführerin beschriebenen Anlagen namentlich aus anderen Anlagengenerationen mit unterschiedlichen Bauformen (Stellungnahme Vergabestelle vom 16. März 2022, Rz. 1 ff.).

#### **E. 4.4.4.1**

Aufgrund der hohen Bedeutung des Gotthard-Strassentunnels für den Strassenverkehr und die Volkswirtschaft besteht an der speditiven Abwicklung des Projektes "Zweite Röhre Gotthardstrassentunnel" prima facie ein gesteigertes öffentliches Interesse. Während des Zeitraums zwischen den Jahren 2023 und 2027 sollen die Aushubarbeiten stattfinden. Der Aushub soll über den Gotthard-Scheiteltunnel abtransportiert werden. Die Arbeiten zum Ersatz der Tunnelfunkanlage im Scheiteltunnel müssen bei einer Projektdauer von 18 Monaten im ersten Quartal des Jahres 2022 beginnen, damit ab 2023 täglich Züge mit Aushub durch den Gotthard-Scheiteltunnel verkehren können (vgl. Vernehmlassung, Rz. 111 f.).

#### **E. 4.4.4.2**

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass die Tunnelfunkanlagen in naher Zukunft zu erneuern sind (Ausschreibungsbedingungen, Kap. 1.4; Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang", Kap. 4.2). Gemäss Angaben der Vergabestelle (Stellungnahme vom 16. März 2022, Rz. 2) würde die Anlage im Gotthard-Scheiteltunnel bei Verzicht auf das von der Vergabestelle beantragte Vorgehen voraussichtlich deutlich über die Lebensdauer hinaus betrieben, womit jedenfalls altersbedingte Ausfälle wahrscheinlich sind. Die Anlage im Gotthard-Scheiteltunnel ist demnach innert absehbarer Zeit zu erneuern. Prima facie kann zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel bis ins Jahr 2028 betrieben werden könnte, wie dies gemäss der Beschwerdeführerin mit Bezug zu anderen Tunneln gilt. Mit zunehmendem Alter besteht jedoch das durchaus konkrete Risiko eines Ausfalls der Anlage mit Folgen für den Betrieb des Tunnels. Derartige Risiken sind aus Sicht der Vergabestelle als Tunnelbetreiberin und aus Sicht der Eidgenossenschaft insgesamt mit Blick auf das Strassentunnelprojekt nicht zumutbar. Damit ist die Verschiebung des Ersatzes der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel ins Jahr 2028 aufgrund der Akten keine Option.

#### **E. 4.4.4.3**

Der Bau der zweiten Röhre des Gotthard-Strassentunnels ab 2023 begründet demnach prima facie im Sinne einer hinreichenden Dringlichkeit, dass alles unternommen wird, damit die

in die Planung des Baus miteinbezogene Transportroute über den Gotthard-Scheiteltunnel ab 2023 einsatzbereit ist. Dies verlangt wiederum, dass der Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel bereits im Vorfeld, das heisst im Jahr 2022, beginnen kann.

#### **E. 4.4.5**

Es ergibt sich somit, dass die Dringlichkeit bezüglich dem Gotthard-Scheiteltunnel als hinreichend erscheint, um den Anträgen der Vergabestelle insoweit zu entsprechen.

#### **E. 4.5.1**

Zum Vorprojekt Gotthard Basistunnel führt die Vergabestelle aus, dass der Gotthard Basistunnel Tag und Nacht befahren werde und der Zutritt nur während zweier Nächte pro Woche möglich sei. In diesen Nächten müssten alle Gewerke gleichzeitig ihre Anlagen reparieren, warten und kontrollieren. Die Betreiberorganisation Gotthard Life Cycle Management (GLCM) gebe für jede Anlage ein verbindliches Zeitfenster vor. Bei der Terminierung des Ersatzes des Tunnelfunksystems sei zu berücksichtigen, dass ein Vorprojekt notwendig werde, in dem verschiedene Varianten zu erarbeiten seien, der Anbieterin gewisse Erfahrungen im Tunnel ermöglicht und vor Ort "Proofs of Concept" durchgeführt würden. Nach Abschluss des Vorprojekts sei eine einjährige Bauprojektphase erforderlich, in welcher die im Vorprojekt ausgewählte Variante von der Anbieterin entwickelt und die konkrete Ausführung detailliert geplant werde. Nur mit der Vorprojekt- und Bauprojektphase, in welche die berücksichtigte Anbieterin einzubinden sei, werde es möglich, das Ausführungsprojekt sachgerecht und während der von der Gotthard Life Cycle Management (GLCM) zugeteilten Periode auszuführen. Bereits in den Ausschreibungsunterlagen sei auf diese Dringlichkeit des Ersatzes der Tunnelfunkanlage im Gotthard Basistunnel hingewiesen worden (Vernehmlassung, Rz. 114 ff.).

#### **E. 4.5.2**

Zur Dringlichkeit bezüglich des Vorprojekts Gotthard Basistunnel ist zunächst festzuhalten, dass es prima facie sehr plausibel erscheint, dass bei einem Tunnel in der Grössenordnung des Gotthard Basistunnels für den Ersatz der Tunnelfunkanlagen hoher Koordinationsbedarf mit dem Ersatz weiterer Gewerke besteht. Es ist daher nachvollziehbar, wenn für den Ersatz ausschliesslich bestimmte Zeitfenster vorgesehen werden können. Gemäss Kapitel 4.2 der Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang" vom 15. Oktober 2020 (Vernehmlassung, Beilage 36) ist für den Gotthard Basistunnel bereits ab Anfang 2022 mit Koordinations- und Vorbereitungsarbeiten zu rechnen. Die SBB gehe für die Vorbereitungsarbeiten momentan von einer Grössenordnung von bis zu 1000 Manntagen in der Periode 2022/2023 aus (Kapitel 4.2 "Vorläufiger Projektplan"). Prima facie besteht demnach Dringlichkeit bereits in Bezug auf das Vorprojekt, welches bald in Angriff genommen werden sollte.

#### **E. 4.5.3**

Es ergibt sich somit, dass die der Anbieterseite frühzeitig transparent gemachte Dringlichkeit bezüglich des Vorprojekts im Gotthard Basistunnel als hinreichend erscheint, um den Anträgen der Vergabestelle insoweit zu entsprechen.

#### **E. 4.6.1**

In Bezug auf das Projekt Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg führt die Vergabestelle aus, dass die Eigentümerin im Wipkingertunnel die Fahrbahn, Gewölbehülle und Kabelanlagen saniere. Wenn der Ersatz der Tunnelfunkanlage gleichzeitig mit dem

Sanierungsprojekt erfolge, könnten zahlreiche Synergien genutzt werden, welche der Vergabestelle erhebliche Kosteneinsparungen ermöglichen und zusätzlich nicht die Gefahr mit sich bringen würden, dass im Falle getrennter Sanierungen die bestehenden Tunnelfunkanlagen beschädigt würden. Um das Planungsprojekt nicht zu verzögern, müssten die technischen Angaben der Tunnelfunkanlage von der Anbieterin entsprechend bereits im Jahr 2022 geliefert werden. Dieser Zeitplan sei gefährdet, wenn der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gegeben würde. Ferner würde eine Verschiebung des Ersatzes der Tunnelfunkanlage auf einen späteren Zeitpunkt erhebliche Mehrkosten nach sich ziehen (Vernehmlassung, Rz. 120 ff.).

#### **E. 4.6.2**

Aus dem von der Vergabestelle beigelegten Auszug der Website <https://news.sbb.ch> "Strecke Zürich HB-Wipkingen während eines Jahres gesperrt" vom 17. Mai 2021 (Auszug vom 18. Januar 2022; Vernehmlassung, Beilage 38) ergibt sich, dass die Strecke Zürich HB-Zürich Wipkingen von Ende 2023 bis Ende 2024 zwecks Umbau des Bahnhofs Wipkingen und Sanierung des Wipkingerviadukts gesperrt wird. Dabei werden auch einige Stellen im Wipkingertunnel saniert. Die Arbeiten im Bahnhof und im Tunnel würden unter Betrieb ausgeführt. Der Betrieb der S24 ab Zürich Wipkingen Richtung Zürich Oerlikon könnte somit aufrecht erhalten bleiben. Für einen Ersatz der Tunnelfunkanlage ab Ende 2023 ist somit prima facie nicht ersichtlich, inwiefern bereits heute ein Handlungsbedarf betreffend Vorabbezug besteht. Jedenfalls substantiiert die Vergabestelle nicht weiter, weshalb die technischen Angaben der Tunnelfunkanlagen bereits im Jahr 2022 zu liefern sind. Damit ist auch nicht weiter darauf einzugehen, dass die geltend gemachten Mehrkosten für den Fall der Verweigerung des Vorabbezugs nicht hinreichend substantiiert sind.

#### **E. 4.6.3**

Es ergibt sich somit, dass die Dringlichkeit bezüglich des Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg nicht als hinreichend erscheint. Insoweit ist der Antrag auf Erlaubnis eines Vorbezugs abzuweisen.

#### **E. 4.7.1**

Zum Oberen Hauenstein Tunnel führt die Vergabestelle aus, dieser liege auf der Ersatzstrecke des Hauenstein Basistunnels während dessen Sanierung zwischen 2023 und 2027. Im Rahmen dieser Sanierung würden nächtliche Abschnittssperren, Totalsperren an den Wochenenden und eventuelle tunnelweite Einspursperren des Hauenstein Basistunnels nötig sein. Ein Ersatz der Tunnelfunkanlage im Oberen Hauenstein Tunnel sei deshalb während dieses Zeitraums schwierig. Im Zusammenhang mit einer allfälligen Verschiebung auf den Zeitpunkt nach der Sanierung des Hauenstein Basistunnels wird vorgebracht, dass die Tunnelfunkanlage im Oberen Hauenstein Tunnel bereits heute ihr Lebensende erreicht habe (Vernehmlassung, Rz. 123 ff.).

#### **E. 4.7.2**

Gemäss dem von der Vergabestelle eingereichten Auszug der Website <https://news.sbb.ch> "Grundinstandsetzung Hauenstein-Basistunnel" (Auszug vom 18. Januar 2022; Vernehmlassung, Beilage 40) sind während der Sanierung des Hauenstein Basistunnels drei Typen von Sperrungen vorgesehen, namentlich abschnittsweise Einspursperrungen nachts über die ganze Bauzeit, Totalsperren an manchen Wochenenden und eventuell tunnelweite Einspursperren im Sommer. Bei nächtlichen Sperrungen könne der Tunnel von einer

reduzierten Anzahl Züge befahren werden. Während einigen Wochenenden seien Totalsperren des Tunnels unvermeidbar. Der Weg über den Oberen Hauenstein Tunnel wird demnach prima facie nur sporadisch als Ausweichroute genutzt, solange der Hauenstein Basistunnel saniert wird. Im Gegensatz zur insoweit nicht vergleichbaren Ausgangslage beim Gotthard-Scheiteltunnel, der für den Abtransport des Aushubs für den Bau der zweiten Röhre genutzt wird, ergibt sich beim Oberen Hauenstein Tunnel nicht, dass dieser permanent aufgrund der Sanierung im Hauenstein Basistunnel beansprucht wird.

#### **E. 4.7.3**

Die Dringlichkeit bezüglich des Oberen Hauenstein Tunnels erscheint daher prima facie nicht als hinreichend, um einen Vorabbezug zu begründen.

#### **E. 4.8**

Zusammenfassend kann damit bezüglich der Dringlichkeit der einzelnen Projekte festgehalten werden, dass die Dringlichkeit des Gotthard-Scheiteltunnels und des Vorprojekts Gotthard Basistunnel als hinreichend zu beurteilen ist, während die Dringlichkeit für den Oberen Hauenstein Tunnel und das Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg nicht als hinreichend erscheint, um insoweit die Erlaubnis eines Vorabbezugs zu bewilligen. Dabei ist die Dringlichkeit aus Sicht der öffentlichen Auftraggeberseite wesentlich, wogegen die seitens der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Dringlichkeit aufgrund der (nicht bestrittenen) Lieferkettenprobleme (Vernehmlassung Beschwerdegegnerin, Rz. 14) nicht derart ist, dass mit Blick auf diese in Bezug auf sämtliche vier Projekte ein Vorabbezug bewilligt werden müsste.

#### **E. 5.1.1**

Im Weiteren beanstandet die Beschwerdeführerin, die Dringlichkeit sei von der Vergabestelle selbst verschuldet, da die Vergabestelle verpflichtet sei, Beschaffungsgeschäfte so langfristig zu planen, dass auch bei Rechtsmittelverfahren keine Dringlichkeit eintreten kann (Beschwerde, Rz. 33). Die Vergabestelle schreibe ihre Aufträge im Tunnelfunkbereich ungefähr alle fünf Jahre aus und verfüge entsprechend über die Kompetenz und das Wissen, periodische Neuvergaben zeitgerecht zu planen. Es könne der Beschwerdeführerin vor diesem Hintergrund nicht zum Nachteil ausgelegt werden, wenn die Vergabestelle nur Verzögerungen von einigen wenigen Monaten eingeplant habe (Replik, Rz. 100 ff.).

#### **E. 5.1.2**

Die Vergabestelle entgegnet, die Dringlichkeit sei nicht selbst verschuldet, da sie das Projekt rechtzeitig ausgeschrieben habe und sich die Verschiebung der Eingabefrist aufgrund einer Anfrage einer Anbieterin im Zusammenhang mit den damals geltenden Covid-19-Massnahmen ergeben habe (Vernehmlassung, Rz. 126 f.). Es sei unzutreffend, dass die Vergabestelle Aufträge im Bereich Tunnelfunk alle fünf Jahre ausschreibe. So habe die letzte Ausschreibung im Jahr 2013 stattgefunden. Eine Ausschreibung der heute dringlichen Projekte habe zu dem Zeitpunkt keinen Sinn gemacht. Entsprechend lasse sich bei der Vergabestelle kein Planungsfehler ausmachen (Duplik Vergabestelle, Rz. 64 und 69). Ausserdem habe sich der Rollout der Inbetriebnahme der 2023 ausgeschrieben Tunnelfunkanlagen aufgrund technischer Probleme der neu entwickelten Anlagegeneration um gut drei Jahre verzögert (Stellungnahme Vergabestelle vom 16. März 2022, Rz. 3).

#### **E. 5.2.1**

Nach Möglichkeit sind Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (Urteil des BGER 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2 "IT / Glarus / Umstrukturierung Gemeinden"; Zwischenentscheide des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 5.3 "Projektcontrollingsystem AlpTransit", B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 13 "Laborneubau ETH Basel" und B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 7.2 "Identity and Access Management").

### **E. 5.2.2**

Zugleich kann eine selbstverschuldete Dringlichkeit nicht dazu führen, dass sich das Gericht daran gehindert sieht, einer Beschwerde zur Vermeidung substantiiert dargelegter gravierender Folgen einer Verzögerung im Einzelfall nicht gleichwohl die aufschiebende Wirkung zu versagen (vgl. 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 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT I", B-6160/2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel" und B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 7.2 "Identity and Access Management"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328).

### **E. 5.3**

Die Interessensabwägung beim Vorabbezug (vgl. E. 2.2 hiavor) folgt derselben Logik. Vorliegend kann bezüglich des Gotthard-Scheiteltunnels und des Vorprojekts Gotthard Basistunnel insbesondere mit Blick auf die relevanten Sicherheitsaspekte und die Risiken für den Bahnbetrieb jedenfalls nicht nur von Dringlichkeit, sondern darüber hinaus von substantiiert dargelegten gravierenden Folgen einer Verzögerung im Einzelfall gesprochen werden, womit ein Vorabbezug - im Unterschied beispielsweise zu geringfügigen Mehrkosten - auch im Falle einer selbstverschuldeten Dringlichkeit bewilligt werden kann. Demnach kann im vorliegenden Fall offenbleiben, ob hinsichtlich der in Frage stehenden Projekte selbstverschuldete Dringlichkeit vorliegt.

### **E. 6**

Zu prüfen bleibt, ob sich die Erlaubnis eines Vorabbezugs in Bezug auf den Gotthard-Scheiteltunnel und das Vorprojekt Gotthard Basistunnel in nicht hinnehmbarer Weise präjudizierend auf die definitive Vergabe auswirkt.

#### **E. 6.1.1**

Die Vergabestelle bringt vor, aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen sei es der Vergabestelle eventualiter für die Dauer des Verfahrens zu erlauben, der Zuschlagsempfängerin den Auftrag bis zu einem maximalen Auftragsvolumen von Fr. 5'000'000.- zu erteilen. Dies entspreche 6.87 Prozent der gesamthaft zugeschlagenen Leistungen im Wert von Fr. 72'769'402.67 und würde es der Vergabestelle erlauben, die dringlichsten Projekte (Gotthard-Scheiteltunnel, Oberer Hauenstein Tunnel, Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und Vorprojekt Gotthard Basistunnel) während der Dauer des Verfahrens voranzutreiben (Vernehmlassung, Rz. 132).

#### **E. 6.1.2**

Die Vergabestelle legt weiter dar, dass eine negativ präjudizierende Wirkung der Vergabe eines Bruchteils der Auftragssumme nicht ersichtlich sei. Ausserdem würden die Projekte, die im Rahmen der Ausschreibung vergeben werden, jeweils voneinander völlig unabhängige Tunnelfunkanlagen betreffen. So würde der Einbau einer Anlage der C.\_\_\_\_\_ in einigen wenigen Tunneln, bei denen Dringlichkeit vorliege, nicht verhindern, dass nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens in den verbleibenden Tunneln Anlagen von anderen Herstellern eingebaut werden (Duplik Vergabestelle, Rz. 71).

### **E. 6.1.3**

Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass ein Vorabbezug durch allfällige Infrastrukturanpassungen wie zum Beispiel aufgrund des Hardware-Wechsels sowie weiteren Vollzugsvorkehrungen eine präjudizierende Wirkung habe. Ferner sei eine Übergangslösung zur Gewährleistung der Funktionalität beider Anlagentypen, wenn schon, mit der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin zuzulassen (Replik, Rz. 105 f.).

### **E. 6.1.4**

Die Beschwerdeführerin hält schliesslich fest, dass einem zumindest teilweise beantragten Systemwechsel eine erhebliche und vergaberechtlich nicht mehr hinnehmbare präjudizierende Wirkung zukomme, da die bestehenden Tunnelfunkanlagen nicht mit der angebotenen Multiband-Lösung übereinstimmen würden und daher zunächst ausgebaut und umgerüstet werden müssten. Ausserdem würden verschiedene weitere Initialaufwendungen wie etwa für die Management-Software oder die Umschulung des eingesetzten Personals anfallen. Schliesslich sei es wenn schon denkbar, der Vergabestelle zu erlauben, die Wartung der Anlagen durch die aktuellen Betreiber/Hardware-Lieferanten vornehmen zu lassen. Da die Vergabestelle jedoch keinen entsprechenden Antrag stelle, sei sie darauf zu behaften (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 28).

### **E. 6.2**

Wie oben ausgeführt (vgl. E. 2.2 hiavor) kann der Instruktionsrichter nur Anträge bewilligen, bei denen die beantragte Erlaubnis zum Leistungsbezug nur einen kleinen, die Anordnungen in Bezug auf die gesamte Leistung nicht übermässig präjudizierenden Anteil des Beschaffungsgegenstands zum Gegenstand hat (siehe auch Zwischenverfügung B-3238/2021 vom 20. September 2021, S. 5 "Google / Public Cloud"). Vorliegend handelt es sich bei den eventualiter beantragten Fr. 5 Mio. um einen geringfügigen Teil des gesamten Beschaffungsvolumens von Fr. 72'769'402.67 (exkl. MWST; vgl. Ziff. 3.2 der am 27. November 2021 publizierten Zuschlagsverfügung). Dies präjudiziert das Endurteil mit Blick auf das Beschaffungsvolumen zwar in Bezug auf die beantragte Summe bis zu einem gewissen Grad, aber in noch hinnehmbarer Weise. Zu prüfen bleibt daher, ob durch den Einsatz der Technologie der Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin eine nicht mehr hinnehmbare präjudizierende Wirkung eintritt.

### **E. 6.3**

Die bestehende Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel wurde nicht von der aktuellen Zuschlagsempfängerin erstellt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 19). Es ist daher gerechtfertigt, der Vergabestelle die Wahl zu lassen, ob sie die Wartung oder Beschaffung mit der bisherigen Anbieterin vorantreibt oder die Leistung bei der Beschwerdegegnerin bezieht. Tatsächlich kann es sein, dass mit einem allfälligen Technologiewechsel gewisse Initialkosten oder Kompatibilitätsprobleme entstehen. Indessen hat die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht einen im Rahmen der Interessenabwägung überwiegenden

Anspruch darauf, dass die Technologie der C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz nicht Fuss fasst. Demnach liegt es in Bezug auf den Gotthard-Scheiteltunnel im Ermessen der Vergabestelle, ob der Ersatz der Tunnelfunkanlagen mit der Beschwerdegegnerin vorgenommen oder ob vorerst nur Wartungsarbeiten oder aber eine Neuausrüstung durch die aktuelle Betreiberin/Hardware-Lieferantin vorgenommen werden sollen. Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, dass der Vergabestelle mangels entsprechenden Antrags diese Wahl nicht zu lassen sei, kann ihr nicht beigeplichtet werden. Die Alternative, wonach (mit deren Zustimmung) auch mit der bisherigen Anbieterin zusammengearbeitet werden kann, ist im wohlverstandenen Interesse derselben, weil so gerade keine zuungunsten der Beschwerdeführerin präjudizierende Wirkung durch eine neu eingesetzte Technologie eintritt.

#### **E. 6.4**

Hinsichtlich des Gotthard Basistunnels ist noch darauf einzugehen, ob das Vorprojekt vom Hauptprojekt trennbar ist bzw. ob und wie insoweit eine nicht mehr hinnehmbare präjudizierende Wirkung vermieden werden kann.

##### **E. 6.4.1**

Die Dringlichkeit liegt in Bezug auf den Gotthard Basistunnel namentlich für den Start des Vorprojekts vor. Der Vorabbezug aufgrund der Dringlichkeit bedingt, dass die zu liefernde Leistung unterteilbar ist (vgl. E. 2.2 hiervor). Im Rahmen des Vorprojekts sind verschiedene Varianten zu erarbeiten, der Anbieterin gewisse Erfahrungen im Tunnel zu ermöglichen und vor Ort "Proofs of Concept" durchzuführen. Prima facie ist das Vorprojekt Gotthard Basistunnel damit vom Hauptprojekt trennbar. Und es ist Sache der Vergabestelle zu bestimmen, ob sie bereit ist, zwei parallele Vorprojekte erarbeiten zu lassen, um in Bezug auf zwei verschiedene Technologien über ein solches zu verfügen. Ein einmal begonnenes Vorprojekt führt nicht dazu, dass die involvierte Anbieterin zwingend das Hauptprojekt durchzuführen hat. Die Vergabestelle wird sich im weiteren Verlauf des Verfahrens auch nicht darauf berufen können, dass aufgrund der getätigten Investitionen nur noch eine Anbieterin in Frage komme; vielmehr tätigt sie diese auf eigenes Risiko.

##### **E. 6.4.2**

Zusammenfassend kann zum Gotthard Basistunnel festgehalten werden, dass bezüglich des Vorprojekts nicht nur hinreichende Dringlichkeit vorliegt, sondern auch das Gesamtprojekt nicht in nicht hinnehmbarer Weise präjudiziert wird. Soweit zwei Vorprojekte erarbeitet werden, macht die Beschwerdeführerin zu Recht geltend, dass dadurch Mehrkosten entstehen. Dies liegt im Rahmen der Risikoabwägung indessen im Ermessen der Vergabestelle (vgl. Art. 31 aBöB). Die Beschwerdeführerin kann nicht gestützt auf das Gesetzesziel des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes (vgl. dazu Art. 1 Abs. 1 Bst. c aBöB) die Festlegung auf ein Vorprojekt, basierend auf nur einer bestimmten Technologie, erzwingen.

#### **E. 7.1**

Die Vergabestelle substantiiert den von ihr für den Vorabbezug beantragten Betrag von Fr. 5 Mio. nicht weiter in Bezug auf die Frage, wie dieser Betrag auf die unterschiedlichen dringlichen Tunnelprojekte aufgeschlüsselt werden soll, sondern führt lediglich aus, dass dies 6.87 Prozent der gesamthaft zugeschlagenen Leistungen entsprechen würde (vgl. Vernehmlassung, Rz. 132; Duplik Vergabestelle, Rz. 71).

#### **E. 7.2**

Diese wohl mangelhafte Substantiierung rechtfertigt allerdings mit Blick auf die sich im Wesentlichen aus den Vorakten ergebende Aufschlüsselung der Auftragssumme (vgl. E. 7.3 hiernach) keine Abweisung des Eventualantrags der Vergabestelle.

### **E. 7.3**

Es ergibt sich aus den Vorakten, dass im Durchschnitt der Angebote der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführerin im Parallelverfahren B-5500/2021 der Teilbetrag für den Gotthard- Scheiteltunnel prima facie rund Fr. 1.5 Mio. bzw. den Anbieterpreis und für das Vorprojekt Gotthard Basistunnel prima facie rund Fr. 2.8 Mio. beträgt.

### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist somit für die einzelnen Projekte zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

#### **E. 8.1**

Betreffend den Gotthard-Scheiteltunnel ist der Vergabestelle ein Vorabbezug für Leistungen in der Höhe von maximal Fr. 1.5 Mio. bzw. des Anbieterpreises zu gewähren. Es liegt dabei im Ermessen der Vergabestelle, ob der Ersatz der Tunnelfunkanlagen mit der Beschwerdegegnerin vorgenommen wird, oder ob entweder vorerst nur Wartungsarbeiten oder (dessen Einverständnis vorausgesetzt) eine Neuausrüstung durch die aktuelle Betreiberin/Hardware-Lieferantin vorgenommen werden.

#### **E. 8.2**

Betreffend den Oberen Hauenstein Tunnel und das Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg ist kein Vorabbezug zu gewähren.

#### **E. 8.3**

Betreffend das Vorprojekt Gotthard Basistunnel ist der Vergabestelle ein Vorabbezug für Leistungen in der Höhe von Fr. 2.8 Mio. zu gewähren, wobei sich der Betrag entsprechend erhöht, wenn mehrere Anbieterinnen beigezogen werden. Dabei ist die Vergabestelle darauf hinzuweisen, dass das Vorprojekt nicht präjudizierend sein darf für den eigentlichen Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard Basistunnel (vgl. E. 6.4.1 hiervor). Es ist dabei der Vergabestelle überlassen, ob sie das Vorprojekt nur mit der Zuschlagsempfängerin oder mit zwei in Frage kommenden Technologien bzw. Anbieterinnen durchführt. Dabei ist sicherzustellen, dass für den Fall, dass der Aufwand für das Vorprojekt Fr. 3.5 Mio. (und damit die Ausgaben gemäss Vorabbezug wohl auch Fr. 5 Mio.) überschreitet, dies dem Gericht angezeigt wird.

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