



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-3374/2023
stm/bub/fem

Zwischenverfügung vom 3. August 2023

Besetzung

Instruktionsrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler,

In der Beschwerdesache

Parteien

B._____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Fabian Martens und/oder Melanie von Rickenbach,
Pestalozzi Rechtsanwälte AG,
Löwenstrasse 1, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

SBB AG Einkauf Infrastruktur,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und/oder Lucina Herzog,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

Gegenstand

Zuschlag betreffend das Projekt [...]
(SIMAP-Meldungsnummer: [...]; Projekt-ID: [...]),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass die Vergabestelle den am [Datum] der B. _____ AG erteilten Zuschlag für das Projekt [...], am [Datum] auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer [...]) publizierte,

dass dieser Zuschlag mit Verfügung vom [Datum] (zugestellt am [Datum]) widerrufen wurde namentlich mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe offensichtlich keinen Willen mehr, die von der Vergabestelle geforderte und von der Beschwerdeführerin verbindlich angebotene Leistung zu erbringen,

dass die Beschwerdeführerin gegen den Widerruf vom [Datum] mit Eingabe vom [Datum] Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhob,

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde wie auch mit Replik zu den prozessualen Anträgen vom [Datum] namentlich verlangt, es sei der Widerruf des Zuschlags aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, die Vertragsverhandlungen in guten Treuen weiterzuführen,

dass sie insbesondere den prozessualen Antrag stellt, es sei ihrer Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen,

dass sie zur Begründung unter anderem ausführt, nach einem (zweiten) erfolgreichen Managementmeeting (meint: in Bezug auf die Ersatzlösung [...]) sei der Zuschlag völlig überraschend und willkürlich widerrufen worden, wodurch das Vertrauensprinzip und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt worden sei,

dass der Beschwerde mit Verfügung vom [Datum] superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist,

dass die Vernehmlassung der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin innert erstreckter Frist am [Datum] erstattet wurde mit folgenden Anträgen:

"1. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.

2. Eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, während der Verfahrensdauer die in [...] ausgeschriebenen [Leistungen] bei der Beschwerdeführerin, einer anderen Anbieterin oder einem Dritten zu beziehen.

3. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Akten und Beilagen nur soweit zu gewähren, als diese keine schützenswerten und vertraulichen Angaben enthalten und nicht unter das Amtsgeheimnis fallen."

dass die Vergabestelle zur Begründung im Wesentlichen ausführt, die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag mit der von ihr offerierten [...] erhalten,

dass der Vergabestelle im Folgenden völlig überraschend mitgeteilt worden sei, dass die vorbehaltlos angebotene [anderweitig] gebunden sei,

dass nachdem auch der ersatzweise Einsatz [...] [für eine erste Zeitspanne] aus logistischen Gründen habe verworfen werden müssen, die Vergabestelle verbindliche Zusagen [...] [für einen zweiten Zeitraum] verlangt habe, was erst am [Datum] bestätigt worden sei,

dass die Vergabestelle der Beschwerdeführerin am [Datum] eine dem erfolgten Vertrauensverlust angepasste Version des Rahmenvertrages zugesandt habe, welche die Beschwerdeführerin wiederum am [Datum] abgelehnt habe,

dass die Vergabestelle angesichts dieser vergaberechtswidrigen und unangemessenen Forderungen zur Erkenntnis gelangt sei, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerrüttet sei, weshalb sie den Zuschlag am [Datum] widerrufen habe,

dass die Vergabestelle im Sinne eines Eventualbegehrens einen sogenannten Vorabbezug beantragt, indem sie die in Frage stehenden [Leistungen] für die Dauer des Verfahrens bei der Beschwerdeführerin, einer anderen Anbieterin oder einem Dritten beziehen will,

dass sie dazu ausführt, mit den ausgeschriebenen [Leistungen] könne angesichts der erforderlichen Regelmässigkeit solcher Arbeiten [und aus Sicherheitsgründen] nicht bis [Zeitpunkt] zugewartet werden, [...], weshalb ein partieller Vorabbezug angemessen erscheine,

dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom [Datum] Frist für eine auf den beantragten Vorabbezug beschränkte Replik gesetzt worden ist,

dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom [Datum] ihre Replik einreichte und beantragt, der Antrag der Vergabestelle auf Vorabbezug von [Leistungen] sei abzuweisen,

dass sie namentlich geltend macht, nachdem die Vergabestelle bereits für das Jahr [...] auf den Bezug von [Leistungen] verzichtet habe, könne sie auch bis [Zeitpunkt] zuwarten, da ihr entsprechende Leistungen mit E-Mail der Beschwerdeführerin bereits im Zeitraum [...] offeriert worden seien,

dass die Beschwerdeführerin ausserdem geltend macht, dass [ein notwendiger Projektschritt auf Auftraggeberseite] offenbar ohnehin noch nicht vorliege,

dass des Weiteren davon auszugehen sei, dass die Vertragsverhandlungen kurz vor dem Abschluss stünden, und die Beschwerdeführerin die Fortführung der Verhandlungen in guten Treuen beantrage,

dass schliesslich im Ergebnis geltend gemacht wird, es liege ein Fall selbstverschuldeter Dringlichkeit vor, auf welche sich die Vergabestelle nicht berufen könne,

dass im öffentlichen Beschaffungswesen die aufschiebende Wirkung lediglich auf Gesuch hin erteilt wird (Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB; SR 172.056.1 BöB]), wobei bei nicht offensichtlich unbegründeten Beschwerden eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (BVGE 2017 IV/3 E. 3.2 "Mobile Warnanlagen"),

dass wenn eine hinreichende Dringlichkeit ganz oder teilweise zu bejahen ist, auch offengelassen werden kann, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist,

dass auch vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, welche im Ergebnis zu einer teilweisen Gewährung der aufschiebenden Wirkung führen (Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3 "HP-Monitore"),

dass nach Art. 39 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) der Abteilungspräsident oder der Instruktionsrichter das Verfahren bis zum Entscheid leitet,

dass über Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags aufgrund der den Endentscheid präjudizierenden Wirkung praxisgemäss in Dreierbesetzung geurteilt wird (vgl. zum Ganzen PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER,

Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen),

dass im vorliegenden Kontext (noch) offen bleiben kann, ob der Instruktionsrichter wie bei einem Verfahrensabbruch (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II") auch bei einem Widerruf der Zuschlagsverfügung (im Unterschied zur Anfechtung eines Zuschlags) allein für die Beurteilung von Begehren auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig ist,

dass demgegenüber der Instruktionsrichter jedenfalls allein und vorab über den Eventualantrag, der Vergabestelle sei zu erlauben, während der Verfahrensdauer die [nachgefragten Leistungen] zu beziehen, entscheidet, sofern Dringlichkeit geltend gemacht wird, die in Frage stehenden Lieferungen unterteilbar sind und die beantragte Erlaubnis zum Leistungsbezug nur einen kleinen, die Anordnungen in Bezug auf die gesamte Leistung nicht übermässig präjudizierenden Anteil des Beschaffungsgegenstands zum Gegenstand hat (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-5488/2021 vom 6. April 2022 E. 2.2 "Mobilfunk in Bahntunneln I"),

dass dabei keine Hauptsachenprognose gemacht wird, da diese praxisgemäss dem für den Entscheid über die aufschiebende Wirkung zuständigen Spruchkörper vorbehalten ist, sondern lediglich eine Interessenabwägung vorgenommen wird,

dass Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens [Arbeiten im Bereich des Infrastrukturunterhalts sind],

dass insoweit eine Rahmenvereinbarung oder ein "dynamisches Beschaffungssystem" für den Bezug von Leistungen vom [Datum] bis zum [Datum] vorgesehen war (Ziff. [...] der Ausschreibung),

dass prima facie davon auszugehen ist, dass die vorliegende Vergabe sowohl in den Anwendungsbereich des Beschaffungsgesetzes als auch in den Staatsvertragsbereich fällt,

dass namentlich Dienstleistungen, in Bezug auf welche dauernder oder regelmässiger Bedarf besteht, für die Vergabestelle oft unverzichtbar sind, 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" und B-3238/2021 vom 20. September 2021 S. 6 f. "Google/Public Cloud"),

dass die dargelegte Dringlichkeit grundsätzlich als hinreichend erscheint, um einen teilweisen Leistungsbezug zu rechtfertigen, namentlich [aus Sicherheitsgründen],

dass die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hinweist, dass die Vergabestelle bisher – offenbar namentlich aus logistischen Gründen – nicht auf einen Leistungsbezug im Jahre [...] insistiert hat,

dass das aber jedenfalls nicht bedeutet, dass auch ein Leistungsbezug im [...] Quartal [...] ausser Betracht fällt, zumal Stand heute unklar erscheint, ob sich die Verfahrensbeteiligten über die Bedingungen des Leistungsbezugs bei der Beschwerdeführerin im [Zeitraum] einigen werden,

dass dabei insbesondere zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdeführerin sich in ihrer diesbezüglichen Argumentation auf ihren Beschwerdeantrag bezieht, wonach die Vergabestelle anzuweisen sei, die Vertragsverhandlungen in guten Treuen weiterzuführen (mit spezifischen Ausführungen zu Konventionalstrafen und Erfüllungsgarantie),

dass prima facie fraglich erscheint, ob das Gericht im Rahmen einer nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts durchzuführenden Prüfung der Rechtmässigkeit des angefochtenen Widerrufs derartige Anweisungen betreffend die Vertragsverhandlungen geben darf, was zulasten der Beschwerdeführerin ins Gewicht fällt,

dass die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hinweist, dass die geltend gemachte Dringlichkeit selbstverschuldet sein kann, was wiederum zulasten der Vergabestelle ins Gewicht fällt (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"),

dass indessen auch die 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 (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),

dass die Beschaffung der vorliegend nachgefragten Leistungen offenbar durch einen engen Anbietermarkt zusätzlich erschwert wird,

dass die Beschwerdeführerin vor allem auch die Darstellung der Vergabestelle, wonach die Gefahr [bzw. die Sicherheitsinteressen] nicht in Frage stellt, sondern diesbezüglich lediglich Schlüsse aus dem Umstand zieht, dass im Jahre [...] offenbar keine derartigen Leistungen bezogen werden sollten,

dass demnach die Beurteilung der Vergabestelle, wonach der beantragte Vorabbezug (jedenfalls in gewissem Umfang) "unausweichlich" ist, nachvollziehbar erscheint,

dass folglich mit Blick auf den Umstand, dass vorliegend gravierende Folgen vermieden werden müssen, offen bleiben kann, ob die Dringlichkeit durch Verfahrensbeteiligte verschuldet ist,

dass die Vergabestelle auf entsprechende Instruktion hin am [Datum] mitteilte, dass der geschätzte Auftragswert über die Laufzeit [...] schätzungsweise Fr. [...]– betrage,

dass demnach eine teilweise Gutheissung des Antrags der Vergabestelle, derartige Leistungen im Umfang [von 1/6 der in Frage stehenden Leistungen] vorgesehenen Volumens, ergebend ein Maximum von Fr. [...]– zu beziehen, auch das Endurteil mit Blick auf das gesamte Beschaffungsvolumen zwar erheblich, aber in gerade noch hinnehmbarer Weise präjudiziert,

dass nach dem Gesagten dem Eventualantrag der Vergabestelle lautend auf Bezug der in [...] ausgeschriebenen [Leistungen] während der Verfahrensdauer teilweise zu entsprechen ist für den Bedarf [einer Zeitspanne], das heisst in der Höhe von höchstens Fr. [...]–, spätestens aber abzurufen im [...] Quartal [...],

dass es der Vergabestelle dabei antragsgemäss freistehen soll, ob sie die in Frage stehenden Leistungen bei der Beschwerdeführerin oder einer Konkurrentin bezieht,

dass damit offen bleibt, ob allenfalls dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Blick auf die geltend gemachte Dringlichkeit im Rahmen des eigentlichen Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung (zugunsten der Vergabestelle und damit über die vorliegende

einzelrichterliche Anordnung hinausgehend) nur teilweise entsprochen werden kann (vgl. dazu etwa den Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.8.1 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"),

dass über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Vergabestelle wird erlaubt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, längstens aber bis zum [Datum], entsprechend dem Betrag von höchstens Fr. [1/6 der in Frage stehenden Leistungen].– (exkl. MWST) Leistungen zu beziehen, wie sie in der am [Datum] publizierten Zuschlagsverfügung vom [Datum] (SIMAP-Meldungsnummer [...]; [...]) definiert werden.

2.

Über die Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung wird mit dem Endentscheid befunden werden.

3.

Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Sabine Büttler

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), soweit er einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. August 2023