



Zwischenentscheid vom 10. Oktober 2014

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech,
Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus:

1. **A.**_____ **GmbH,**

2. **B.**_____ **AG,**

beide vertreten durch Rechtsanwälte

Prof. Dr. iur. Tomas Poledna und lic. iur. Philipp do Canto,
Bellerivestrasse 241, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,

Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,

vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Vergabestelle,

und

ARGE L._____, bestehend aus:

1. **M._____ SA,**
2. **N._____ Ltd.,**
3. **O._____ AG,**
4. **P._____ SA,**
5. **Q._____ S.p.A.,**
6. **R._____ S.p.A.,**
7. **S._____ S.p.A.,**

alle vertreten durch Rechtsanwälte
Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel,
Kasinostrasse 2, 8401 Winterthur,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (Ausschluss und
Verfahrensabbruch), Los Fahrbahn und Logistik CBT,
SIMAP-Projekt-ID 85680.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP am 21. Mai 2012 für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Teilabschnitt Bahntechnik CBT, den Bereich Fahrbahn und Logistik im offenen Verfahren ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 735997),

dass die Vergabestelle am 15. August 2013 auf SIMAP publiziert hat, dass sie den Zuschlag an die ARGE L._____, bestehend aus M.____ SA, N.____ Ltd., O.____ AG, P.____ SA, Q.____ S.p.A., R.____ S.p.A. und S.____ S.p.A., zum Preis von CHF 96'404'956.75 erteilt habe (Meldungsnummer 786679),

dass die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A.____ GmbH und B.____ AG, gegen diese Zuschlagsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 14. März 2014 teilweise gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen hat,

dass die Vergabestelle in der Folge mit Verfügung vom 14. April 2014 die Bietergemeinschaft X._____ aus dem Vergabeverfahren Los Fahrbahn und Logistik CBT wegen Nichterfüllens der Eignungskriterien ausgeschlossen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1) und das Vergabeverfahren abgebrochen hat (vgl. Dispositiv-Ziffer 3),

dass die Vergabestelle am 15. April 2014 die Abbruchverfügung auf der Internetplattform SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 817831),

dass die ARGE L._____ mit Eingabe vom 22. April 2014 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und beantragt hat, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 sei aufzuheben und der Vergabeentscheid der Vergabestelle sei wieder herzustellen (Verfahren 2C_383/2014),

dass die Bietergemeinschaft X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 5. Mai 2014 gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 14./15. April 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und beantragen, die Verfügung vom 14./15. April 2014 sei aufzuheben und es sei ihnen der Zuschlag zu erteilen, eventuell sei die

Verfügung aufzuheben und die Sache sei an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anweisung, das Verfahren fortzusetzen und ihnen den Zuschlag zu erteilen, subeventuell sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen,

dass die Beschwerdeführerinnen in prozessualer Hinsicht beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle einstweilen zu untersagen, das Projekt neu auszuschreiben oder freihändig zu vergeben,

dass die Instruktionsrichterin mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, ihrer Beschwerde vom 5. Mai 2014 sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, teilweise gutgeheissen und der Vergabestelle zurzeit untersagt hat, den Auftrag anderweitig zu vergeben,

dass die Instruktionsrichterin zugleich das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts 2C_383/2014 sistiert hat,

dass das Bundesgericht die Beschwerde im Verfahren 2C_383/2014 mit Urteil vom 15. September 2014 gutgeheissen und den Vergabeentscheid bestätigt hat,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 19. September 2014 die Sistierung aufgehoben und den Beschwerdeführerinnen in Bezug auf den in Aussicht gestellten Entzug der aufschiebenden Wirkung das rechtliche Gehör gewährt hat,

dass die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 23. September 2014 beantragen, die aufschiebende Wirkung sei bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten,

dass sie zur Begründung ausführen, das Dispositiv des Urteils des Bundesgerichts 2C_383/2014 vom 15. September 2014 sage nichts zum Verhältnis der Zuschlags- und der später an deren Stelle getretenen Abbruchverfügung aus,

dass sie argumentieren, durch den Abbruch des Verfahrens sei die Zuschlagsverfügung hinfällig und gleichzeitig an sich auch das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos geworden, so dass mit der "Bestätigung" der Zuschlagsverfügung durch das Bundesgericht diese Zuschlagsverfügung nicht einfach wiederhergestellt werde, weshalb der Vollzug des Bundesgerichtsurteils gerade nicht in der Zuschlagserteilung

an die Beschwerdegegnerinnen bestehen könne, sondern allenfalls in der Neuausschreibung des Auftrags,

dass sie die Auffassung vertreten, aufgrund der Unklarheit über das Verhältnis der beiden von der Vergabestelle erlassenen Verfügungen und des Ausstehens der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils erscheine es als stossend, der Beschwerde im jetzigen Zeitpunkt die aufschiebende Wirkung zu entziehen und der Vergabestelle einen weiteren Entscheid zu ermöglichen, der unter Umständen im Widerspruch zu verfahrensmässigen und rechtsstaatlichen Grundsätzen stehe,

dass die Beschwerdegegnerinnen mit Stellungnahme vom 1. Oktober 2014 erwidern, dass das Bundesgericht den Zuschlag an sie ohne Wenn und Aber bestätigt habe, es demnach um die Umsetzung des Urteils des Bundesgerichts durch die Vergabestelle und das Bundesverwaltungsgericht gehe, und das Verbot, den Auftrag anderweitig zu vergeben, unverzüglich aufzuheben sei,

dass die Abbruchverfügung der Vergabestelle nicht rechtskräftig geworden sei, da sie in einem laufenden Verfahren betreffend den Zuschlagsentscheid erfolgt sei, und sie die Abbruchverfügung vorsorglich mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht angefochten hätten,

dass die Beschwerdegegnerinnen weiter ausführen, die von den Beschwerdeführerinnen beantragte Aufhebung des Abbruchs führe zwingend zu der vom Bundesgericht bestätigten Auftragsvergabe an die Beschwerdegegnerinnen, weshalb die Legitimation der Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde spätestens mit dem Entscheid des Bundesgerichts dahin gefallen sei und die Beschwerde im vorliegenden Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, allenfalls nicht auf sie einzutreten oder sie abzuweisen sei,

dass die Beschwerdegegnerinnen schliesslich vorbringen, das Interesse der Öffentlichkeit, dass der Ceneri-Tunnel rasch gebaut werde, sei deutlich gewichtiger als jenes der Beschwerdeführerinnen, mit formalistischen Scheinargumenten den Zug noch aufhalten zu wollen,

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 9. Oktober 2014 beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung umgehend zu entziehen und das Beschwerdeverfahren sei als gegenstandslos zu erklären und durch das Bundesverwaltungsgericht abzuschreiben,

dass sie zur Begründung ausführt, sie habe lediglich eine in vier Beschwerdeverfahren angefochtene und damit bisher nicht in Rechtskraft getretene Abbruch-Verfügung erlassen,

dass die Zuschlagsverfügung vom 12./15. August 2013 entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen nicht untergegangen, sondern durch das Dispositiv des Urteils des Bundesgerichts vom 15. September 2014 (2C_383/2014) autoritativ bestätigt worden sei, weshalb nicht die "Wiederherstellung" der Zuschlagsverfügung vom 12./15. August 2013 zur Debatte stehe, sondern vielmehr die Zuschlagsverfügung durch das bundesgerichtliche Urteil rechtskräftig geworden sei,

dass die Vergabestelle weiter ausführt, die Abschluss- und Abbruchverfügung vom 14. April 2014 stehe im Ergebnis im Widerspruch zum höchst-richterlichen Urteil, weshalb sie sie mit Datum vom 9. Oktober 2014 in Wiedererwägung gezogen und den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen wie auch der Beschwerdegegnerinnen aus dem Vergabeverfahren und den Verfahrensabbruch aufgehoben habe,

dass über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden ist (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 1.2; B-536/2013 vom 5. März 2013; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099),

dass diese Unterscheidung damit begründet wird, dass bei der Anfechtung eines Zuschlags der Vertragsschluss unmittelbar bevorsteht,

dass im vorliegenden Fall, seit dem Urteil des Bundesgerichts, die gleiche Konstellation vorliegt, obwohl der Anfechtungsgegenstand eine Ausschluss- und Abbruchverfügung ist, weshalb vorliegend über die aufschiebende Wirkung in Dreierbesetzung zu entscheiden ist,

dass das Bundesgericht im Verfahren 2C_383/2014 die Beschwerde der ursprünglichen Zuschlagsempfängerinnen mit Urteil vom 15. September

2014 gutgeheissen und den Zuschlag an die Beschwerdegegnerinnen bestätigt hat,

dass das bundesgerichtliche Urteil zurzeit zwar erst im Dispositiv vorliegt, aber rechtskräftig und in Bezug auf das Ergebnis unmissverständlich ist,

dass die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach die Zuschlagsverfügung durch den Abbruch des Verfahrens hinfällig und damit auch das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos geworden sei, so dass mit der "Bestätigung" der Zuschlagsverfügung durch das Bundesgericht diese Zuschlagsverfügung nicht einfach wiederhergestellt werde, offensichtlich haltlos sind,

dass die Abbruchverfügung gegenüber den Beschwerdegegnerinnen nicht in Rechtskraft erwachsen ist, da diese sie fristgerecht angefochten haben (vgl. das Parallelverfahren B-2433/2014) und jenes Verfahren im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils noch hängig war,

dass dies ohne Weiteres dem bundesgerichtlichen Urteil zu entnehmen ist, hätte das Bundesgericht doch sonst nicht in der Sache entschieden, sondern das bei ihm hängige Beschwerdeverfahren als gegenstandslos von der Geschäftskontrolle abschreiben müssen, was es bekanntlich nicht getan hat,

dass die Argumentation der Beschwerdeführerinnen daher selbst dann, wenn die Vergabestelle ihre Abbruchverfügung nicht in Wiedererwägung gezogen hätte, als offensichtlich haltlos erscheinen würde,

dass es aus diesem Grund jedenfalls in Bezug auf den vorliegenden Zwischenentscheid auch keine Rolle spielt, dass die Wiedererwägungsverfügungen vom 9. Oktober 2014 noch nicht rechtskräftig sind,

dass nach der höchstrichterlichen Bestätigung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerinnen die Beschwerde im vorliegenden Verfahren als offensichtlich aussichtslos einzustufen ist, soweit sie nicht durch den Wiederwägungsentscheid der Vergabestelle vom 9. Oktober 2014 gegenstandslos geworden ist,

dass die mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 verfügte aufschiebende Wirkung daher wieder zu entziehen ist,

dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die der Beschwerde mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 erteilte aufschiebende Wirkung wird entzogen.

2.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Je ein Doppel der Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 1. Oktober 2014 geht zur Kenntnis an die Beschwerdeführerinnen und die Vergabestelle.

4.

Je ein Doppel der Stellungnahme der Vergabestelle vom 9. Oktober 2014 geht inkl. Beilage zur Kenntnis an die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheidung vorab per Fax; Beilagen: gemäss Ziffern 3 und 4)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 85680; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheidung vorab per Fax; Beilage: gemäss Ziffer 3)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheidung vorab per Fax; Beilagen: gemäss Ziffer 4)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und 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: 10. Oktober 2014