

BVGer B-5500/2021 vom 6. April 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-04-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5500_2021

FR: TAF B-5500/2021 du 6 avril 2022

IT: TAF B-5500/2021 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. Zeitkritische Projekte seien der Gotthard-Scheiteltunnel, das Vorprojekt Gotthard Basistunnel, Zürich Kernnetz Wipkingen Käferberg und Oberer Hauenstein Tunnel (Vernehmlassung, Rz. 94 ff.). Nachfolgend ist somit zuerst die Dringlichkeit der als von der Vergabestelle als am dringlichsten eingestuften Projekte zu prüfen.

E. 4.4.1

Die Vergabestelle argumentiert, der Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel sei durch den Bau der zweiten Röhre des Gotthard Strassentunnels terminiert. Der Aushub der zweiten Röhre des Gotthard Strassentunnels 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 Scheiteltunnel müssten bei einer Projektdauer von 18 Monaten bereits im ersten Quartal des Jahres 2022 beginnen (Vernehmlassung, Rz. 96 f.; Duplik Vergabestelle, Rz. 22). 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. 99; Duplik Vergabestelle, Rz. 22).

E. 4.4.2

Dem entgegnet die Beschwerdeführerin, aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich keine Priorisierung des Gotthard-Scheiteltunnels. So liessen sich im Dokument "Leistungsumfang", Kapitel 3.5 "Übersicht betroffene Tunnel" alle relevanten Tunnel und damit auch der Gotthard-Scheiteltunnel finden. Zudem werde auch im Kapitel 4.2 "Vorläufiger Projektplan" keine Priorisierung des Gotthard-Scheiteltunnels getroffen (Replik, Rz. 34). Es falle auf, dass sich die Vergabestelle für die Projektplanung der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel ausschliesslich auf intern definierte Zeitplanungen berufen habe, die aus den Jahren 2020 und 2021 stammten, also aus einer Zeit, während der die Ausschreibung bereits lief. Diese internen Planungen seien verspätet und würden kein überwiegendes Interesse darzulegen vermögen (Stellungnahme zur

Duplik, Rz. 11).

E. 4.4.3.1

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 (vgl. Vernehmlassung, Rz. 96). Die Arbeiten zum Ersatz der Tunnelfunkanlage im Scheiteltunnel müssen bei einer Projektdauer von ungefähr 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. 96 f.; Duplik Vergabestelle, Rz. 22).

E. 4.4.3.2

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 (Duplik Vergabestelle, Rz. 22) 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. 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. 4.4.3.3

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. 4.4.4

Es ergibt sich somit, dass die Dringlichkeit in Bezug auf den 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 (Vernehmlassung, Rz. 100 ff.). Bereits in den Ausschreibungsunterlagen sei auf diese Dringlichkeit des Ersatzes der Tunnel funkanlage im Gotthard Basistunnel hingewiesen worden (Vernehmlassung, Rz. 103 ff.).

E. 4.5.2

Die Beschwerdeführerin stellt sich namentlich auf den Standpunkt, die Vorbringen der Vergabestelle zur Dringlichkeit würden vor den Ausschreibungsunterlagen nicht standhalten. In der Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang" sei im Kapitel 3.1 festgehalten worden, dass zum heutigen Zeitpunkt (Oktober 2020) die konkreten einzelnen Objekte mit ihren Terminen noch nicht eindeutig feststehen (Replik, Rz. 36 a.). In Kapitel 2 werde statuiert, dass die Erneuerung der Tunnel funkanlage im Gotthard Basistunnel bis Ende 2026 ein gewichtiger Schwerpunkt sei, weil er allein mehr als 40 Prozent, das heisst 114 aller 274 Tunnelkilometer ausmache, womit sich die Bezeichnung gewichtiger Schwerpunkt offensichtlich nur auf die Anzahl Kilometer beziehe (Replik, Rz. 36 b.). Die anfallenden Koordinations- und Vorbereitungsarbeiten könnten ausserdem durch erhöhten Personaleinsatz aufgefangen werden (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 13).

E. 4.5.3

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 beim Ersatz der Tunnel funkanlagen hoher Koordinationsbedarf mit dem Ersatz weiterer Gewerke besteht. Es ist daher nachvollziehbar, wenn dafür ausschliesslich bestimmte Zeitfenster vorgesehen werden können. Gemäss Kapitel 4.2 der Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang" vom 15. Oktober 2020 (Vernehmlassung, Beilage 3) 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. Angesichts der Komplexität der zu koordinierenden Arbeiten ist es auch nachvollziehbar, dass die Vergabestelle nicht durch späteren, aber erhöhten Personaleinsatz, wie ihn die Beschwerdeführerin vorschlägt, im Ergebnis teilweise auf die Trennung von Vorprojekt und eigentlichem Projekt verzichten will.

E. 4.5.4

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 würden (Vernehmlassung, Rz. 106) 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 mit sich bringen (Vernehmlassung, Rz. 107).

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 2022 (Auszug vom 18. Januar 2022; Vernehmlassung, Beilage 37) 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 Vorabbezugs 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. 109 f.).

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 39) 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 Sperren könne der Tunnel von einer reduzierten Anzahl Züge befahren werden. Während einigen Wochenenden seien Totalsperren des Tunnels unvermeidbar (Vernehmlassungsbeilage 39, S. 7 f.). 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. 4.8.1

Die Beschwerdeführerin hält zur Dringlichkeit schliesslich im Allgemeinen fest, diese ergebe sich nicht aus den Ausschreibungsunterlagen. Bei der Abbildung 11 der Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang" vom 15. Oktober 2020 handle es sich um einen vorläufigen Projektplan 2022-2028. Als Projektbeginn werde das Jahr 2022 bezeichnet (und nicht Anfang 2022). Im jetzigen Zeitpunkt liege also noch gar kein Verzug des "vorläufigen" Projektplans vor (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 13). Die Vergabestelle habe ihren ursprünglichen Projektplan bereits anpassen müssen. Es müsse deshalb auch möglich sein, mit der Vertragsunterzeichnung den Ausgang des vorliegenden Rechtsmittelverfahrens zuzuwarten (Replik, Rz. 35). Darüber hinaus sei die Beschwerdeführerin der Auffassung, dass der vorläufige Projektplan 2022-2028 erst recht aufzeige, dass das vorliegende Beschwerdeverfahren abgewartet werden könne. Es sollen nämlich 360 Remote Units über einen Zeitraum von 7 Jahren installiert werden. Davon sollten 8 Prozent, rund 29, im Jahr 2022 installiert werden. Selbst wenn durch das laufende Beschwerdeverfahren die Projektarbeiten erst Mitte oder Ende 2022 gestartet werden könnten, wäre es ohne weiteres möglich und zumutbar, dass diese 29 Units verteilt auf die folgenden 6 Projektjahre zusätzlich installiert werden (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 13).

E. 4.8.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, aus der Ausschreibungsunterlage "Leistungsumfang" vom 15. Oktober 2020 ergebe sich aus Abbildung 11, dass im Jahr 2022 bereits 8 Prozent der zu installierenden Remote Units in vier bis fünf Projekten realisiert werden müssten. Im Jahr 2023 kämen gemäss diesem Dokument weitere 11 Prozent hinzu (Duplik Vergabestelle, Rz. 28).

E. 4.8.3

Im Hinblick darauf, dass namentlich der Bau der zweiten Röhre und damit einhergehend der Ersatz der Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel sowie der Ersatz der Anlage im Gotthard Basistunnel prima facie von langer Hand geplant sind, ist nicht davon auszugehen, dass die Terminierung der Projekte nach der Ausschreibung vom 30. Oktober 2020 oder dem Zuschlag vom 26. November 2021 erfolgte. Die Planung ist insofern nicht flexibel und es ändert nichts an der Dringlichkeit, wenn die Ausschreibungsunterlagen keine konkreten Angaben dazu, welches Projekt wann und weshalb dringlich ist, enthalten. Auch die Tatsache, dass nur eine bestimmte Anzahl Remote Units im Jahr 2022 eingebaut werden solle, ändert nichts am fixen Terminplan dieser beiden Tunnel und der damit

einhergehenden Dringlichkeit betreffend die im Jahr 2022 fälligen Arbeiten.

E. 4.9

Zusammenfassend kann somit 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 einen Vorabbezug 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. 20) nicht derart ist, dass mit Blick auf diese in Bezug auf sämtliche vier Projekte ein Vorabbezug bewilligt werden müsste.

E. 5.1

Im Weiteren beanstandet die Beschwerdeführerin, die Dringlichkeit sei von der Vergabestelle selbst verschuldet. Das Interesse an einem raschen Vertragsschluss bestehe nicht, weil die Möglichkeit eines Beschwerdeverfahrens einzukalkulieren sei. Es sei zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um eine periodische Vergabe handle und die Lebenszyklen der in Betrieb stehenden Anlage von Beginn weg bekannt gewesen seien (Replik, Rz. 33). Die Vergabestelle habe den Einbezug eines Rechtsmittels fahrlässig unterlassen, da sie aufzeige, dass der Projektstart zum Gotthard-Scheiteltunnel zwingend im ersten Quartal 2022 erfolgen müsse (Replik, Rz. 34). Mit der Vorankündigung auf SIMAP am 9. Januar 2020 (Meldungsnummer 1111053) sei eine Publikation Mitte Mai 2020 vorgesehen gewesen. Die Ausschreibung sei aber dann erst am 30. Oktober 2020 erfolgt. Mit Berichtigung vom 16. Februar 2021 habe die Vergabestelle die Frist zur Einreichung der Angebote zudem um vier Wochen verschoben. Schliesslich sei die Zuschlagsverfügung erst am 27. November 2021 eröffnet worden (Replik, Rz. 35). Der Argumentation, wonach eine frühere Publikation wenig Sinn ergebe, weil sich die Technologie im Tunnelfunk rasch verändere, könne nicht gefolgt werden. Mit dem vorliegenden Auftrag solle primär die Versorgung von den Diensten GSM-R und LRZ/POLYCOM und schliesslich die Aufschaltung der Bänder der öffentlichen Mobilfunkbetreiber in den Bahntunneln sichergestellt werden. Die Priorität liege offensichtlich bei den erstgenannten beiden Diensten, welche für den Bahnbetrieb erforderlich seien. Für alle drei Dienste hätte bereits im Jahr 2018 oder 2019 eine Ausschreibung erfolgen können. Der rasche Technologiewandel betreffe wenn überhaupt nur den öffentlichen Mobilfunk. Das Future Railway Mobile Communication System FRMCS solle den Dienst GSM-R nicht ab 2025 ersetzen, sondern es sei in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen, diese beiden Dienste bis zu 10 Jahre parallel zu betreiben (Ziff. 3.2 Ausschreibung, "Leistungsumfang") (Stellungnahme zur Duplik, Rz. 14).

E. 5.2

Die Vergabestelle hält dem entgegen, es liege keine selbstverschuldete Dringlichkeit vor, denn die Vergabestelle habe das Projekt "Tunnelfunkanlage TFK 2020" rechtzeitig ausgeschrieben (Vorankündigung am 9. Januar 2020; Ausschreibung am 30. Oktober 2020) und das Vergabeverfahren so beförderlich wie möglich durchgeführt (Vernehmlassung, Rz. 112). Die gerügte Verschiebung der Eingabefrist um vier Wochen mittels Berichtigung vom 16. Februar 2021 sei von der Beschwerdeführerin verursacht worden, die trotz grosszügiger

Vorlaufzeit nicht in der Lage gewesen sei, ihr Angebot pünktlich zu erstellen. Dies und zahlreiche Rückfragen, die gestellt werden mussten, hätten schliesslich dazu geführt, dass der Zuschlag erst mit zweimonatiger Verspätung Ende November 2021 erfolgen konnte (Duplik Vergabestelle, Rz. 27). Eine frühere Publikation der Ausschreibung hätte aus Sicht der Vergabestelle wenig Sinn ergeben, da sich die Technologie im Bereich des Tunnelfunks rasch ändere. Die ausgeschriebene Tunnelfunkanlage solle beispielsweise auch das Future Railway Mobile Communication System (FRMCS) unterstützen, welches ab 2025 als Nachfolgelösung für das Bahnkommunikationssystem GSM-R eingeführt werde (Duplik Vergabestelle, Rz. 25).

E. 5.3.1

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. 5.3.2

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. 5.4

Die Interessensabwägung beim Vorabbezug (vgl. E. 2.2 hiervor) 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. 118).

E. 6.1.2

Zu ihrem Eventualantrag führt sie weiter aus, eine negativ präjudizierende Wirkung der Vergabe eines Bruchteils der Auftragssumme sei nicht ersichtlich. Die einzelnen Projekte, die im Rahmen der Ausschreibung vorgegeben würden, würden jeweils voneinander völlig unabhängige Tunnelfunkanlagen betreffen. Der Einbau einer Anlage der C._____ in einigen wenigen Tunneln, bei denen Dringlichkeit vorliege, verhindere nicht, dass nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens in den verbleibenden Tunneln Anlagen von anderen Herstellern eingebaut werden würden (Duplik Vergabestelle, Rz. 30). Eine vorzeitige Vergabe des Vorprojekts im Gotthard Basistunnel an die Zuschlagsempfängerin verhindere ausserdem nicht, dass das Ausführungsprojekt mit der Beschwerdeführerin erarbeitet werden könnte. Allfällige Doppelkosten für komponentenspezifische Konzeptanpassungen und zusätzliche Tunnelbegehungen gingen ohnehin zulasten der Vergabestelle und seien im Vergleich zu den Mehrkosten einer Verzögerung und Anpassung der Langintervallplanung im Gotthard Basistunnel vernachlässigbar. Es würden sowohl im Angebot der Beschwerdeführerin als auch in demjenigen der Zuschlagsempfängerin die D._____ AG und die E._____ AG auftreten, was die Doppelkosten voraussichtlich zusätzlich mindere (Duplik Vergabestelle, Rz. 32).

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, der von der Vergabestelle beantragte Teilzuschlag hätte offensichtlich negative präjudizierende Wirkung, zumal einmal begonnene Arbeiten der Beschwerdegegnerin im Gotthard Basistunnel wieder in den bisherigen Zustand zurückgebaut werden müssten (Replik, Rz. 40).

E. 6.3

Wie oben ausgeführt (vgl. E. 2.2) 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 insbesondere durch den Einsatz der Technologie der Subunternehmerin der Beschwerdegegnerin eine nicht mehr hinnehmbare präjudizierende Wirkung eintritt.

E. 6.4

Die bestehende Tunnelfunkanlage im Gotthard-Scheiteltunnel wurde nicht von der aktuellen Zuschlagsempfängerin erstellt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 21). Es ist daher gerechtfertigt, der Vergabestelle die Wahl zu lassen, ob sie die Wartung oder Beschaffung mit der bisherigen Anbieterin vorantreibt oder die in Frage stehende 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.

E. 6.5

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. 6.5.1

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. Umso weniger kommt es zu einem Rückbau, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht. 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. 6.5.2

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. 118; Duplik Vergabestelle, Rz. 30).

E. 7.2

Diese wohl mangelhafte Substantiierung rechtfertigt allerdings mit Blick auf die sich zumindest 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-5488/2021 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. den Anbieterpreis 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 maximal 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. 6.5.1 hiervor). Es ist dabei der Vergabestelle überlassen, ob sie das Vorprojekt nur mit der Zuschlagsempfängerin oder mit zwei in Frage kommenden Technologien 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.