

BVGer B-948/2025 vom 2. Juni 2025

Bundesverwaltungsgericht, 2025-06-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-948_2025

FR: TAF B-948/2025 du 2 juin 2025

IT: TAF B-948/2025 del 2 giugno 2025

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Gegenstand der vorliegenden Zwischenverfügung bildet das Gesuch der Vergabestelle vom 17. April 2025 um Bewilligung des teilweisen Vorabbezugs der ausgeschriebenen Stopfleistungen. Die Vergabestelle beantragt die Bewilligung, die ausgeschriebenen Stopfleistungen der Lose 1.3 und 1.4 für den Zeitraum vom 1. Januar 2026 bis 31. Dezember 2026 in Höhe von 30 Millionen Franken vorab zu beziehen, falls der Zuschlag bis 1. Mai 2025 oder eventuell bis 1. Juli 2025 nicht endgültig werde.

E. 1.2

Gegen den Ausschluss einer Anbieterin durch die Vergabestelle ist gemäss Art. 53 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1919 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1]) ab den einschlägigen Rechtsschutzschwellenwerten die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 52 Abs. 1 BöB). Soweit im Staatsvertragsbereich der Primärrechtsschutz greift (vgl. Art. 52 Abs. 2 BöB), entscheidet das Gericht auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und vorsorgliche Massnahmen (Art. 54 BöB; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-5341/2024 vom 19. Dezember 2024 E. 2.3 "Kleiderlogistik").

E. 1.3

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet die Vergabe von Bauleistungen mit der CPV-Klassifikation 45234116 für Gleisbauarbeiten. Konkret betrifft das Beschwerdeverfahren das Los 1.3 und das Los 1.4, welche Teil des Loses 1 "Stopfen Universal R < 150m, Einzelfehlerbehebung" der Ausschreibung vom 31. Mai 2024 (SIMAP-Meldungsnummern 1423723 und 1431009 [Berichtigung]; Projekt-ID 282269) sind. Somit fällt der öffentliche Auftrag insoweit sachlich gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 1 Ziffer 1 zum BöB prima facie in den Staatsvertragsbereich. Die Laufzeit des Vertrages wurde mit Beginn auf 1. Januar 2026 und mit Ende auf 31. Dezember 2029 gesetzt, mit der Option dreimal für zwei Jahre zu verlängern, woraus sich eine mögliche Gesamtlaufzeit von insgesamt 10 Jahren ergibt (vgl. Ausschreibungs-Ziffer 2.4). Dabei sieht die Vergabestelle einen Mehrfachzuschlag für die beiden strittigen Lose vor (Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 20). Der Schwellenwert für Beschaffungen von Bauleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB gemäss Ziff. 1.2 Anhang 4 zum BöB beträgt Fr. 8'000'000.-, welcher im vorliegenden Fall unbestrittenermassen deutlich überschritten wird.

E. 1.4

Im Ergebnis ist prima facie davon auszugehen, dass die vorliegende Beschaffung sowohl in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen als auch in den Staatsvertragsbereich fällt. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungs-verfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG).

E. 2.1

Zunächst ist grundsätzlich festzuhalten, dass im öffentlichen Beschaffungswesen bei der Prüfung eines Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, wenn keine offensichtlich unbegründete Beschwerde vorliegt (BVGE 2017 IV/3 E. 3.2 "Mobile Warnanlagen"). Die Vergabestelle hat im vorliegenden Fall keinen Antrag gestellt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung mit der Begründung zu verweigern, sie sei offensichtlich unbegründet (vgl. mutatis mutandis Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 2.3 "HP-Monitore"). Sie hat "nur" einen Vorabbezug wegen besonderer Dringlichkeit vorbehalten. Dementsprechend ist der Beschwerde mit Verfügung vom 17. März 2025 die aufschiebende Wirkung unter Vorbehalt eines allfälligen Vorabbezugs erteilt worden. Diese ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

E. 2.2

Ist ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ganz oder teilweise wegen Dringlichkeit abzuweisen, kann insoweit offenbleiben, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist (Zwischenverfügung des BVGer B-4959/2021 vom 27. Januar 2022 S. 5 mit Hinweisen "Weichenschleifarbeiten"). Das Konzept einer Vorabbezugsbewilligung baut dementsprechend darauf auf, dass über dieses ohne Prozessprognose entschieden werden kann (vgl. dazu E. 2.6 hiernach). Vorsorgliche Massnahmen können dabei auch in der Form ergehen, dass sie faktisch zu einer teilweisen Gewährung bzw. Nichtgewährung der aufschiebenden Wirkung führen (Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3 "HP-Monitore"; vgl. E. 3.3.4 hiernach). Dabei kann offen bleiben, ob im vorliegenden Fall in einer allfälligen Bewilligung eines Vorabbezugs nach Ergehen des Zwischenentscheidendes zur aufschiebenden Wirkung eine teilweise Wiedererwägung desselben zu sehen ist, nachdem im Zwischenentscheid vom 17. März 2025 das damals seitens der Vergabestelle bereits angekündigte Gesuch um Bewilligung eines Vorabbezugs schon ausdrücklich vorbehalten worden ist.

E. 2.3

Nach Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) wird das Verfahren bis zum Endentscheid durch den Abteilungspräsidenten oder den Instruktionsrichter geleitet. Die Verfahrensleitung durch den Instruktionsrichter ist die Regel (vgl. zur Unterzeichnung der entsprechenden Verfügungen Art. 29 Abs. 3 i.V.m. Art. 35 Abs. 3 des Geschäftsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 17. April 2008 [VGR; SR 173.320.1]).

E. 2.4

Über ein Gesuch um aufschiebende Wirkung entscheidet in Vergabesachen im Rahmen der Anfechtung einer Zuschlagsverfügung der zuständige Spruchkörper praxisgemäss in Dreierbesetzung, da dem Entscheid präjudizielle Wirkung für das Hauptverfahren zukommt (Zwischenentscheid des BVGer B-7753/2016 vom 1. Februar 2017, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/3, E. 1.5 "Mobile Warnanlagen"; vgl. zum Ganzen Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen). Demgegenüber ist im Rahmen der Anfechtung von Ausschreibungen, Abbruch- oder vor dem Zuschlag ergangenen separaten Ausschlussverfügungen der Instruktionsrichter zuständig, da der Vertragsschluss mit einer Konkurrentin nicht unmittelbar bevorsteht (Zwischenentscheid des BVGer B-4355/2024 vom 9. September 2024, E. 2.2 "Schliessanlagen Gebietseinheiten 1 und 3").

E. 2.5

So oder anders liegt es in der Kompetenz des Instruktionsrichters, über Begehren der Vergabestelle betreffend einen teilweisen Vorabbezug der ausgeschriebenen Leistungen zu befinden. Dies unter der Voraussetzung, dass Dringlichkeit geltend gemacht wird, die betroffenen Leistungen teilbar sind und der beantragte Leistungsbezug nur einen vergleichsweise kleinen, nicht übermässig präjudizierenden Teil des Beschaffungsgegenstands betrifft (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-5488/2021 vom 6. April 2022 E. 2.2 "Mobilfunk in Bahntunneln I"; Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Fn. 3117). Gemessen am Gesamtauftrag der bedeutendste Vorabbezug war bisher derjenige zugunsten der SBB für infrastrukturelevante Arbeiten im Umfang eines Sechstels der Auftragssumme (Zwischenverfügung des BVGer B-3374/2023 vom 3. August 2023, S. 7 "Widerruf SBB"). Dabei wird keine Hauptsachenprognose gemacht, da diese (bei Anfechtung eines Zuschlags) praxisgemäss dem Dreierspruchkörper vorbehalten ist (vgl. E. 2.4 hiervor), sondern es wird lediglich eine Interessenabwägung vorgenommen (vgl. Zwischenverfügungen des BVGer B-4959/2021 vom 27. Januar 2022, S. 6 "Weichenschleifmaschinen", B-3238/2021 vom 20. September 2021 S. 5 "Google / Public Cloud" und B-3580/2021 vom 8. September 2021 S. 3 "Identity and Access Management [IAM]").

E. 2.6

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 des BVGer B-5488/2021 vom 6. April 2022 E. 4.1 "Mobilfunk in Bahntunneln I", B-3238/2021 vom 20. September 2021 S. 5 "Google / Public Cloud" und B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 4.1 "HP-Monitore"; vgl. zum Ganzen Manuel Kreis, Etablierung sog. Teilfreigaben in Vergabeverfahren, in: dRSK, publiziert am 11. März 2022, Rz. 12).

E. 3

Im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Gesuch um teilweisen Vorabbezug stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, ob im Rahmen der Anfechtung einer Ausschlussverfügung - mithin vor Erlass einer Zuschlagsverfügung - eine Vorabbezugsbewilligung erteilt werden kann.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 zum Vorabbezugsgesuch der Vergabestelle geltend, dass Vorabbezugsbewilligungen durch das Bundesverwaltungsgericht in der bisherigen Praxis ausschliesslich im Rahmen von Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen erteilt wurden, und führt folgende Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts an: B-5488/2021; B-4959/2021; B-5500/2021; B-3374/2023; B-5500/2023; B-6985/2023; B-4450/2024; B-4460/2024; B-486/2025. In keinem dieser Fälle sei das Anfechtungsobjekt der Ausschluss eines Teilnehmers durch eine Verfügung der Vergabestelle, wie es vorliegend der Fall sei (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 1.2).

E. 3.2

Die Vergabestelle widerspricht in ihrer Eingabe vom 7. Mai 2025 der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, dass ein Vorabbezug nur zulässig sein solle, wenn sich das erstinstanzliche Vergabeverfahren nach dem Zuschlag befinde (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 14). Dabei führt sie als Argument an, dass es schliesslich im Ermessen der Vergabestelle liege, ob sie eine Anbieterin implizit mit der Zuschlagsverfügung oder bereits zuvor - mittels gesonderter Verfügung - ausschliesse. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass sie bei einer separaten Eröffnung der Ausschlussverfügung auf ungewisse Zeit blockiert werden solle (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 15).

E. 3.3.1

Die Beschwerdeführerin weist zunächst zutreffenderweise darauf hin, dass Vorabbezugsbewilligungen durch das Bundesverwaltungsgericht in der bisherigen Praxis ausschliesslich im Rahmen von Beschwerden gegen Zuschlagsverfügungen erteilt worden sind. Daraus leitet sie ab, dass Vorabbezugsbewilligungen nur nach Erteilung des Zuschlags in Frage kommen. Die im Verfahren B-3526/2013 "HP-Monitore" (siehe die Zwischenverfügungen des BVGer vom 16. August 2013 und vom 5. Dezember 2013) erstmals dogmatisch grob eingeordnete Praxis der Vorabbezugsbewilligung ist eine sich am Verhältnismässigkeitsgrundsatz orientierende Reaktion auf die typische Ausgangslage, in der nach erfolgter Zuschlagserteilung durch die Vergabestelle der effektive Vertragsvollzug aufgeschoben wird, solange die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde fortbesteht (vgl. Galli/ Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen). Eine solche vorsorgliche Massnahme in Form eines Vorabbezugs erweist sich im Speziellen als sinnvoll, um den Effekt einer Anordnung betreffend die aufschiebende Wirkung einzelfallgerecht zu differenzieren (vgl. Regina Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., 2019, Art. 56 Rz. 3). Dogmatisch ist die Bewilligung eines teilweisen Vorabbezugs auch als Eventualbegehren zum Antrag der Vergabestelle auf Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung möglich (Zwischenverfügung des BVGer B-3374/2023 vom 3. August 2023, S. 7 f. "Widerruf SBB").

E. 3.3.2

Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin lässt sich aus der bisherigen Praxis nicht ableiten, dass das Instrument der Vorabbezugsbewilligung ausschliesslich im Rahmen der Anfechtung einer Zuschlagsverfügung denkbar ist. Vielmehr handelt es sich hierbei um eine vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 56 VwVG, die als solche grundsätzlich nicht auf Zuschlagsverfügungen im Sinne von Art. 53 Bst. e BÖB beschränkt ist.

E. 3.3.3

Ziel der Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist es, die Effektivität des Rechtsschutzes zu gewährleisten. Primär müssen sie somit Entscheidungsfreiheit des Gerichts in der Hauptsache offenhalten (Sicherungsfunktion). Unter Vorbehalt der Sicherungsfunktion ist sodann eine angemessene Übergangslösung (*modus vivendi*) zu finden, die (insbesondere prohibitive) Härten mildert (vgl. Benjamin Märkli, Die aufschiebende Wirkung im öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone, 2022, Rz. 150 f., 311 ff. und 329 ff.). In Bezug auf die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen geht die Rechtsprechung davon aus, dass einerseits dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (vgl. Urteile des BGer 2D_2010 vom 20. Mai 2010 E. 2.2 und 2P.103/2006 29. Mai 2006 E. 4.2.1; BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen"). Andererseits sollen Zustände verhindert werden, die das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 in fine "Mobile Warnanlagen"). Auch diese Überlegungen sind nicht auf die Anfechtung von Zuschlagsverfügungen beschränkt.

E. 3.3.4

Ziel des Instruments der Vorabbezugsbewilligung als vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 56 VwVG ist es also, der Vergabestelle in Situationen mit überwiegendem öffentlichem Interesse zu ermöglichen, vorab dringenden Bedarf zu decken, wenn eine Beschwerde andernfalls zu unverhältnismässigen Verzögerungen oder schwerwiegenden Nachteilen für die öffentliche Hand führen würde. Dies gilt namentlich bei dauerndem oder regelmässigem Bedarf (Zwischenverfügung des BVGer B-3238/2021 vom 20. September 2021 "Google / Public Cloud"; vgl. E. 2.6 hiervor). Darum gilt auch insoweit, dass selbstverschuldete Dringlichkeit nicht dazu führen kann, 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 (Zwischenverfügung des BVGer B-3374/2023 vom 3. August 2023 S. 6 "Widerruf SBB"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 in fine). Die Vorabbezugsbewilligung ist zeitlich begrenzt und steht - soweit möglich und umsetzbar - unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Entscheidung in der Hauptsache. Im Falle der Erteilung darf die Vorabbezugsbewilligung also nicht über Gebühr präjudizierend sein. Anordnungen betreffend die aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen gehen in diesen Fällen im Ergebnis ineinander über (Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3. mit Hinweisen "HP-Monitore"; vgl. Martin Zobl, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Rz. 9 zu Art. 54 BöB; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1342 mit Fn. 3120; vgl. auch E. 2.2 hiervor). Daraus ergibt sich, dass es bei der Vorabbezugsbewilligung nicht in erster Linie auf die Art des beschaffungsrechtlichen Anfechtungsobjekts nach Art. 53 Abs. 1 BöB ankommt, sondern vielmehr auf den konkreten Bedarf bzw. die konkrete Interessenlage, welche - unter gewissen Voraussetzungen auch unabhängig von der Frage, ob der Zuschlag schon erteilt ist oder nicht - Anlass geben kann, als vorsorgliche Massnahme gemäss Art. 56 VwVG einen Vorabbezug zu bewilligen. Damit ist nicht weiter auf die Frage einzugehen, inwieweit eine anders lautende Konzeption im Interesse einer Beschwerdeführerin ist, welche den Ausschluss anfechtet. Es würde sich insoweit die Frage stellen, ob die bisher geltende instruktionsrichterliche Anordnung, wonach der Zuschlag einstweilen nicht erteilt werden darf, aufzuheben wäre, um der Vergabestelle eine Vorabbezugsbewilligung erteilen zu

können. Dass eine Vorabbezugsbewilligung auch bei Anfechtung eines Ausschlusses sinnvoll umgesetzt werden kann, gilt jedenfalls für den vorliegenden Fall, der dadurch gekennzeichnet ist, dass die Ausschreibung selbst nicht angefochten ist und die Offerten der Anbietenden unbestrittenermassen bereits eingegangen sind. Damit erscheint es möglich, den Kreis der in Frage kommenden Anbietenden sachgerecht zu begrenzen. Auch ist der Vergabestelle dahingehend beizupflichten, dass sie es - jedenfalls im offenen Verfahren - in der Hand hat, ob sie den Ausschluss im Rahmen des Zuschlags oder mit einer separat anfechtbaren Verfügung anordnet (vgl. dazu grundlegend den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 449 f.; Zobl, a.a.O., Rz. 17 zu Art. 53 BöB). Damit schliesst der Umstand, dass eine Ausschlussverfügung im Sinne von Art. 53 Bst. h BöB angefochten ist, ein Begehren um die Bewilligung eines Vorabbezugs prima facie nicht aus.

E. 4.1

Im Zusammenhang mit dem Gesuch um teilweisen Vorabbezug stellt sich weiter die Frage, ob die Vergabestelle im Rahmen einer Vorabbezugsbewilligung nicht nur den Umfang des Vorabbezugs beziffern muss (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-486/2025 vom 26. März 2025 S. 9 "Digitalisierung ESTV"), sondern auch die Anbieterin bzw. den Kreis der Anbietenden beschreiben muss, der berücksichtigt werden soll.

E. 4.2

Die Vergabestelle stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, sie sei grundsätzlich frei bei der Wahl der Anbieterinnen, von denen sie Leistungen vorab bezieht. Dies sofern der Rechtsschutz der Beschwerdeführerin nicht (meint: in einer den Endentscheid im vorliegenden Verfahren aufgrund des Umfangs des Vorabbezugs über Gebühr präjudizierender Weise) beeinträchtigt wird (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 4). Nur der guten Ordnung halber erläutere die Vergabestelle (impliziert: auf instruktionsrichterliche Aufforderung hin) daher, dass sie ihren Bedarf für Stopfleistungen für das Jahr 2026 bei allen nicht ausgeschlossenen bzw. auszuschliessenden Anbieterinnen des laufenden Beschaffungsverfahrens zu decken beabsichtigt (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 19).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin rügt demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 zum Gesuch um Vorabbezug (Rz. 1.2 f.), dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht begründe, an wen und in welchem Verfahren die - Gegenstand der Vorabbezugsbewilligung bildenden - Leistungen vergeben werden sollen. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass im aktuellen Stadium eine völlige Wahlfreit im Sinne einer "carte blanche" in Bezug auf die Auftragnehmerin für den Vorabbezug nicht verhältnismässig erscheine. Würden seitens der Vergabestelle in der Situation, dass noch keine Zuschlagsempfängerin bestimmt ist, keine näheren Angaben gemacht zum Anbieterkreis, der im Rahmen des Vorabbezugs berücksichtigt werden soll, würde gegen den Grundsatz des Beschaffungsgesetzes mit Blick auf die Wahl des vorteilhaftesten Angebots und damit gegen das Legalitätsprinzip verstossen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 1.2). Der Auffassung der Beschwerdeführerin nach muss das Gesuch um teilweisen Vorabbezug eines laufenden Vergabeverfahrens als Teilzuschlag gesehen werden, was bedeutet, dass die Wahl des Vertragspartners für den Vorabbezug nach denselben Modalitäten erfolgen muss,

die für die ganze Beschaffung vorgesehen sind (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 1.2).

E. 4.4

Die Vergabestelle repliziert darauf in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025, dass der Antrag der Beschwerdeführerin, die Gewährung von Notbedarfsleistungen an die Bedingung zu knüpfen, dass der öffentliche Auftraggeber das von der ausgeschlossenen Beschwerdeführerin eingereichte Angebot zu berücksichtigen und zu bewerten habe, finde weder im Recht noch in der Praxis eine Grundlage und sei abzulehnen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 8). Dabei stellt die Vergabestelle insbesondere fest, dass sie mit ihren Anträgen aus ihrer Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 implizit einen Vorabbezug ohne Nebenbindungen und Auflagen zur Wahl der Auftragnehmerin beantragt habe (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 8). Der Auffassung der Vergabestelle nach widerspreche eine solche Anforderung dem Sinn und Zweck des Vorabbezugs. Müsse die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin berücksichtigen und bewerten, wäre mit dieser zuerst eine umfangreiche Bereinigung des Angebots durchzuführen, die voraussichtlich mindestens zwei Monate in Anspruch nehmen würde. Mit dieser Verzögerung sei es der Vergabestelle nicht möglich, die Instandhaltungsintervalle so frühzeitig wie erforderlich zu planen und die Sicherheit der Reisenden sicherzustellen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 9).

E. 4.5

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auf die Argumentation zurückkommt, dass vor Ergehen des Zuschlags kein Vorabbezug möglich ist, kann auf Erwägung 3.4 hiervor verwiesen werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist demgegenüber die Frage zu beantworten, ob die Vergabestelle - um bei ihrer Terminologie zu bleiben - eine Vorabbezugsbewilligung "ohne Nebenbindungen und Auflagen zur Wahl der Auftragnehmerin" zu beantragen befugt ist. Dabei ist sachverhaltlich unbestritten, dass die Evaluation der Anbietenden im vorliegenden Fall noch nicht vollständig erfolgt ist, womit auch nach der Darstellung der Vergabestelle noch keine Zuschlagsempfängerinnen für die Lose 1.3 und 1.4 designiert sind. Separat zu prüfen ist wiederum die Frage, ob die Vergabestelle verpflichtet ist, im Rahmen des Vorabbezugs das Angebot der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen (vgl. E. 5 hiernach).

E. 4.6

Die Vergabestelle weist zutreffend darauf hin, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, dringenden Bedarf zu decken. Eine Möglichkeit besteht beispielsweise darin, die nachgefragten Leistungen bei der bestehenden Vertragspartnerin bzw. bisherigen Zuschlagsempfängerin zu beziehen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 17 mit Hinweis auf die Zwischenverfügung des BVGer B-5488/2021 vom 6. April 2022 E. 6.3 "Mobilfunk in Bahntunneln I"). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin muss die Vergabestelle das Vergabeverfahren bzw. die Evaluation aber nicht zu Ende führen, um unter den Anbietenden des laufenden Beschaffungsverfahrens eine geeignete Anbieterin zu bestimmen. Vielmehr ist die Vergabestelle prima facie befugt, auch ohne Abschluss des Verfahrens unter denjenigen Anbietenden, die eine Offerte eingereicht haben, mehrere zu bestimmen, die die im Rahmen des Vorabbezugs benötigten Leistungen erbringen, wie dies die Vergabestelle im vorliegenden Fall ins Auge fasst. Die Vergabestelle weist in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass sie auch im

strittigen Vergabeverfahren selbst mit dem Konzept des Mehrfachzuschlags operiert (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 20). Dabei darf sie jedenfalls grundsätzlich auch berücksichtigen, ob Anbietende aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Ähnlich wie bei der freihändigen Vergabe wegen Dringlichkeit gestützt auf Art. 21 Abs. 2 Bst. d BÖB rückt auch im Rahmen einer Vorabbezugsbewilligung die Wirtschaftlichkeit gegenüber anderen Zielsetzungen des Beschaffungsrechts in den Vordergrund (vgl. diesbezüglich zu freihändigen Vergaben generell die Zwischenentscheide des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/19, E. 4.1 "Microsoft" und B-5729/2009 vom 15. Oktober 2009 E. 4.1 "Projekt openCONTROL+"; siehe dazu auch Ruth Aeschbacher/Rebekka Krebs, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Rz. 4 zu Art. 21 BÖB). Der Wirtschaftlichkeitsbegriff ist dabei weiter gefasst als die Frage nach dem vorteilhaftesten Angebot im Sinne von Art. 41 BÖB (Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 4.4; Marco Fetz/Marc Steiner, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI: Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020, S. 560 ff., Rz. 46). Das erhellt etwa aus dem Umstand, dass nach den Vergabekriterien des laufenden Beschaffungsverfahrens, die die Beschwerdeführerin als massgebend verstanden wissen will, die Frage, wie schnell welche Maschinen zur Verfügung stehen, wohl nicht die Bedeutung zugemessen wird, die der Zielsetzung der Vorabbezugsbewilligung entspricht. Damit geht die Beschwerdeführerin fehl in der Annahme, dass die Vergabestelle durch das geplante Vorgehen rechtswidrig handelt. Insbesondere muss sie nicht das Vergabeverfahren zu Ende führen, um zum Vorabbezug zugelassen zu sein. Zudem wird durch umfassendere Wirtschaftlichkeitsabwägungen im Rahmen eines Vorabbezugs Art. 41 BÖB (und damit auch das Legalitätsprinzip) nicht verletzt.

E. 4.7

Mit dem Gesagten ist indessen die zweite Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle, indem sie die Angaben zur Frage, nach welchen Gesichtspunkten sie bei welchen Anbietenden Leistungen beziehen will, gegenüber dem Gericht für nicht erforderlich hält, Anspruch auf eine eigentliche "carte blanche" erhebt, noch nicht abgehandelt. Gerade in einer solchen Konstellation ist darauf zu achten, dass Missbräuche vermieden werden. Die Vorgabe eines Höchstbetrags (vgl. dazu Zwischenverfügung des BVGer B-486/2025 vom 26. März 2025 S. 9 "Digitalisierung ESTV" und E. 4.1 hiervor) und die zeitliche Limitierung eines Vorabbezugs (vgl. insoweit zur freihändigen Vergabe wegen Dringlichkeit etwa Robert Wolf, Freihändige Beschaffungen - Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127 ff., insb. S. 140) dienen entgegen der Rechtsauffassung der Vergabestelle nicht nur der Verhinderung einer unerwünschten Präjudizierung des Beschwerdeverfahrens, sondern sind auch Ausfluss des Governanceverständnisses des Vergaberechts (vgl. dazu allgemein Fetz/Steiner, a.a.O., Rz. 46a). Dementsprechend wird auch bei Dringlichkeitsfreihändern erwartet, dass sowohl die Angaben zur berücksichtigten Anbieterin publiziert werden (Art. 48 Abs. 6 Bst. e BÖB) als auch eine entsprechende Dokumentation erstellt wird (Art. 21 Abs. 4 BÖB). Der Beschwerdeführerin ist somit dahingehend beizupflichten, dass eine eigentliche "carte blanche", wie sie sich die Vergabestelle im Ergebnis wünscht, nicht dem Konzept der Bewilligung eines Vorabbezuges entspricht.

E. 4.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Beschwerdeführerin nicht zu folgen ist, soweit sie geltend macht, dass die Vorabbezugsbewilligung als Teilzuschlag aufzufassen ist, soweit damit die Erwartung formuliert ist, dass ein Vorabbezug erst nach durchgeführter Evaluation anhand der für die definitive Vergabe des gesamten Auftrags massgebenden Zuschlagskriterien bewilligt werden kann. Eine Verletzung von Art. 41 BöB, wonach der Zuschlag an das vorteilhafteste Angebot zu erteilen ist, liegt nicht vor. Hingegen ist der Beschwerdeführerin dahingehend beizupflichten, dass die Vergabestelle nicht bloss "der guten Ordnung halber" bzw. aus Kulanz mitgeteilt hat, dass sie beabsichtigt, ihren Bedarf an Stopfleistungen für das Jahr 2026 bei allen nicht ausgeschlossenen bzw. auszuschliessenden Anbieterinnen zu decken (siehe die Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 19, und E. 4.2 hiervor).

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Vergabestelle selbst unter der Annahme, dass sie nicht das ganze Vergabeverfahren zu Ende führen muss, was das Gericht soeben festgestellt hat, jedenfalls nicht sie selbst von vornherein ausschliessen dürfe, weil darin ebenfalls eine unerwünschte Präjudizierung des Beschwerdeverfahrens zu sehen sei (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 1.2 f.). Ausserdem sei in der Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin im Rahmen des Vorabbezugs auch eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots zu sehen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 4.7; siehe auch die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2025, S. 6 f.).

E. 5.2

Die Vergabestelle führt dazu aus, der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, eine allfällige "Notbedarfsgenehmigung" sei an die Bedingung zu knüpfen, das Angebot der Beschwerdeführerin für den Notbedarf in Betracht zu ziehen, sei abzulehnen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 22). Die von der Beschwerdeführerin beantragte "formale Bedingung" käme mit Blick auf die in mehreren Punkten erforderliche aufwendige Offertbereinigung im Ergebnis einer Ablehnung des Notbedarfs gleich (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 24). Auch könne die Beschwerdeführerin aus der Tatsache, dass sie bereits Leistungen für die Vergabestelle erbracht habe, im vorliegenden Zusammenhang nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 25).

E. 5.3.1

Der Beschwerdeführerin ist zunächst zuzubilligen, dass auch die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung eines bestimmten Unternehmens prima facie geeignet sein kann, den Ausgang des Hauptverfahrens in unerwünschter Weise zu präjudizieren. In diesem Sinne hat das Bundesverwaltungsgericht etwa bei einem Rahmenvertrag mit mehreren Zuschlagsempfängerinnen im Zuge der Bewilligung eines Vorabbezugs dem Eventualbegehren der Beschwerdeführerin stattgegeben, wonach diejenige Konkurrentin, die nach der Argumentation der Beschwerde den Zuschlag verliert, einstweilen ebenso wenig zum Zuge kommen soll wie die Beschwerdeführerin selbst (Zwischenverfügung des BVGer B-486/2025 vom 26. März 2025 S. 9 f. "Digitalisierung ESTV"). Es kann sich auch die Frage stellen, ob der Vorabbezug bei der bisherigen Anbieterin, die nicht zugleich Zuschlagsempfängerin für die Neuvergabe ist, weniger präjudizierend ist als der Vorabbezug bei der neuen Zuschlagsempfängerin. Das bedeutet aber in der Regel nicht,

dass die Vergabestelle über die angefochtene Verfügung hinausgehend gesondert begründen muss, warum sie die Beschwerdeführerin bzw. ihre Offerte nicht berücksichtigen will (Zwischenverfügung des BVGer B-3374/2023 vom 3. August 2023, S. 7 "Widerruf SBB"). Da die Vergabestelle indessen dazu Ausführungen macht, ist auf diese im Folgenden kurz einzugehen.

E. 5.4

Soweit sich die Vergabestelle zur Begründung der Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin - in den Worten derselben - auf die ihr angeblich zustehenden "carte blanche" stützt, hat das Gericht bereits festgestellt, dass die Vergabestelle mit ihrer Argumentation nicht durchdringt (vgl. E. 4.7 hiervor). Die Vergabestelle macht indessen sachverhätlich geltend, die Offerte der Beschwerdeführerin sei bereinigungsbedürftig, womit deren Berücksichtigung den Vorabbezug im Ergebnis verhindere. Soweit sie jede Form des Bereinigungs- und Evaluationsbedarfs zu ihren Gunsten in die Waagschale werfen will, setzt sich die Vergabestelle prima facie in einen gewissen Widerspruch zu ihrem Argument, wonach die Durchführung des ganzen Vergabeverfahrens nicht Voraussetzung ist für die Bewilligung eines Vorabbezugs (vgl. E. 4.6 hiervor). In Bezug auf die Offerte der Beschwerdeführerin erscheint indessen prima facie nachvollziehbar, dass insoweit schon aufgrund des niedrigen Preises ein erhöhter Aufwand im Rahmen der Offertbereinigung anfällt (vgl. zum Offertpreis E. 6.1 hiernach). Damit ist die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin im Rahmen des beantragten Vorabbezugs jedenfalls nicht zu beanstanden. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2025, S. 8), ist prima facie nicht ersichtlich. Vielmehr wird insoweit Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt.

E. 5.5

Nach dem Gesagten ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass die Vergabestelle in Ihrer Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 (S. 5) geltend macht, ihr sei eine weitere Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin (meint: insbesondere aufgrund von Korruptions- und Kollusionsvorwürfen nebst der Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen etc.) nicht mehr zuzumuten. Immerhin sei am Rande erwähnt, dass die erhobenen Vorwürfe prima facie schwer wiegen, dass die Beschwerdeführerin zur Beurteilung notwendige Dokumente im Rahmen der Korrespondenz mit der Vergabestelle äusserst zurückhaltend vorgelegt hat und dass auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren wichtige Unterlagen wie etwa ein Urteil aus Dänemark nach wie vor ausstehend sind. Schliesslich bemerkt die Vergabestelle dazu, dass es auffallend erscheint, dass die Beschwerdeführerin als europäische Unternehmerin in ihrer Beschwerde auf keine sogenannten Selbstreinigungsbemühungen hinweist (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. April 2025, S. 41 ff. i.V.m. S. 44), die nach europäischem Recht gemäss Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 allenfalls den Ausschluss abzuwenden vermögen.

E. 6

Nachdem aufgrund des Gesagten feststeht, dass ein Antrag auf Erteilung einer Vorabbezugsbewilligung grundsätzlich zulässig ist, ist im Folgenden über die Dringlichkeit zu befinden und gegebenenfalls der Umfang des Vorabbezugs zu bestimmen. Diesbezüglich wirft die Beschwerdeführerin die Frage auf, ob die Höhe des Bedarfs für das Jahr 2026 mit 30 Millionen Franken richtig berechnet ist. Auf diese Frage ist vorab einzugehen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025 den von der Vergabestelle eingesetzten Betrag mit Blick auf den Umstand, dass ihre eigene Offerte sowohl für das Los 1.3 als auch für das Los 1.4 sehr deutlich günstiger sei. Die Vergabestelle könne die Differenz zwischen diesen Zahlen nicht erklären (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 7. Mai 2025, Rz. 4.2).

E. 6.2

Die Vergabestelle macht zur Berechnungsgrundlage des Vorabbezugs geltend, das Angebot der ausgeschlossenen Beschwerdeführerin sei als Referenzpunkt für die Verhältnismässigkeit ungeeignet. Massgebend sei die Vergütung, die an alle Unternehmen (die Ausschreibung erlaubt ein Mehrfachzuschlag) zu zahlen wäre, welche von der Vergabestelle für die Erbringung der vorab zu erbringenden Leistungen ausgewählt werden. Eine Anbieterin allein wäre - schon aufgrund des begrenzten Maschinenparks - nicht in der Lage, alle erforderlichen Stopfarbeiten durchzuführen. Auch seien in der Berechnung der Beschwerdeführerin die Zuschläge und Zusatzleistungen nicht miteinkalkuliert (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 49).

E. 6.3

Auf instruktionsrichterliche Nachfrage zum Offertöffnungsprotokoll hin erklärte sich die Vergabestelle bereit, der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 28 VwVG folgenden Text offenzulegen: «In Los 1.3 entfällt auf die potenziellen Zuschlagsempfängerinnen für das Jahr 2026 eine Zuschlagssumme von CHF 20.3 Millionen, in Los 1.4 von CHF 8.8 Millionen. Daraus ergibt sich prima facie ein Gesamtbetrag in Höhe von CHF 30 Millionen, der als maximal möglicher Umfang des Vorabbezugs für die Lose 1.3 und 1.4 betrachtet werden könnte.» Daraus ergibt sich nach der Schätzung der Vergabestelle der für den Vorabbezug massgebende Betrag. In ihrer Stellungnahme vom 19. Mai 2025 (S. 8) diskutiert die Beschwerdeführerin diese Angaben nicht mehr, betont indessen, die Zahlen betreffend ihre eigene Offerte entgegen anders lautender Behauptung der Vergabestelle korrekt berechnet zu haben. Aufgrund der offen gelegten Daten ergibt sich, dass es im Ermessensspielraum der Vergabestelle liegt, sich an den Offerten der potenziellen Zuschlagsempfängerinnen zu orientieren, nachdem bereits gerichtlich festgestellt worden ist, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet ist, die Beschwerdeführerin im Rahmen des Vorabbezugs zu berücksichtigen (vgl. E. 5.4 hiervor). Auch darin ist weder eine Verletzung von Art. 2 Bst. a BöB noch von Art. 41 BöB zu sehen.

E. 7

Nachdem nun die Berechnungsgrundlage für den Vorabbezug ausser Streit gestellt ist, ist die Dringlichkeit zu beurteilen. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Vorabbezug dem Eventualantrag der Beschwerdeführerin zu halbieren ist, indem zumindest einstweilen nur eine Halbjahrestranche freigegeben wird.

E. 7.1

Dass die in Frage stehenden Stopfarbeiten einem regelmässigen Bedarf der Vergabestelle entsprechen (vgl. E. 2.6 hiervor), erscheint offensichtlich. Das Stopfen ist eine Methode zur Instandhaltung der Gleise, dank welcher Unebenheiten in der Höhe und horizontale Verschiebungen der Gleisanlage durch Anheben oder Verschieben des Gleises sowie Unterfüttern der Bahnschwellen mit Schotter beseitigt werden (vgl. Beschwerdeantwort

vom 17. April 2025, Rz. 194). Die Vergabestelle beruft sich insoweit unwidersprochen auf die Fachliteratur, in welcher ausgeführt wird, dass eine gleichmässige Altersverteilung bei den Gleisen mit einer Restlebensdauer von 50 % lediglich durch jährliche Stopfleistungen zu erreichen ist (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. April 2025, Rz. 40 mit Hinweis auf Holzfeind/Marschnig/Renggli, Netzweite Investitions- und Instandhaltungsstrategien, ETR 06/2012). Es stellt sich im Folgenden demnach "nur" die Frage, wie lange mit den anstehenden Stopfleistungen zugewartet werden kann.

E. 7.2.1

Die Vergabestelle beantragt in ihrer Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 die Bewilligung, die ausgeschriebenen Stopfleistungen der Lose 1.3 und 1.4 für den Zeitraum vom 1. Januar 2026 bis 31. Dezember 2026 in Höhe von 30 Millionen Franken vorab zu beziehen, falls der Zuschlag bis 1. Mai 2025 oder eventuell bis 1. Juli 2025 nicht endgültig wird.

E. 7.2.2

Nach dem Konzept der Vergabestelle sollen mit den streitgegenständlichen Losen 1.3 (Weichen und Weichenbereiche) und 1.4 (offene Strecke) Stopfmaschinenleistungen beschafft werden, die ein effizientes Arbeiten in nächtlichen Intervallen ermöglichen, ohne den Bahnbetrieb während des Tages zu beeinträchtigen. Die Instandhaltungsintervalle müssten gemäss Art. 11b der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung vom 25. November 1998 (NZV; SR 174.122) frühzeitig geplant werden, da diese zu Kapazitätseinschränkungen führen könnten. Solche Beschränkungen seien den betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmungen gemäss Art. 11b Abs. 3 NZV mindestens sechs Monate im Voraus bekanntzugeben. Die Vergabestelle sei daher darauf angewiesen, bereits im Mai 2025 die Intervalle für das Jahr 2026 zu planen (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. April 2025, Rz. 195).

E. 7.2.3

Die Vergabestelle macht ausserdem geltend, dass mit den Stopfarbeiten angesichts der erforderlichen Regelmässigkeit auch nicht bis Ende des nächsten Jahres zugewartet werden könne. Die Gleislagenqualität, die durch regelmässiges Stopfen sichergestellt werde, reduziere die dynamischen Kräfte auf Zug sowie Gleis und halte den Fahrkomfort für die Reisenden hoch. Die Regelmässigkeit von Stopfarbeiten sei zentral für die Gleisqualität, da nur so kurzfristige und teure Reparaturen (verbunden mit Streckensperrungen und längeren Ausfallzeiten) vermieden werden könnten. Darüber hinaus könnten auch weitere Unterhaltsarbeiten (z.B. Schleifen) nur durchgeführt werden, wenn die Gleislage stabil sei (vgl. Beschwerdeantwort vom 17. April 2025, Rz. 197). Würde auf regelmässiges Stopfen verzichtet, könnten im Extremfall Gleisverwerfungen auftreten, die auch zu Entgleisungen führen könnten (so z.B. in Eschenz am 7. März 2025; vgl. Beschwerdeantwort vom 17. April 2025, Rz. 198).

E. 7.3.1

Mit Blick auf die Höhe des Vorabbezugs bringt die Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 vor, dass gemäss Art. 11b Abs. 3 der Eisenbahn-Netzzugangsverordnung genüge, Kapazitätsbeschränkungen sechs Monate im Voraus bekanntzugeben. Ausserdem sehe diese Bestimmung (meint: im letzten Halbsatz) die Möglichkeit vor, die Planung drei Monate vor der vorgesehenen Ausführung der Arbeiten zu "aktualisieren". Folglich müsse ein eventueller Vorabbezug unter dem Aspekt

der Verhältnismässigkeit zeitlich auf das unbedingt Notwendige beschränkt werden, d. h. höchstens auf das erste Halbjahr des Jahres 2026 (1.1.2026 - 30.06.2026). Für den Fall, dass die Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung bis Ende des laufenden Jahres (2025) noch nicht behandelt worden sein sollte, könne die Vergabebehörde zu gegebener Zeit ein neues Gesuch um Vorabbezug stellen (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 4.3 f.).

E. 7.3.2

Mit Blick auf die Notwendigkeit des Vorabbezugs macht die Beschwerdeführerin in Rz. 4.4 ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 geltend, dass die Tatsache, dass die organisatorische Leistungsfähigkeit die Ausführung der Arbeiten trotzdem ermögliche, wenn auch mit einem reduzierten Zeitfenster (1,5 - 4 Stunden statt 8), zeige, dass die Unterhaltsarbeiten ohne bzw. bei limitiertem Vorabbezug nicht unmöglich wären, sondern nur komplexer aus organisatorischer Sicht. Folglich erscheine ein Vorabbezug nicht als notwendig, weil auf alternative Lösungen zurückgegriffen werden könne, die die Ausführung der vorgesehenen Arbeiten dennoch zulassen, wenn auch mit einem organisatorischen Mehraufwand. Ein solcher organisatorischer und logistischer Aufwand solle zudem in Kauf genommen werden, wenn die "Notwendigkeit", die nun zur Untermauerung der eigenen Anträge geltend gemacht werde, von der Vergabebehörde selbst verursacht worden sei.

E. 7.3.3

Mit Blick auf die "Verhältnismässigkeit im engen Sinn" nach dem Verständnis der Beschwerdeführerin führt diese in Rz. 4.6 ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 aus, dass die Konkurrenten im Vergabeverfahren ein beträchtliches Interesse daran hätten, den Zuschlag für das ganze Los zu erhalten, ohne dass dieses durch einen Vorabbezug eines Teils der Leistungen reduziert würde. Es sei nämlich zu berücksichtigen, dass in den ersten vier Jahren bedeutende Abschreibungskosten für die Maschinen vorgesehen seien. Genau aus diesem Grund seien die Beträge, die für diesen Zeitraum angeboten würden, erheblich höher als die Beträge, die für die darauffolgenden Jahre vorgesehen seien. In diesem Sinn würden die Preise, die von den Konkurrenten im Vergabeverfahren angeboten würden, in der Erwartung einer vorbestimmten Vertragsdauer berechnet (4 Jahre + 3 Jahre + 3 Jahre), so dass ein Vorbezug eines Teils des Auftrags die Tragfähigkeit des ganzen Angebots beeinflussen würde.

E. 7.4.1

Replizierend argumentiert die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025 (Rz. 33 ff.) zur geltend gemachten Dringlichkeit des beantragten Vorabbezugs, die betreffenden Stopfleistungen seien für Gleisabschnitte vorgesehen, bei denen die Toleranz- und sicherheitsrelevanten Grenzwerte gemäss Regelung I-22070 überschritten seien. Dabei legt sie die aktuellen Messdaten der Gleisgeometrie durch Diagnosefahrzeuge im Rahmen der Überwachungssoftware swissTAMP vor, die Stopfempfehlungen abgeben. Es seien über 2000 Defekte/Abweichungen in Gleisanlagen detektiert worden, die im Jahr 2026 behoben werden müssten (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 36). Ausserdem legt die Vergabestelle einen vertraulichen Netzzustandsbericht vor, aus dem sich ihrer Auffassung nach ergibt, dass auch bei sonstigen Gleisinstandsetzungen immer Stopfleistungen notwendig wären, damit minimale Kundeneinschränkungen, d.h. eine Streckenfreigabe mit 80 km/h, erreicht werden können (vgl. Stellungnahme der

Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 37). Zudem bringt die Vergabestelle vor, dass Stopfleistungen nicht nur kurativ (Wartung), sondern auch präventiv (Pflege) eingesetzt werden müssten (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 39 u. 42). Werde das Stopfen der Gleise vernachlässigt (und sei es auch nur für ein Jahr), steige die Gefahr von Betriebseinschränkungen steil an. Zudem würden kurzfristig kostspielige Sofortmassnahmen sowie langfristig höhere Investitionen anfallen, da die Gleisanlage schneller ersetzt werden müsse. Würde hingegen mehr gestopft werden, müssten in Zukunft weniger Schienen ersetzt werden. Dies ergänzt die Ausführungen in der Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 (Rz. 198), wonach unterlassene Stopfleistungen im schlimmsten Fall zu Entgleisungen von Zügen führen könnten.

E. 7.4.2

Zur Teilbarkeit der Leistungen und zur Verhältnismässigkeit des Vorabbezugs bringt die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025 vor, dass sie beabsichtige, mit ihrem entsprechenden Antrag lediglich 11 Prozent des Volumens und 1/10 der Vertragslaufzeit zu beanspruchen, wodurch die zu beschaffenden Leistungen unstrittig teilbar seien (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 46 f.). Der beantragte Notbedarf habe nur einen kleinen, die Anordnungen in Bezug auf die gesamte Leistung nicht präjudizierenden Anteil der Beschaffung zum Gegenstand (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 47 unter Verweis auf Rz. 46). Zudem entgegnet sie der Beschwerdeführerin mit Blick auf die Teilbarkeit des Vorabbezugs in Raten, dass die zum Unterhalt erforderlichen Stopfarbeiten in einem reduzierten Zeitfenster von 1.5 bis 4 Stunden, die nach der Netzzugangsverordnung erst noch kurzfristig angekündigt werden müssen, unzutreffend seien. Das gelte insbesondere aufgrund des Umstands, dass die SBB die durchschnittlich höchste Anzahl an Zügen pro Strecke und Tag in Europa verzeichne. Dies führe einerseits zu einem erhöhten Wartungsaufwand und andererseits zu wenigen verfügbaren Zeitfenstern ohne Zugverkehr. Selbst während der sogenannten Zugpausen der Personenzüge führen in vielen Gleisen weiterhin Güterzüge (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 54). Zudem gäbe es auch eine zeitliche Verhältnismässigkeit für den beantragten Vorabbezug, weil die Instandhaltungsarbeiten bei der Vergabestelle immer jährlich definiert geplant und definiert würden. Dies sei notwendig, da weitere Ressourcen und Gleisbaumaschinenleistungen in gegenseitiger Abhängigkeit stünden und diese immer im Zusammenspiel geplant werden müssen. Zudem wird die Schwierigkeit geltend gemacht, aus dem Stopfbedarf und weiteren erforderlichen Unterhaltsarbeiten Arbeitszyklen abzuleiten (Holzfeind/Marschnig/Renggli, Netzweite Investitions- und Instandhaltungsstrategien, ETR 06/2012), weswegen mit der Planung von Stopfarbeiten im zweiten Halbjahr 2026 nicht weiter zugewartet werden könne (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 53). Schliesslich sei der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Vorabbezug "in Raten" in einem reduzierten Zeitfenster von 1,5 bis 4 Stunden, die nach der Netzzugangsverordnung lediglich kurzfristig angekündigt werden müssten, nicht ausreichend, um die erforderlichen Stopfarbeiten durchzuführen. Ausserdem würde dies zu einem erhöhten Wartungsaufwand sowie zu wenigen verfügbaren Zeitfenstern ohne Zugverkehr führen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 54 ff.)

E. 7.5.1

Die dargelegte Dringlichkeit erscheint - der Vergabestelle folgend - prima facie grundsätzlich geeignet, einen teilweisen Vorabbezug zu rechtfertigen, insbesondere um die

Funktionsfähigkeit und Sicherheit des Eisenbahnverkehrs aufrechtzuerhalten. Die Sicherheit des Schienenverkehrs setzt rechtzeitig planbare Stopfarbeiten voraus. Das Überschreiten der Grenzwerte gemäss Regelung I-22070 verlangt dringend nach den von der Vergabestelle geplanten Massnahmen. Eine vollständige Ablehnung des Gesuchs um eine Vorabbezugsbewilligung würde dieser Zielsetzung jedenfalls widersprechen.

E. 7.5.2

Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass eine geltend gemachte Dringlichkeit grundsätzlich selbstverschuldet sein kann, was zulasten der Vergabestelle zu berücksichtigen ist (Urteil des BGer 2C_339/2010 vom 11. Juni 2020 E. 3.2 "IT für Umstrukturierung des Kantons Glarus"; Zwischenentscheid des BVGer B-4991/2020 vom 16. Januar 2021 E. 9.1 "Weissensteintunnel I").

E. 7.5.3

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 dazu vor, dass die Vergabestelle die Dringlichkeit selbst verschuldet habe (vgl. Rz. 4.5). Dem entgegnet die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025, dass sich aus dem Planungszyklus der Vergabestelle (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 52) ergebe, dass die Vergabestelle die Ausführung der fraglichen Arbeiten angemessen und rechtzeitig geplant habe (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 57). Die Vergabestelle führt zudem aus, dass die Kommunikation mit der Beschwerdeführerin über ihre allfälligen [Kontakte zur organisierten Kriminalität] - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in Rz. 4.5 ihrer Stellungnahme vom 30. April 2025 - insoweit unerheblich seien (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025, Rz. 58).

E. 7.5.4

Zunächst ist im vorliegenden Fall nicht näher auf die Frage einzugehen, warum die Vergabestelle das Gesuch um Bewilligung eines durchaus nicht unbedeutenden Vorabbezugs erst mit der Beschwerdeantwort und nicht bereits im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hat. Auch ist entgegen der Argumentation der Vergabestelle nicht nur das richtige Takten der Arbeiten, sondern auch die Schnittstelle mit der Korrespondenz mit der Beschwerdeführerin betreffend eine auftragsunabhängige Auftragssperre sehr wohl relevant. Die Frage, warum die Vergabestelle im Rahmen dieser Korrespondenz mit der Beschwerdeführerin nicht früher und energischer auf der Herausgabe der nun im Beschwerdeverfahren nach und nach produzierten Aktenstücke bestanden hat, soweit die in Frage stehenden Entscheide und Verfügungen bereits ergangen waren, lässt sich stellen. Soweit darin eine vermeidbare Dringlichkeit zu sehen wäre, hätte daran indessen auch die Beschwerdeführerin ihren Anteil. Sie hat durch ihre teilweise dilatorischen Antworten auf die entsprechenden Schreiben der Vergabestelle insoweit die Dringlichkeit prima facie ebenfalls mitverschuldet, womit es in gewisser Weise widersprüchlich erscheint, wenn sie der Vergabestelle selbstverschuldete Dringlichkeit vorwirft. Indessen weist die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hin, dass absehbar gewesen ist, dass sie den Ausschluss mit der seitens der Vergabestelle ins Auge gefassten Begründung nicht hinnehmen würde. Erstens ist es für die Vergabestelle nach ihren bisherigen Erfahrungen nicht überraschend, dass die Beschwerdeführerin mit niedrigen Preisen offeriert und sich damit Chancen auf den Zuschlag ausrechnet. Und zweitens ist es auch nicht überraschend,

dass sie eine Begründung des Ausschlusses nicht hinnimmt, der ihr allenfalls auch im Rahmen anderer Vergabeverfahren schadet (vgl. dazu die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2025, S. 9). Indessen würde selbst eine selbstverschuldete Dringlichkeit nicht ohne Weiteres dazu führen, dass einem Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht stattzugeben wäre, sofern substantiiert dargelegt ist, dass eine Verzögerung gravierende Folgen zeitigen würde (Zwischenentscheid des BVGer B-5266/2020 vom 17. März 2021 E. 9.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 in fine; vgl. E. 3.3.4 hiervor). Damit kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben, ob die Dringlichkeit selbstverschuldet ist, solange hinreichend dargetan ist, dass die Bewilligung des Vorabbezugs zum Abwenden gravierender Folgen notwendig erscheint.

E. 7.6

Im vorliegenden Fall ist ausserdem die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle die behaupteten gravierenden Folgen nicht hinreichend belegt, prima facie insoweit als unbegründet zu erachten (vgl. zur Substantiierungspflicht in Bezug auf die Dringlichkeit etwa den Zwischenentscheid des BVGer B-5937/2020 vom 26. Februar 2021 E. 9 "MELS Kerenzertunnel I"), als die Vergabestelle ihre diesbezüglichen Vorbringen durch die Stellungnahme vom 7. Mai 2025 ergänzt hat. Soweit sich auch danach in Bezug auf die Substantiierung noch Fragen stellen sollten, erscheint jedenfalls der Kern der Argumentation hinreichend plausibel.

E. 7.7.1

Die Beurteilung der Vergabestelle, wonach der beantragte Vorabbezug mit Blick auf die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und der Sicherheit im Eisenbahnverkehrsnetz zur Vermeidung gravierender Schäden notwendig ist, erscheint prima facie insgesamt nachvollziehbar in dem Sinne, dass mit dem Zuwarten der Vergabe der Stopfarbeiten bis zum Abschluss des vorliegenden Beschwerdeverfahrens nicht verantwortbare Risiken in Kauf genommen würden. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass nur in Bezug auf die Planung eine Dringlichkeit bestehe, nicht aber in Bezug auf den "Zuschlag" im Rahmen des Vorabbezugs (so die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2025, S. 2 ff. und S. 7). Dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden. Insoweit vergleichbar mit dem Schleifen von Weichen (vgl. dazu die Verfügung B-4959/2021 vom 27. Januar 2022 "Weichenschleifmaschinen") ist das Disponieren der einzusetzenden Maschinen ein komplexer Vorgang, der genügend Vorlauf voraussetzt. Dies erscheint ohne das Bestimmen der Unternehmen, die die Leistung erbringen sollen, nicht praktikabel.

E. 7.7.2

Jedoch ergibt sich aus Art. 11b Abs. 3 der Netzzugangsverordnung, dass eine Bekanntgabe der Arbeitseinsätze "lediglich" sechs Monate im Voraus gesetzlich notwendig ist, wengleich die Vergabestelle ihre Instandhaltungszyklen abhängig von den Stopfeinsätzen für ein gesamtes Jahr im Voraus plant. Unter dem Blickwinkel des Vermeidens einer zu starken Präjudizierung des Beschwerdeverfahrens bleibt vor allem betreffend die Notwendigkeit eines Vorabbezugs für das gesamte Jahr 2026 festzuhalten, dass es entgegen dem Antrag der Vergabestelle angezeigt erscheint, jedenfalls einstweilen nur einen Vorabbezug für die ersten 6 Monate des Jahres 2026 freizugeben (vgl. zu zwei Vorabbezugsbewilligungen im gleichen Verfahren etwa das Verfahren des BVGer B-3526/2013 "HP-Monitore" und die Zwischenverfügung des BVGer B-486/2025 vom 26.

März 2025 S. 9 "Digitalisierung ESTV"). Der dadurch entstehende finanzielle und organisatorische Mehraufwand im Vergleich zu einer Vorabbezugsbewilligung für das ganze Jahr 2026 ist in Kauf zu nehmen. Indessen kann der Vergabestelle prima facie nicht zugemutet werden, nach dem Konzept der Beschwerdeführerin (vgl. E. 7.3.1 hiervor) regelmässig auf "Aktualisierungen" im Sinne von Art. 11b Abs. 3 NZV (letzter Halbsatz) zurückzugreifen, die nur drei Monate vorher angekündigt werden müssen. Diese sollen nach dem klaren Konzept des Verordnungsgebers die Ausnahme bleiben. Ebenfalls entgegen dem entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin vom 19. Mai 2025 (Rz. 2.1 und S. 7) ist der zu bewilligende Vorabbezug nicht auf korrektive Stopfarbeiten beschränkt, sondern umfasst - soweit im Rahmen der zuzusprechenden Summe möglich - ausdrücklich auch präventive Stopfarbeiten im Sinne der Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025 (Rz. 39). Eine teilweise Gutheissung des Gesuchs um Vorabbezug im Umfang von 15 Millionen Franken präjudiziert das Endurteil mit Blick auf das Gesamtvolumen des Beschaffungsgegenstands von ca. 270 Millionen Franken MWST für Los 1.3 und 1.4 jedenfalls nicht über Gebühr (vgl. E. 2.6 hiervor). Das wäre im Übrigen auch dann nicht anders, wenn entgegen der Darstellung der Vergabestelle (vgl. dazu E. 7.4.2 hiervor) nicht sämtliche Verlängerungsmöglichkeiten, sondern nur der Grundauftrag mit einer Vertragsdauer von drei Jahren massgebend wäre. Damit überwiegen im vorliegenden Fall insoweit die öffentlichen Interessen der Vergabestelle am teilweisen Vorabbezug die privaten Interessen der Beschwerdeführerin und das öffentliche Interesse am ungeschmälernten effektiven Rechtsschutz. Auf Grundlage der vorliegenden Verfügung wären im Rahmen eines allfälligen zweiten Vorabbezugs gewisse Fragen bereits geklärt und ein entsprechendes Gesuch prima facie mit weniger Aufwand verbunden.

E. 7.8

Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch der Vergabestelle teilweise stattzugeben ist im Sinne der Bewilligung eines Vorabbezugs vom 1. Januar 2026 bis 30. Juni 2026 in Höhe von 15 Millionen Franken (exkl. MWST) von den nicht auszuschliessenden bzw. ausgeschlossenen Anbieterinnen. Der Vergabestelle bleibt es unbenommen, ein weiteres Gesuch um Bewilligung eines Vorabbezugs zu stellen (vgl. E. 7.7.2 hiervor). Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, wonach ihr Angebot in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen ist, ist abzuweisen (vgl. E. 5 hiervor).

E. 8

Über die Kostenfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid zu befinden sein.

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