



Abteilung II
B-2197/2011

Urteil vom 18. Oktober 2011

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richterin Vera Marantelli, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dr. Andreas Güngerich und/oder Anita Buri,
Rechtsanwälte, Kellerhals Anwälte, Kapellenstrasse 14,
Postfach 6916, 3001 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Hochschulstrasse 6, 3000 Bern 65,
Infrastruktur-Projekte Durchmesserlinie,
Kasernenstrasse 95, 8021 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt Zürich HB, Durchmesserlinie,
A 2, Fahrtreppen.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 16. Juli 2010 schrieb die Schweizerische Bundesbahnen AG, Infrastruktur – Projekte (im Folgenden: SBB AG oder Vergabestelle), einen Auftrag für Lieferung, Montage und Wartung von Verkehrsfahrtreppen im Hauptbahnhof (HB) Zürich auf der Internetseite SIMAP.CH öffentlich aus (Meldungsnummer 512817). Für die detaillierten Teilnahmebedingungen und technischen Vorgaben wurde auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Bis zum Ende der Offerteingabefrist vom 1. September 2010 gingen drei Angebote bei der Vergabestelle ein.

A.b Die A._____, reichte keine Offerte ein, äusserte indessen mit Schreiben vom 2. September 2010 ihr Bedauern über den Umstand, dass die Ausschreibung "versteckt platziert" gewesen sei, und bemängelte ausserdem unnötige technische Vorgaben, mittels welcher die A._____ faktisch "von einer wettbewerbsfähigen Teilnahme an der Submission ausgeschlossen" worden sei.

A.c Auf das Schreiben der A._____ vom 2. September 2010 antwortete die Vergabestelle am 9. September 2010, wobei sie die Vorwürfe der A._____ vollumfänglich zurückwies.

A.d Am 20. Januar 2011 gelangte die A._____ erneut an die Vergabestelle, um die ihres Erachtens rechtswidrigen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen mit Blick auf nicht eingehaltene sicherheitstechnische Normen und diskriminierende technische Anforderungen zu rügen. Sie forderte die Vergabestelle auf, das Verfahren abubrechen und die Beschaffung rechtskonform neu auszuschreiben.

A.e Mit Schreiben vom 28. Januar 2011 antwortete die Vergabestelle, es bestehe aus ihrer Sicht keine Veranlassung, das Verfahren abubrechen und neu auszuschreiben.

B.

Am 25. März 2011 publizierte die Vergabestelle die Zuschlagserteilung an die B._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetseite SIMAP.CH (Meldungsnummer 612797).

C.

Gegen den Zuschlag an die B._____ erhob die A._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. April 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte zur Hauptsache, der Zuschlag sei aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, bezüglich der Vergabe "Zürich HB, Durchmesserlinie, A 2, Fahrtreppen" ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde sei – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu gewähren. Im Weiteren sei der Beschwerdeführerin nach gewährter Akteneinsicht Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde zu ergänzen.

D.

Mit Verfügung vom 14. April 2011 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Vergabestelle jegliche Vollzugshandlungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, untersagt.

E.

In ihrer Stellungnahme vom 2. Mai 2011 brachte die Zuschlagsempfängerin innert erstreckter Frist vor, der Beschwerdeführerin könne bereits mangels Legitimation zur Beschwerde keine Akteneinsicht gewährt werden. Zudem ersuchte sie um Ansetzung einer Frist zwecks Erklärung, ob sie sich als Partei konstituieren wolle.

F.

Gleichentags reichte die Vergabestelle ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin ein. Sie beantragte, auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten und die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei zu widerrufen. Im Falle eines Eintretens auf die Beschwerde sei in verfahrensrechtlicher Hinsicht das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und in der Hauptsache die Beschwerde abzuweisen. Im Falle eines Eintretens sei zudem das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin insofern zu beschränken, als ihr keine Einsicht in die Offertunterlagen der an der Ausschreibung beteiligten Anbieterinnen und in den Vergabeantrag, bzw. nur beschränkte Einsicht in die für die vorliegende Fragestellung relevanten Passagen der Verhandlungsprotokolle (Auszug der relevanten Fragen) zu gewähren sei. Zur Begründung des Antrags auf Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung machte die Vergabestelle namentlich die Dringlichkeit der in Frage stehenden Beschaffung geltend.

G.

Mit Verfügung vom 3. Mai 2011 wurde der Beschwerdeführerin einstweilen Einsicht gewährt in die Aktenstücke betreffend die oben beschriebene Korrespondenz zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle.

H.

Mit Eingabe vom 9. Mai 2011 erklärte die Zuschlagsempfängerin ihren ausdrücklichen Verzicht auf eine Beteiligung am Verfahren als Partei und führte aus, dass die bisher erfolgten Ausführungen zur Sache lediglich unter dem Blickwinkel der mangelnden Legitimation der Beschwerdeführerin – und damit zur Begründung, weshalb keine Akteneinsicht gewährt werden könne – erfolgt seien.

I.

Am 10. Mai 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine unaufgeforderte Stellungnahme zu den Ausführungen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin vom 2. Mai 2011 ein, mit welcher sie geltend machte, kein Anbieter sei in der Lage gewesen, ein den einschlägigen Normen entsprechendes Angebot abzugeben.

J. Mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung mit der Begründung ab, der Beschwerdeführerin müsse aller Wahrscheinlichkeit nach die Beschwerdelegitimation abgesprochen werden. Die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurden vorerst abgewiesen, soweit diesen nicht bereits entsprochen worden war.

K. Mit Verfügung vom 26. Mai 2011 beschränkte das Bundesverwaltungsgericht den Schriftenwechsel einstweilen auf die Eintretensfrage. Zudem räumte das Gericht der Beschwerdeführerin Frist bis zum 24. Juni 2011 ein, um ihre Beschwerde vom 13. April 2011 hinsichtlich der Eintretensfrage zu ergänzen und diesbezügliche Akteneinsichtsbegehren zu stellen bzw. die gestellten Akteneinsichtsbegehren zu substantiieren.

L. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2011 vollumfänglich an den Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 13. April 2011 fest. Zur Begründung bekräftigte sie erneut, sie sei aufgrund diverser technischer Vorgaben sowie der Nichteinhaltung sicherheitsrelevanter Normen durch die Vergabestelle an einer Teilnahme

gehindert worden. Zudem habe die Beschwerdeführerin nicht auf die weitere Teilnahme am Verfahren verzichtet und sei somit beschwerdelegitimiert. Ihre ausführliche Beanstandung des Vergabeverfahrens könne nur als Interesse am vorliegenden Auftrag gedeutet werden. Die Beschwerdeführerin verzichtete ausserdem darauf, im Rahmen der Eintretensfrage neue Akteneinsichtsbegehren zu stellen oder gestellte Begehren zu substantzieren.

M. Die Vergabestelle beantragte in ihrer Stellungnahme vom 14. Juli 2011 auf die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerin nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. An ihrer Eingabe vom 2. Mai 2011 halte sie vollumfänglich fest. Zur Begründung führte sie aus, die Beschwerdeführerin sei keineswegs wegen der Unauffindbarkeit der Unterlagen an der Marktteilnahme gehindert worden, was sich nicht zuletzt daraus ergebe, dass drei Angebote bei der Vergabestelle eingegangen seien. Zudem habe die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 2. September 2010 klar auf eine weitere Teilnahme am Verfahren verzichtet. Somit fehle der Beschwerdeführerin offensichtlich die Legitimation. Ansonsten würde eine für Vergabestellen nicht zumutbare Rechtsunsicherheit geschaffen.

N. In ihrer Stellungnahme vom 16. August 2011 hielt die Beschwerdeführerin vollumfänglich an den Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 13. April 2011 fest. Zur Begründung bekräftigte sie erneut, sie sei aufgrund diverser technischer Vorgaben sowie der Nichteinhaltung sicherheitsrelevanter Normen durch die Vergabestelle an einer Teilnahme gehindert worden und habe nicht auf die weitere Verfahrensteilnahme verzichtet. Ihr Aufwand in der Analyse der Ausschreibungsunterlagen lege als einzig möglichen Schluss nahe, dass ihr an die Vergabestelle gerichtetes Schreiben vom 2. September 2010 so zu verstehen sei, dass sie nach wie vor am Zuschlag interessiert sei.

O. Mit Verfügung vom 17. August 2011 wurde die Stellungnahme der Beschwerdeführerin der Vergabestelle zur Kenntnis zugestellt.

P. Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6, E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1).

1.2 Im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) ist gegen einen Zuschlag im Vergabeverfahren die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB; vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1687/2010 vom 21. Juni 2011, E. 5.1 mit Hinweisen).

1.3 Dass die Vergabestelle in casu dem BöB gemäss Art. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) unterstellt ist und auch der für Bauaufträge geltende Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 (SR 172.056.12) überschritten wird, wurde bereits mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011 (E. 1.2) festgestellt. Die in Frage stehende Beschaffung von Fahrtreppen fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB, womit zugleich die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zu bejahen ist.

1.4 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

2.

2.1 Das vorliegende Verfahren ist angesichts des Umstands, dass das Gericht mit Zwischenentscheid vom 19. Mai 2011 erwogen hat, auf die Beschwerde könne prima facie aufgrund mangelnder Legitimation der Beschwerdeführerin aller Wahrscheinlichkeit nach nicht eingetreten werden, mit Verfügung vom 26. Mai 2011 auf die Eintretensfrage beschränkt worden. Gegenstand des vorliegenden Entscheides ist demnach die Frage der Beschwerdelegitimation, welche mangels

spezialgesetzlicher Regelung im BöB nach dem allgemeinen Verfahrensrecht zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 850). Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG wird von Konkurrenten, soweit ihnen nicht Anbietereigenschaft zukommt, ein genügend naher Bezug zur Streitsache verlangt (vgl. in Bezug auf die Anfechtung eines Zuschlages im freihändigen Verfahren das Urteil B-3402/2009 vom 6. Juli 2009, insb. E. 3.2.2). Auch wer im offenen Verfahren ohne Einreichung einer Offerte wie ein Verfügungsadressat behandelt zu werden wünscht, wie dies vorliegend auf die Beschwerdeführerin zutrifft, muss dieser Anforderung genügen. Indessen ist im vorliegenden Fall unbestritten, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um eine etablierte Anbieterin von Fahrtreppen handelt, welche ohne weiteres in der Lage ist, Aufträge wie den vorliegenden auszuführen, selbst soweit dies die Anpassung von Standardprodukten im Sinne von Einzelanfertigungen bedeutet (Stellungnahme der Vergabestelle vom 2. Mai 2011, insb. S. 8).

2.2 Nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht berechtigt, wer durch Teilnahme am Verfahren vor der Vorinstanz formell beschwert ist (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 48 N. 22; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, a.a.O., Rz. 850). Dabei sind auch die nicht berücksichtigten Mitbewerber im offenen Verfahren direkte Verfügungsadressaten (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) vom 13. Juni 1997, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 62.16, E. 2b; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 50 f., Rz. 2.74). HÄNER spricht insoweit von einem "Verwaltungsakt mit kehrseitiger Wirkung" (ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 258 f., Rz. 539). Beschwerdeberechtigt ist im offenen Verfahren grundsätzlich nur, wer sich durch Einreichung eines Angebots am Beschaffungsverfahren beteiligt hat (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010, E. 3.1 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 854; vgl. dazu ausführlich E. 4 hiernach). Das Bundesverwaltungsgericht geht demgegenüber sowohl in Bezug auf die freihändige Vergabe als auch die Anfechtung einer Ausschreibung davon aus, dass dem Erfordernis der formellen Beschwer gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG keinerlei Bedeutung zukommt (BVGE 2009/17 E. 2; Urteile des

Bundesverwaltungsgerichts B-1470/2010 vom 29. September 2010, E. 1.6 mit Hinweisen, und B-3402/2009 vom 6. Juli 2010, E. 3.1 mit Hinweisen). BEYELER spricht diesbezüglich von potentiellen Anbietern, die aufgrund einer Vergaberechtswidrigkeit zum Verfahren gar nicht erst zugelassen werden (MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 400). Dies entspricht auch der Zielsetzung des zweiten Halbsatzes von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG in der Fassung des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (AS 2006 2197, insb. S. 2224), wonach zur Beschwerde berechtigt ist, wer keine Möglichkeit zur Teilnahme (am Verfahren) erhalten hat (BGE 134 V 306, E. 3.3.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 6. Juli 2010, E. 3.1). Im Rahmen der Botschaft zum insoweit gleichlautenden Art. 89 BGG (bzw. Art. 83 VE BGG) wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber insbesondere die explizite Verweigerung von Parteirechten erfassen wollte (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBI 2001 4202, insb. S. 4329). Auch in dieser Situation wird aber vom Betroffenen verlangt, dass er sich mit angemessener Diligenz verhält. So rechtfertigt es sich etwa, im Falle einer zu Unrecht unterlassenen Beiladung zu verlangen, dass der Betroffene innert nützlicher Frist nach Kenntnis des Mangels die Eröffnung des Einspracheentscheids beantragt (BGE 134 V 306, E. 4.3).

2.3 Verzichtet eine an sich legitimierte Partei auf die Teilnahme am Verfahren, kann sie nach den Regeln des allgemeinen Verfahrensrechts nicht zu einem späteren Zeitpunkt das Beteiligungsrecht verlangen (ISABELLE HÄNER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Art. 48 N. 8). Dies gilt etwa für den Fall, dass jemand vor der Vorinstanz auf eine Teilnahme verzichtet hat, weil andere, welche die gleiche Stossrichtung verfolgen, sich dort in seinem Sinne (aber nicht in seinem Namen) beteiligt haben (HANSJÖRG SEILER, in: Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bern 2007, Rz. 14 zu Art. 89 BGG; ebenso ALAIN WÜRZBURGER, in: Bernard Corboz/Alain Würzburger/Pierre Ferrari/Jean-Maurice Frésard/Florence Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, Rz. 21 zu Art. 89 BGG).

3.

3.1 Im vorliegenden Falle ist gestützt auf das in Erwägung 2 Gesagte zu prüfen, ob das an die Vergabestelle gerichtete Schreiben der Beschwerdeführerin vom 2. September 2010 als Verzicht zu beurteilen ist, welcher zum Verlust der Legitimation führt. In diesem Zusammenhang ist vorab festzuhalten, dass, wie bereits in der Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011 ausgeführt, der Beschwerdeführerin die Legitimation nicht per se deswegen abzusprechen ist, weil sie keine Offerte eingereicht hat (vgl. Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011, E. 4.4). Denn es kann einer Anbieterin tatsächlich nicht immer zugemutet werden, ein Angebot einzureichen (vgl. Entscheid der BRK 1998-5 vom 4. August 1998, E. 2b). In diesem Sinne wird etwa in Bezug auf das deutsche Recht festgehalten, dass es Fälle gibt, in welchen der Antragsteller vorträgt, dass er von der Abgabe eines Angebotes gerade durch den gerügten Verstoß gehindert worden sei (KLAUS WILLENBRUCH/KRISTINA WIEDDEKIND, Kompaktkommentar Vergaberecht, 2. Auflage, Köln 2011, Rz. 27 zu § 107 GWB mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Derartige Ausnahmen vom Erfordernis, dass nur die Anbieterqualität aufgrund eingereicherter Offerte zur Beschwerde berechtigt, sind indessen nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe aus Diligenzgründen auf die Einreichung einer Offerte für eine solch normwidrige, gesundheitsgefährdende Fahrtreppe verzichtet (Beschwerde, S. 5; vgl. auch das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 20. Januar 2011, S. 6). Die Vergabestelle trägt demgegenüber vor, im Sinne einer massgeschneiderten Lösung seien von allen Anbietern Anpassungsleistungen zu erbringen gewesen. Sie führe den Verzicht auf Einreichung einer Offerte auf die mangelnde Flexibilität der Beschwerdeführerin zurück (Stellungnahme der Vergabestelle vom 2. Mai 2011, S. 6). Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen angesichts der nachfolgenden Erwägungen offen bleiben. Will eine potentielle Anbieterin ihre Beschwerdelegitimation wahren, ohne eine Offerte einzureichen, muss sie zumindest ihr Interesse an der Ausführung des konkreten Auftrags erklären. In vergleichbarer Weise hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürichs entschieden, ein Anbieter, welcher eine freihändige Vergabe angreife, soll nicht nur in der Lage sein, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen (vgl. dazu E. 2.1 hiavor), sondern müsse auch Interesse an der Ausführung des konkreten Auftrags glaubhaft machen (Entscheid VB.2001.00166 vom 9. September 2011, E. 2c). In diesem Sinne hat ein Anbieter im offenen Verfahren, der sich ausserstande sieht zu offerieren, gegenüber der Vergabestelle klar

zu kommunizieren, dass er so behandelt werden möchte, wie wenn er offeriert hätte. Denn ist das Verhalten eines potentiellen Anbieters als Verzicht auf die Teilnahme am Verfahren zu interpretieren, verliert er damit die Legitimation auch dann, wenn diese nicht schon aufgrund der fehlenden Offerte zu verneinen ist (vgl. E. 2.3 hiavor sowie die Zwischenverfügung vom 19. Mai 2011, E. 4.5).

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt zur Frage der Beschwerdelegitimation mit Stellungnahme vom 21. Juni 2011 vor, sie habe nicht auf die Verfahrensteilnahme verzichtet. In ihrem Schreiben vom 2. September 2010 habe sie sich vielmehr detailliert mit der Ausschreibung auseinandergesetzt und die Vergabestelle auf die aus ihrer Sicht vorliegenden Probleme in der Ausschreibung aufmerksam gemacht. Damit habe sie ungeachtet der abgelaufenen Eingabefrist ihr Interesse an der vorliegenden Submission deutlich gemacht. Dies gelte umso mehr, als sich die Beschwerdeführerin überdies bereit erklärt habe, weitere problematische Punkte im Gespräch mit der Vergabestelle zu erläutern. Die Vergabestelle habe somit das Schreiben der Beschwerdeführerin nicht anders verstehen dürfen, als dass sie nach wie vor in die laufende Submission habe einbezogen werden wollen. Schliesslich hätte die Vergabestelle die Pflicht gehabt, aufgrund der Hinweise der Beschwerdeführerin das rechtsfehlerhafte Verfahren abubrechen und dieses erneut und rechtskonform durchzuführen. Die Verletzung dieser Pflicht könne der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen.

3.3 Die Vergabestelle führt in ihrer Eingabe vom 14. Juli 2011 aus, die Beschwerdeführerin sei nicht an der Marktteilnahme gehindert worden. Diese habe die Ausschreibungsunterlagen trotz wiederholten telefonischen Hinweises auf die Ausschreibung erst über einen Monat nach erfolgter Ausschreibung angefordert. Nach Ablauf der Eingabefrist habe sie in ihrem Schreiben vom 2. September 2010 mitgeteilt, dass sie insbesondere wegen der Unauffindbarkeit der Ausschreibung keine Offerte eingereicht habe und sich demzufolge freuen würde, in Zukunft wieder mit der Vergabestelle zusammen arbeiten zu können. Damit liege zweifelslos ein Verzicht auf Teilnahme am Ausschreibungsverfahren vor bzw. fehle es am Nachweis eines Interesses an der Ausführung des vorliegenden Auftrages. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin mit dem Betreff des Schreibens vom 2. September 2010 "Submission Zürich HB, Durchmesserlinie – Abschnitt 2, BKP 262 - Fahrtreppen; Verzicht auf Teilnahme und Information" klar zum Ausdruck gebracht, dass sie am Zuschlag im vorliegenden Vergabeverfahren nicht mehr interessiert sei. Der Vorwurf, diverse technische Vorgaben hätten die Beschwerdeführerin

an einer Offerteinreichung gehindert, sei nur vorgeschoben und treffe zudem nicht zu. Alle anderen Anbieter seien in der Lage gewesen, fristgerecht ein rechtsgültiges Angebot einzureichen. Der wesentliche Grund, warum die Beschwerdeführerin keine Offerte eingereicht habe, sei die nicht zeitgerechte Anforderung der Unterlagen, was seitens der Beschwerdeführerin bis heute durch Stillschweigen ausgeklammert werde. Ausserdem sei von einem Abbruch und einer Wiederholung des Verfahrens bis zum 20. Januar 2011 keine Rede gewesen.

3.4 Aufgrund der vorstehenden Ausführungen stellt sich die Frage, ob das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 2. September 2010 als Verzicht auf die Teilnahme am Verfahren zu verstehen ist. Dabei ist voranzusetzen, dass eine Verlautbarung einer Anbieterin gegenüber der Vergabestelle während des Beschaffungsverfahrens wie im Privatrecht nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist (vgl. dazu in Bezug auf verwaltungsrechtliche Verträge etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2583/2007 vom 17. Dezember 2007, E. 5.4.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1103).

3.5 Zunächst ist zum relevanten Sachverhalt festzuhalten, dass im vorliegenden Fall die Ausschreibung am 16. Juli 2010 publiziert wurde. Die Beschwerdeführerin forderte bei der Vergabestelle am 19. August 2010 die Ausschreibungsunterlagen an. Am 2. September 2010, also einen Tag nach Ablauf der Angebotsfrist am 1. September 2010, gelangte die Beschwerdeführerin schriftlich an die Vergabestelle unter der Überschrift "Submission Zürich HB, Durchmesserlinie – Abschnitt 2, BKP 262 – Fahrtreppen; Verzicht auf Teilnahme und Information". Sie informierte die Vergabestelle dahingehend, dass sie darauf verzichtet habe, innert der gesetzten Frist am Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies begründete sie einerseits damit, dass die Ausschreibung nicht auffindbar gewesen sei. Andererseits hätten die restriktiven technischen Vorgaben eine wettbewerbsfähige Teilnahme verunmöglicht. Insbesondere seien etwa Massvorgaben nach ihrem Dafürhalten auf einen Mitkonkurrenten zugeschnitten. Tatsache sei, dass die Beschwerdeführerin aufgrund dieser einengenden und ihres Erachtens unnötigen Vorgaben faktisch von einer wettbewerbsfähigen Teilnahme an der Submission ausgeschlossen worden sei. Dies sei sicher nicht im Sinne des Wettbewerbsrechts. Ausserdem sei die Frist für die Anfechtung der Ausschreibung bereits abgelaufen. Aus diesem Grund habe sie sich schliesslich dafür entscheiden müssen, auf die Teilnahme zu verzichten. Sie würde sich freuen, in Zukunft wieder mit der Vergabestelle

zusammenzuarbeiten. Dies sei ihr jedoch nur möglich, wenn ihr eine tatsächliche, echte Chance gegeben werde, an den Submissionen der Vergabestelle so teilnehmen zu können, dass ein Zuschlag möglich sei. Mit Schreiben vom 20. Januar 2011 machte die (inzwischen anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin ergänzende Ausführungen bezüglich der aus ihrer Sicht diskriminierenden technischen Anforderungen sowie der Nichteinhaltung sicherheitstechnischer Normen. Ausserdem trug sie vor, es gelte, das Verfahren abubrechen und neu auszuschreiben.

3.6 Die Beschwerdeführerin ist mit Zwischenentscheid vom 19. Mai 2011 (E. 4.6) darauf hingewiesen worden, dass ihre Behauptung, sie habe bereits mit Schreiben vom 2. September 2010 geltend gemacht, dass nur eine neue Ausschreibung den Massgaben des Beschaffungsrechts Rechnung tragen könne (Beschwerde vom 13. April 2011, S. 5), aktenwidrig sei. Dieser Umstand wird denn auch mit den im Hauptverfahren erstatteten Stellungnahmen nicht bestritten. Das Gericht hat im Rahmen des Zwischenentscheides (ebenfalls E. 4.6) weiter festgehalten, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin bzw. deren Eingabe vom 2. September 2010 prima facie nicht so verstehen musste, dass sie trotz unterlassener Einreichung einer Offerte weiterhin wie eine Anbieterin im vorliegenden Verfahren behandelt werden möchte. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin im Hauptverfahren neu mit dem Hinweis, sie habe mit dem in Frage stehenden Schreiben vielmehr klar dokumentiert, dass sie sehr an der in Frage stehenden Submission interessiert sei. Nur so lasse sich erklären, dass sie sich im Detail mit den Ausschreibungsunterlagen befasst habe. Dies ergebe sich auch aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. September 2011 ihre Bereitschaft bekundet habe, weitere problematische Punkte im Gespräch mit der Vergabestelle zu erörtern (Stellungnahme vom 21. Juni 2011, S. 4).

3.7 Zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist zunächst festzuhalten, dass bereits die Betreffzeile des Schreibens vom 2. September 2011 den Begriff "Verzicht auf Teilnahme und Information" enthält. Zwar ist der Beschwerdeführerin zuzugestehen, dass das Schreiben entgegen der Darstellung der Vergabestelle nicht nur eine Klage über die versteckte Platzierung der Ausschreibung, sondern auch Rügen betreffend "restriktive technische Vorgaben" und die dadurch versuchte "Behinderung des Wettbewerbs" enthalten hat. Entscheidend ist indessen, dass die Anbieterin darauf hinweist, dass die Frist zur Anfechtung der Ausschreibung "leider" abgelaufen ist. Demnach geht sie am 2. September 2010 – zutreffend oder nicht – sinngemäss davon aus,

sich vor Gericht gegen die Ausschreibung und damit wohl auch die Ausschreibungsunterlagen nicht mehr wehren zu können. Entscheidend ist aber der Satz, wonach sich die A._____ freuen würde, "in Zukunft wieder" mit der Vergabestelle zusammenarbeiten zu können. Dies sei – so die Beschwerdeführerin – "jedoch nur möglich", wenn ihr "auch eine tatsächliche, echte Chance gegeben werde", an den Submissionen der Vergabestelle "so teilnehmen zu können, dass ein Zuschlag möglich ist". In diesem Sinne wird mit Schreiben vom 2. September 2010 um eine Stellungnahme innert 30 Tagen ersucht. Wenn die Beschwerdeführerin nun mit Stellungnahme vom 21. Juni 2011 behauptet, ihre Erklärung könne entgegen den mit Zwischenentscheid vom 19. Mai 2011 getroffenen Feststellungen nur so verstanden werden, dass sie an der in Frage stehenden Submission interessiert war, so könnte das allenfalls unter der Prämisse stimmen, dass hier eine einzigartige Vergabe in Frage steht, mit welcher einmalig eine ganz besondere Leistung nachgefragt wird, welche sich in den nächsten Jahren so nicht wiederholt. Davon gehen indessen weder die Beschwerdeführerin noch die Vergabestelle aus. Vielmehr sind beide Seiten nach übereinstimmender Erklärung langfristig an einer Zusammenarbeit in Bezug auf kommende Beschaffungen von Fahrtreppen interessiert. Damit lässt sich aber das Schreiben vom 2. September 2010, was der Wortlaut bereits nahe legt, auch aufgrund der tatsächlichen Umstände ohne Weiteres so interpretieren, dass die Beschwerdeführerin für die Zukunft an einem Verhalten der Vergabestelle interessiert ist, welches zu möglichst viel Wettbewerb unter den Anbietern von Fahrtreppen führt. Dazu passt auch die Bemerkung der Beschwerdeführerin, das gerügte Verhalten der Vergabestelle sei "sicher nicht im Sinne des Wettbewerbsrechts". Eine Zusammenarbeit sei jedoch nur möglich, wenn der Beschwerdeführerin – meint: in Zukunft – auch eine "tatsächliche, echte Chance gegeben wird", an den Submissionen der SBB so teilnehmen zu können, dass ein Zuschlag möglich ist. Auch das Ersuchen um eine Stellungnahme innerhalb 30 Tagen lässt sich ohne Weiteres so verstehen, dass man im Sinne eines Debriefing nach Verzicht noch gewisse Punkte klären möchte. Dies beispielsweise um vertiefte Erkenntnisse darüber zu gewinnen, ob die Vergabestelle versucht hat, bestimmte Anbieter zu bevorzugen, was die Vergabestelle mit Schreiben vom 9. September 2011 bestreitet und für die Vertrauensbasis zwischen Anbieterin und Vergabestelle durchaus bedeutungsvoll sein kann. Auch in diesem Zusammenhang lässt sich der seitens der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. August 2011 noch einmal betonte Aufwand im Rahmen der Analyse der Ausschreibungsunterlagen in nahe liegender Weise begründen. Demnach führt die tatsächliche Ausgangslage entgegen der

Annahme der Beschwerdeführerin nicht dazu, dass die Würdigung des Erklärungsgehalts des Schreibens vom 2. September 2010, wie sie mit dem Zwischenentscheid vom 19. Mai 2011 vorgenommen worden ist, in Frage zu stellen ist. Vielmehr ist in diesem Schreiben ein klarer Verzicht auf den Status als interessierte und zur Anfechtung des Zuschlags befugte Anbieterin zu sehen. Diese Stellung lässt sich – wie bereits mit Zwischenentscheid vom 19. Mai 2011 (E. 4.6) festgehalten – nach einer Verzichtserklärung auch nicht wiederherstellen. Demnach hilft es der Beschwerdeführerin nichts, wenn sie später nach Beizug eines Anwalts mit Schreiben vom 20. Januar 2011 ausgeführt hat, sie behalte sich die Anfechtung des Zuschlags vor für den Fall, dass die Vergabestelle ihre Auffassung, das vorliegende Verfahren sei abzubrechen, nicht teile. Damit wusste der Rechtsvertreter aber auch, welche Formulierungen jedenfalls genügen würden, um das Interesse, weiterhin als interessierte Anbieterin behandelt zu werden, zu bekunden. Auch vor diesem Hintergrund überzeugen die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach das Gericht in nicht realitätsnaher Weise quasi wörtlich auf einer Formulierung beharre, derzufolge die Beschwerdeführerin "wie ein Offerent behandelt zu werden" wünsche, in keiner Weise (Stellungnahme vom 21. Juni 2011, S. 5). Klar ist indessen, dass auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die regelmässig im Beschaffungsmarkt agierende Anbieterin nicht anwaltlich vertreten war, ein blosser Hinweis auf Mängel des Verfahrens, etwa diskriminierende technische Spezifikationen, nicht genügt. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass auf die Beschwerde bereits aufgrund der Auslegung der an die Vergabestelle gerichteten Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. September 2010 mangels Beschwerdelegitimation nicht einzutreten ist. Demnach kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin nicht ausserdem gehalten gewesen wäre, ihre Rügen bis zur Offerteingabefrist vom 1. September 2010 vorzubringen.

4.

4.1 Gemäss Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) richten sich die Verfahrenskosten nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung sowie der finanziellen Lage der Parteien. Angesichts des Vergabevolumens von ca. Fr. 11'300'000.- sowie der Verfahrenserledigung durch Nichteintreten (vgl. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2561/2009 vom 20. Juli 2009, E. 7) sind im Sinne von Art. 4 VGKE die Verfahrenskosten für den Entscheid in der Hauptsache auf Fr. 10'000.- festzusetzen. Damit ist auch der in Ziff. 5 des Dispositivs des Zwischenentscheides vom 19. Mai 2011 vorbehaltene Aufwand des Entscheides betreffend das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mitumfasst. Da auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und es sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

4.2 Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vergabestelle ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen. Dasselbe gilt für die Zuschlagsempfängerin, welche sich nicht als Partei konstituiert hat.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP 612797; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Rechtsvertreter; Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Laura Melusine Baudenbacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. Oktober 2011