



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/fir/hej

Zwischenentscheid vom 28. August 2023

Besetzung

Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

In der Beschwerdesache

Parteien

B._____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Fabian Martens und Melanie von Rickenbach,
Pestalozzi Rechtsanwälte AG,
Feldeggstrasse 4, 8008 Zürich,
Beschwerdeführerin,
gegen

SBB AG Einkauf Infrastruktur,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. 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: [...]),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am [Datum] schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "[...]" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Projekt-ID [...]; Meldungsnummer [...]), welcher in Los 1 ([...]) und Los 2 ([...]) aufgeteilt war.

B.

Am [Datum] wurde der Zuschlag für das Los 1 ([...]) an die B. _____ AG, [Ort], (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) erteilt und am [Datum] publiziert (SIMAP-Meldungsnummer: [...]).

C.

Mit Verfügung vom [Datum] (zugestellt am [Datum]) widerrief die Vergabestelle den am [Datum] publizierten Zuschlag. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Zuschlagsempfängerin habe ihr nach der Zuschlagserteilung mitgeteilt, dass die für die Leistungserbringung notwendige [...] für das Jahr [...] bereits an Dritte [meint: anderweitig disponiert] sei. In der Folge hätten die Parteien nach einer alternativen Lösung gesucht. Die der neuen Situation angepassten Vertragsbedingungen habe die Beschwerdeführerin jedoch nicht akzeptiert. Damit habe die Vergabestelle leider feststellen müssen, dass die Zuschlagsempfängerin offensichtlich keinen Willen mehr gehabt habe, die von der Vergabestelle geforderte und von der Zuschlagsempfängerin verbindlich angebotene Leistung zu erbringen.

D.

Gegen die Widerrufsverfügung vom [Datum] erhob die Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdeführerin), mit Eingabe vom [Datum] Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht mit nachfolgenden Rechtsbehörden:

1. Es sei der Widerruf des Zuschlags vom [Datum] aufzuheben.
2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, die Vertragsverhandlungen in guten Treuen weiterzuführen, und namentlich im Rahmenvertrag (a) auf Konventionalstrafe(n) zulasten der Beschwerdeführerin zu verzichten oder diese auf ein angemessenes Mass zu reduzieren, (b) die Erfüllungsgarantie bei [Prozentangabe] % des Auftragswertes festzusetzen oder auf ein

angemessenes Mass zu reduzieren, (c) die Erfüllungsgarantie nach Vertragsbeendigung bei [Prozentangabe] % des Auftragswertes festzusetzen oder auf ein angemessenes Mass zu reduzieren.

3. Subsidiär sei die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin ihren Schaden zu ersetzen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Vergabestelle.

Verfahrensanträge:

5. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (superprovisorisch) zu erteilen.
6. Es sei der Beschwerdeführerin uneingeschränkte Akteneinsicht in die einschlägigen Akten des Vergabeverfahrens der Vergabestelle zu gewähren, und insbesondere in sämtliche Akten, Unterlagen, Korrespondenzen der Vergabestelle intern oder (unter Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse) mit Dritten, die im Zusammenhang mit und vorgängig zum Widerruf bei der Vergabestelle vorhanden sind und in Bezug auf denselben als relevant erscheinen.

Zur Begründung ihrer Anträge führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Vergabestelle habe die Vertragsverhandlungen nach dem zweiten Management-Meeting vom [Datum] in Verletzung von Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV völlig überraschend abgebrochen. Die Beschwerdeführerin habe bereits [zu einem Zeitpunkt vor der Zuschlagserteilung] mehrfach darauf hingewiesen, dass die [Kapazitäten] für das Jahr [...] knapp würden. Zum Zeitpunkt der Mitteilung des benötigten [ursprünglichen Gegenstands der Nachfrage] sei dieser denn auch nicht mehr verfügbar gewesen. Darauf habe die Beschwerdeführerin die Vergabestelle informiert, dass die [nachgefragte Leistung] [mit einer in der Offerte nicht enthaltenen Alternativlösung] erbracht werden könnten, sofern die Feinplanung zeitnah erfolge, was leider nicht passiert sei. Am [Datum] habe man deshalb gemeinsam während eines Management-Meetings nach einer weiteren Übergangslösung für das Jahr [...] mit [einer in der Offerte enthaltenen Alternative] gesucht. Mit E-Mail vom [Datum] habe die Vergabestelle über den aktuellen Stand informiert und mitgeteilt, aufgrund [betrieblicher Gegebenheiten] auf die Leistungen im Jahr [...] zu verzichten. Gleichzeitig habe sie aber die Inanspruchnahme von Leistungen des [ursprünglichen Gegenstands der Nachfrage] für die Jahre [...] und [...] bestätigt. Am [Datum] habe die Beschwerdeführerin sodann einen angepassten Rahmenvertrag zur Prüfung erhalten. Mit E-Mail vom [Datum] habe sie dazu Stellung genommen und ihrerseits kleinere Änderungen vorgeschlagen. Drei Wochen später habe

die Vergabestelle ohne weitere Rücksprache und völlig überraschend in vergaberechtswidriger Weise den Zuschlag widerrufen.

E.

Mit Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom [Datum] beantragte die Vergabestelle in materieller Hinsicht, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne. In prozessualer Hinsicht stellte sie folgende Rechtsbegehren:

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 Los 1 ausgeschriebenen [nachgefragten 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.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung ihrer Anträge führte die Vergabestelle im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin habe den Zuschlag mit der von ihr offerierten [meint: ursprüngliche Gegenstand der Nachfrage] erhalten. Mehr als einen Monat nach dem Zuschlag habe ihr die Beschwerdeführerin jedoch völlig überraschend mitgeteilt, dass [der ursprüngliche Gegenstand der Nachfrage anderweitig gebunden] sei. Die Vergabestelle habe darauf versucht, mit der Beschwerdeführerin eine Notlösung für das Jahr [...] zu finden, einerseits weil man mit den [nachgefragten Leistungen] [Jahreszahl] möglichst bald habe beginnen wollen und andererseits, weil [eine Konkurrentin] in Los 1 [das von ihr Offerierte] nach der Bekanntgabe des Zuschlages anderweitig eingesetzt habe. Ein erstes Treffen vom [Datum] habe keine Lösung gebracht. Hingegen hätten sich die Parteien am [Datum] zu einem Management-Meeting getroffen, welches positiv verlaufen sei. Dabei sei der Einsatz [mittels einer in der Offerte enthaltenen Alternative] für [den Zeitraum] diskutiert worden, was aber aus [...] Gründen habe verworfen werden müssen. Mit E-Mail vom [Datum] habe die Vergabestelle von der Beschwerdeführerin erneut eine definitive Zusage für [den ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage für einen späteren Zeitraum] verlangt, was von der Beschwerdeführerin erst am [Datum] bestätigt worden sei. In der Folge

habe die Vergabestelle der Beschwerdeführerin am [Datum] eine dem erfolgten Vertrauensverlust angepasste Version des Rahmenvertrages zugesickt. Darauf habe die Beschwerdeführerin erst am [Datum] reagiert und mitgeteilt, sie lehne die Anpassungen ab. Gleichzeitig habe sie ihrerseits vergaberechtswidrige Anpassungen verlangt. Darauf sei die Vergabestelle zur Einsicht gelangt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien endgültig zerrüttet sei, weshalb sie den Zuschlag am [Datum] widerrufen habe.

F.

Mit Verfügungen vom [Datum] erhielt die Beschwerdeführerin einerseits Einsicht in die von der Vergabestelle geschwärzten Vorakten sowie andererseits Gelegenheit, zum Antrag der Vergabestelle, während der Dauer des Verfahrens [die nachgefragten Leistungen] bei der Beschwerdeführerin, einer anderen Anbieterin oder einem Dritten zu beziehen, Stellung zu nehmen.

G.

Mit Eingabe vom [Datum] beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung des prozessualen Antrages mangels Dringlichkeit. Die Beschwerdeführerin nahm im Sinne einer unaufgeforderten Replik auch Stellung zu den übrigen Ausführungen der Vergabestelle und rügte zusätzlich, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden.

H.

Mit Zwischenverfügung des Instruktionsrichters vom 3. August 2023 erlaubte das Bundesverwaltungsgericht der Vergabestelle, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, längstens aber bis zum [Datum] [nachgefragte Leistungen] im Umfang von Fr. [Betrag] (exkl. MWST) zu beziehen.

I.

Am 14. August 2023 reichte die Vergabestelle eine Duplik zur aufschiebenden Wirkung ein. Darin verwies sie im Wesentlichen auf ihre bisherigen Anträge und Ausführungen.

J.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Am 1. Januar 2021 trat auf Bundesebene das neue Beschaffungsrecht, insbesondere das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), in Kraft. Auf das mit Ausschreibung des Dienstleistungsauftrags mit dem Projekttitel "[...]" (Meldungsnummer [...]) am [Datum] eingeleitete Verfahren kommt das neue Recht zur Anwendung (Art. 62 BöB; Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021, auszugsweise publiziert als BVGE 2021 IV/6, E. 1 "Google / Public Cloud").

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Widerruf eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. f BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 Abs. 2 BöB).

1.3 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich (Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II"; B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung", vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen). Die Unterscheidung rechtfertigt sich dadurch, dass die Beschwerdeführerin nach einzelrichterlichen Entscheidungen über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung weiterhin in der Lage sein muss, den Zuschlag zu erhalten, auch wenn das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen werden sollte. Gleiches gilt auch für den Widerruf. Auch hier geniesst die Beschwerdeführerin in der Regel weiterhin Primärrechtsschutz gegen einen neuen Zuschlag, weshalb über das Begehren zur aufschiebenden Wirkung gegen den Widerruf einzelrichterlich zu entscheiden ist.

1.4 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und

das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

2.

2.1 Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Die Ausnahmen zum Geltungsbereich sind in Art. 10 BöB geregelt.

2.2 Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur im Staatsvertragsbereich zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB). Demnach gilt im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBI 2017 1851 ff., [im Folgenden: Botschaft BöB], S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB).

2.3 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) [...] dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 lit. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Dabei genügt es, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff „unmittelbar“ dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Urteil des BVGer

B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; DANIEL ZIMMERLI, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar BöB], Zürich 2020, Art. 4 Rz. 54 f.; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.3 "Weichenschleifmaschinen"; B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2.1 "Produkte zur Aussenreinigung III").

Die vorliegend zu beurteilende Vergabe dient der Beschaffung von [Arbeiten im Bereich des Infrastrukturunterhalts]. Der Vertrag hat eine Laufzeit vom [Anzahl Jahre]. Der beigelegte Rahmenvertrag der SBB inklusive AGB und Anhänge gilt inhaltlich auch für die Leistungen des Zuschlagsempfängers gegenüber der [...]. [...]. Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen demnach einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe auch unter diesem Gesichtspunkt in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB).

2.4 Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben. Ein solcher fällt gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB in den Staatsvertragsbereich, soweit er von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird. Massgebend ist insoweit die zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). In Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird von [infrastrukturelevanten Leistungen] gesprochen, was für Bauarbeiten im Sinne der CPC-Gruppe 513 spricht. Ob die in Frage stehenden Leistungen als [Bauarbeiten] oder als Dienstleistung zu beurteilen sind, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben. [...]. Demnach erscheint jedenfalls prima facie plausibel, dass die Klassifikation – wovon offenbar auch die Vergabestelle ausgeht (Ziffer 1.9 der Ausschreibung) – systematisch interpretiert so zu verstehen ist, dass [die in Frage stehenden Leistungen] so oder anders in den Staatsvertragsbereich fallen ([...]).

2.5 Der Schwellenwert für Beschaffungen von Dienstleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Bst. f BöB beträgt unter neuem Recht Fr. 640'000.– (Ziff. 1.2 Anhang 4 zum BöB). Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den ungefähren Auftragswert mit Fr. [Betrag] beziffert (vgl. Instruktionsverfügung vom 3. August 2023 S. 7), weshalb der Wert des in Frage stehenden Auftrags über dem Schwellenwert für Dienstleistungen liegt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB). Zugleich wäre

aber auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8'000'000.– erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB).

2.6 Nach dem Gesagten liegt eine gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB anfechtbare Verfügung vor und die in Frage stehende Vergabe fällt prima facie sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in den Staatsvertragsbereich.

2.7 Soweit die Beschwerdeführerin nebst der Aufhebung der angefochtenen Verfügung zusätzlich beantragt, der Vergabestelle seien nach der allfälligen Aufhebung des Widerrufs Anweisungen für die Fortsetzung der Vertragsverhandlungen zu erteilen (vgl. Ziff. 2 des Rechtsbegehrens), kann dem prima facie nicht gefolgt werden. Mit dem Zuschlag erhielt die Vergabestelle grundsätzlich die Erlaubnis, einen vergaberechtskonformen privatrechtlichen Vertrag auszuhandeln und abzuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1088 mit Hinweisen; MARTIN BEYELER, Geltungsanspruch des Vergaberechts [nachfolgend: Geltungsanspruch], 2012, Rz. 2547). Dabei hat sie sich an die Vorgaben und Festlegungen des Vergabeverfahrens zu halten (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2549 ff.). Vorgaben, wie die Vergabestelle nach einer allfälligen Aufhebung eines vergaberechtswidrigen Widerrufs diese Vertragsverhandlungen im Rahmen ihrer Abschlusserlaubnis fortzuführen habe, sprengen wohl den Streitgegenstand, nämlich die Prüfung der Rechtmässigkeit des Widerrufs. Auf das Rechtsbegehren, die Vergabestelle sei anzuweisen, die Vertragsverhandlungen in guten Treuen fortzuführen und Auflagen betreffend Konventionalstrafen und Erfüllungsgarantien zu beachten, kann deshalb prima facie nicht eingetreten werden.

2.8 Zusammenfassend ist das Bundesverwaltungsgericht prima facie für die Beurteilung der Rechtmässigkeit des angefochtenen Widerrufs zuständig. Ausserdem ist das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig (Art. 52 Abs. 2 i.V.m. 54 Abs. 2 BöB).

3.

3.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann

diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

3.2 Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zum aBöB können die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheide des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"; Zwischenentscheid des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"). In der Botschaft zum BöB (BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1981 f.) wird festgehalten, dass weder nach altem noch nach neuem Recht ein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist und im Übrigen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen.

3.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Service für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt

oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Vergabestelle wahrzunehmen hat. So wird in der Botschaft zum BöB namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (Botschaft BöB, BBI 2017 1851 ff., insb. S. 1982; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB 1994/2001) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 – fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"; Zwischenentscheide des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

4.

4.1 Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen

Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 5.1 "Tunnelfunkanlagen I" und B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen).

4.2

4.2.1 Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin. Sie macht geltend, es fehle ihr an einem schutzwürdigen Interesse für die isolierte Aufhebung des Widerrufs. Das Vergaberecht sehe keine Kontrahierungspflicht vor. Entsprechend könne eine Anbieterin aus einem Zuschlag keinen Anspruch auf einen Vertragsschluss herleiten. Bei Gutheissung der Beschwerde wäre der Widerruf aufzuheben gewesen, womit der Zuschlag an die Beschwerdeführerin wiederhergestellt wäre. Indessen wäre die Vergabestelle auch weiterhin nicht verpflichtet, mit der Beschwerdeführerin einen Vertrag abzuschliessen, weshalb sie aus der Aufhebung der Widerrufsverfügung keinen rechtlichen oder praktischen Nutzen ziehen könne. Anders würde sich die Lage gestalten, wenn mit dem Widerruf gleichzeitig der Abbruch des Vergabeverfahrens verfügt worden sei. In diesem Fall wäre die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin dann zu bejahen gewesen, wenn ihre Chance, die offerierte Leistung zu erbringen, durch den Widerruf des Zuschlages und den zeitgleichen Abbruch des Vergabeverfahrens insofern geschmälert worden wäre, als sie an einem neuen Vergabeverfahren erneut und unter Konkurrenz teilnehmen müsste. Vorliegend sei jedoch kein Abbruch erfolgt (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen, Rz. 63 ff.).

4.2.2 Die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass sie am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und den Zuschlag erhalten habe, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sei und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung habe.

4.3 Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48

Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

4.4 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihr gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft").

4.5 Im vorliegenden Verfahren richtet sich die Beschwerde gegen den Widerruf des Zuschlages. Die Vergabestelle weist zu Recht darauf hin, dass sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem Vergaberecht keine Kontrahierungspflicht ergibt (BGE 129 I 410 "Tujetsch"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 833 und Rz. 1088). Ihrer Schlussfolgerung, wonach deshalb bei der Anfechtung eines Widerrufs des Zuschlages ohne gleichzeitigen Abbruch des Verfahrens kein Rechtsschutzinteresse vorliege, kann jedoch prima facie nicht gefolgt werden. Mit dem Widerruf des Zuschlages wird das Vergabeverfahren in den Zustand vor dem Zuschlag versetzt (THOMAS LOCHER, in: Handkommentar BÖB, Art. 43 Rz. 3). Vorliegend kann den Vorakten entnommen werden, dass [Anzahl] Anbieterinnen ein Angebot abgegeben haben. Durch den Widerruf des Zuschlages kommt für den erneuten Zuschlag somit auch die [Konkurrenz] wieder in Frage. Damit würden die Chancen der Beschwerdeführerin, ihre Leistung erbringen zu können, geschmälert (vgl. mutatis mutandis Zwischenentscheid des BVGer B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 6.3). Die Beschwerdeführerin hat deshalb prima facie ein schützenswertes Interesse daran, dass die Zulässigkeit des Widerrufs gerichtlich überprüft wird.

4.6 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht bereits deshalb abzuweisen ist, weil auf die Beschwerde aller Wahrscheinlichkeit nach wegen fehlender Legitimation nicht eingetreten werden kann.

4.7 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), wobei die SIMAP-Publikation fristauslösend war. Im dem der Beschwerdeführerin zugestellten Absageschreiben wurde diesbezüglich ausdrücklich auf die Publikation verwiesen. Ausserdem wurde der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.8 Prima facie ist deshalb davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

5.

5.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, der Widerruf sei ohne ausreichende Begründung erfolgt, weshalb die Widerrufsverfügung allein schon aufgrund dieser formellen Gehörsverletzung aufzuheben sei (Beschwerde, Rz. 73; Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 50 f.).

5.2 Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, ergibt sich für die Behörden des Bundes aus Art. 35 Abs. 1 VwVG. Um dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör zu genügen, muss die Begründung einer Verfügung dem Betroffenen ermöglichen, die Tragweite der Verfügung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen (BVGE 2019 IV/2, nicht amtlich publizierte E. 3.3 "Betankungsanlagen"; Urteil des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 5 "2TG Bauabwasserbehandlung II" mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1070 ff.).

5.3 Im Vergaberecht ist die Begründungspflicht für eine Widerrufsverfügung nicht speziell geregelt. Art. 51 Abs. 2 BöB verlangt generell eine summarische Begründung von beschwerdefähigen Verfügungen (Art. 53 Abs. 1 Bst. a bis i BöB). Die für Zuschlagsverfügungen notwendigen summarischen Angaben sind in Art. 51 Abs. 3 BöB erwähnt. Art. 51 Abs. 2 BöB, wonach Verfügungen im Sinne von Art. 53 Abs. 1 Bst. a bis i BöB zu begründen und zu eröffnen sind, ist eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 sowie Art. 36 VwVG (vgl. Urteile des BVGer 4162/2022 vom 18. April 2023 E. 5.4 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 5.3 "Mediamonitoring ETH-Bereich II").

5.4 Demgegenüber fehlen im BöB Bestimmungen zum Inhalt der Begründung von Abbruch- oder Widerrufsverfügungen. Dazu hat das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2012/28 E. 3.6.4 für den Abbruch erkannt,

dass bei einer Abbruchverfügung höhere Anforderungen an die Begründungsdichte zu stellen sind als bei einer Zuschlagsverfügung. Deshalb müsse aus der Begründung hervorgehen, aus welchen sachlichen Gründen die Vergabestelle das Verfahren abbricht (vgl. Urteile des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 5.5 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.1 "Geo-Agrardaten"; B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 2.2.1 "Abbruch IT-Dienste"). Diese Grundsätze lassen sich prima facie auf die Widerrufsverfügung übertragen.

5.5 Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom [Datum] den Widerruf der Zuschlagsverfügung erklärt. Sie begründete diesen damit, die Beschwerdeführerin habe ihr acht Wochen nach dem Zuschlag, am [Datum], mitgeteilt, ihr Angebot doch nicht halten zu können, weil [der ursprüngliche Gegenstand der Nachfrage anderweitig disponiert] sei. In der Folge hätten weitere Versuche stattgefunden, eine einvernehmliche Lösung zu suchen und diese in einem gegenüber der Ausschreibung angepassten Vertrag vom [Datum] abzubilden. Die Rückmeldung der Beschwerdeführerin vom [Datum] habe jedoch deutlich gemacht, dass offensichtlich kein Wille mehr bestehe, die von der Vergabestelle geforderte und von der Beschwerdeführerin ursprünglich vorbehaltlos versprochene Leistung zu erbringen. Deshalb widerrufe die Vergabestelle den Zuschlag gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h ("keine verlässliche oder vertrauenswürdige Vertragspartnerin") und Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB ("unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin"). Für die Beschwerdeführerin war damit prima facie erkennbar, welche Begründung die Vergabestelle zum Widerruf des Zuschlags anführte und gestützt auf welche gesetzliche Grundlage dies geschehen sollte. Ob sich dies als zulässig erweist, ist keine formelle, sondern eine materielle Frage.

5.6 Selbst wenn im vorliegenden Fall von einer Gehörsverletzung ausgegangen werden würde, wäre diese prima facie jedenfalls nicht von einer Schwere, die als solche bereits die Aufhebung des Zuschlags oder die Erteilung der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen würde (vgl. den Zwischenentscheid des BVGer B-5500/2021 vom 29. Juli 2022 E. 6.5 "Tunnelfunkanlagen II").

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt vorab, die Vergabestelle habe die Vertragsverhandlungen treuwidrig abgebrochen; der Widerruf des Zuschlages sei in Verletzung von Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV erfolgt. Die Begründung,

wonach die Beschwerdeführerin keinen Willen mehr gehabt habe, die geforderte Leistung zu erbringen, sei offensichtlich vorgeschoben.

6.2 Das Gebot von Treu und Glauben prägt nicht nur das Verhältnis der Bürger untereinander (Art. 2 Abs. 1 ZGB), es gilt gemäss Art. 9 BV und Art. 5 Abs. 3 BV auch im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Bürger (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz.1 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/ULMANN, a.a.O., Rz. 620, 717). Handeln nach Treu und Glauben bedeutet Loyalität, Vertrauenswürdigkeit in allen rechtlichen Beziehungen, Vorausssehbarkeit und Berechenbarkeit des zwischenmenschlichen und staatlichen Verhaltens (BGE 142 IV 286 E. 1.6.2; 136 II 187 E. 8.1; HÄFELIN/MÜLLER/ULMANN, a.a.O., Rz. 620; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 2634 ff.). Dieses Gebot wirkt sich im Verwaltungsrecht vor allem in zweifacher Hinsicht aus: Einerseits verleiht es dem Privaten in Form des Vertrauensschutzes einen Anspruch auf Schutz seines berechtigten Vertrauens in ein bestimmtes Verhalten der Behörde. Andererseits folgt daraus auch ein Verbot des widersprüchlichen Verhaltens und ein Verbot des Rechtsmissbrauches (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 21 Rz. 2; HÄFELIN/MÜLLER/ULMANN, a.a.O., Rz. 621). Dabei bedarf der Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV einer Vertrauensgrundlage, die einen amtlichen Anlass erfordert. Berechtigtes Vertrauen setzt voraus, dass die Vertrauensgrundlage ausreichend individualisiert ist, dem Privaten bekannt gegeben wurde sowie einwandfrei erfolgt ist (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 22 Rz. 11; HÄFELIN/MÜLLER/ULMANN, a.a.O., Rz. 620 ff., 627). Grundsätzlich kann eine Zuschlagsverfügung eine solche Vertrauensgrundlage darstellen. Aber auch soweit Treu und Glauben nicht nach Art. 9 BV separat geprüft, sondern als Argument verwendet wird, um eine der Ausschluss- bzw. Widerrufgründe gemäss Art. 44 BöB zu bejahen oder zu verneinen, erscheint es – vergleichbar mit Abbruchverfügungen (vgl. dazu E. 7.3.2 hiernach) – nicht ausgeschlossen, dass an den Widerruf insoweit gewisse Anforderungen zu stellen sind und damit (auch) der Spielraum der Auftraggeberseite entsprechend zu begrenzen ist (vgl. dazu ausführlich E. 7.3.6 hiernach).

6.3 Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus privatrechtliche Ansprüche aus culpa in contrahendo geltend machen sollte, können diese im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls nicht als solche, sondern vielmehr nur insoweit relevant sein, als sich daraus Argumente für die Widerrechtlichkeit des Widerrufs ziehen lassen. Richtig ist aber jedenfalls, dass Vertragsparteien mit dem Eintreten in Vertragsverhandlungen verpflichtet sind,

diese nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu führen. Dazu gehört insbesondere, dass die Parteien Verhandlungen ihrer wirklichen Absicht gemäss führen und einander in gewissem Masse über Tatsachen unterrichten, die den Entscheid der Gegenpartei über den Vertragsschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können (BGE 105 II 75 E. 2a; 102 II 84). Ebenfalls treuwidrig wäre es, Vertragsverhandlungen fortzusetzen, obwohl kein Bindungswille mehr besteht (BGE 140 III 200 E. 5.2; BGE 77 II 135 E. 2a; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, in: Corinne Widmer Lüchinger/ David Oser [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, Rz. 96 zu Einl. vor Art. 1 ff.; vgl. zur Abgrenzung zwischen verwaltungsgerichtlicher und zivilgerichtlicher Zuständigkeit ausführlich E. 7.3.5 hier nach).

6.4 Mit der vorliegenden Ausschreibung beschafft die Vergabestelle [infrastrukturunterhaltsrelevante Leistungen] gemäss der Norm [...] (vgl. [...]). Die angebotenen [Gegenstände der Nachfrage] müssen eine gewisse [Mindestleistung] erfüllen, welche zwingend einzuhalten ist: [...] ([...]).

6.5 In ihrer Offerte vom [Datum] bot die Beschwerdeführerin zwei verschiedene [Gegenstände der Nachfrage] an: [den ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage] und [eine in der Offerte enthaltene Alternative]. Die [Leistung] [der in der Offerte enthaltenen Alternative] beträgt nach Angaben der Beschwerdeführerin lediglich [...]. [Die in der Offerte enthaltenen Alternative] ist zusätzlich nicht in der Lage, [wie geplant verschoben werden]. Die Beschwerdeführerin selbst sprach im Zusammenhang mit [der in der Offerte enthaltenen Alternative] von einer "punktuellen und kostengünstigen Ergänzung" des Angebots (Beilage 4 der Vergabestelle, S. 2). Damit erscheint prima facie fraglich, ob [die in der Offerte enthaltenen Alternative] die technischen Anforderungen und die verlangte Norm [...] erfüllt hätte. Damit hätte die Beschwerdeführerin den Zuschlag wohl nicht erhalten, wenn sie nur diese [in der Offerte enthaltene Alternative] angeboten hätte.

6.6 Mit der Abgabe des Angebotes akzeptierte die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen vorbehaltlos (Beschwerdebeilage 35). Diese sahen unter anderem vor, dass das Angebot und damit auch die angebotenen [Gegenstand der Nachfrage] bis zum [Zeitpunkt nach Erteilung des Zuschlages] freizuhalten waren (Ziff. 2.6 der Ausschreibungsunterlagen). Der Zuschlag an die Beschwerdeführerin erfolgte am [Datum] für den [ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage].

6.7 Acht Wochen später, am [Datum], schrieb die Beschwerdeführerin der Vergabestelle jedoch, dass sie [den] zugeschlagene(n) [ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage] bereits [Datum vor Zuschlagserteilung], also noch vor dem Zuschlag, [anderweitig] zur freien Verfügung gemeldet habe (Beschwerdebeilage 56). Dieser Vorgang wiegt umso schwerer, als die Beschwerdeführerin auch nach der Zuschlagserteilung fast zwei Monate damit zuwartete, die Vergabestelle über den Umstand zu informieren, dass [der ursprüngliche Gegenstand der Nachfrage] anders disponiert war; dies möglicherweise mit der Folge, dass zwischenzeitlich auch die [Konkurrenz] ihre angebotenen [Kapazitäten] freigegeben hatte und ebenfalls nicht mehr liefern konnte. Ob [die in der Offerte enthaltene Alternative] die technische Norm [...] erfüllt, wird von der Vergabestelle bestritten und erscheint prima facie fraglich. Er war jedenfalls vom Zuschlag nicht umfasst. So oder anders wird sich im Hauptverfahren auch die Frage stellen, ob sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Verhaltens auf die Zuschlagsverfügung als Vertrauensgrundlage berufen durfte oder ob die Zuschlagsverfügung insoweit von Anfang an fehlerhaft war (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.4.2 "Gebäudeautomation ETH"; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 11 zu § 22; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 654 ff.). Auf die Anforderungen an das Verhalten beider Parteien aus Treu und Glauben wird im Folgenden im Rahmen der Erörterungen zu Art. 44 BöB zurückzukommen sein.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin rügt in der Hauptsache, es sei kein Widerrufsgrund nach Art. 44 BöB zu erkennen. Aus den Vorakten ergebe sich klar, dass sich die Parteien spätestens seit dem [Datum] in konstruktiven Vertragsverhandlungen befunden hätten, was auch die Vergabestelle bestätigt habe (Beschwerdebeilage 62). In der Folge habe ihr die Vergabestelle am [Datum] eine E-Mail mit dem "der Situation entsprechend angepassten Vertrag" zugeschickt und darum gebeten "diesen zu prüfen" (Beschwerdebeilage 65). Die von der Vergabestelle vorgenommenen Änderungen des ursprünglich publizierten Rahmenvertrages seien jedoch sehr einseitig gewesen:

Reduktion der [meint: Einsätze] für das Jahr [Datum] [...], entgegen der anderslautenden Zusage in der E-Mail vom [Datum] (Beschwerdebeilagen 63 und 67),

Konventionalstrafen für die Verschiebung von [meint: Einsätze] bis zu Fr. [Betrag].– pro [meint: Einsätze], entgegen dem Verzicht auf Konventionalstrafen

im publizierten Rahmenvertrag (Beschwerdebeilage 9, Ziff. 6.5; Beschwerdebeilage 67),

Erhöhung der Erfüllungsgarantien von ursprünglich [Prozentangabe] % des erwarteten Jahresvolumens auf fix Fr. [Betrag], entgegen dem publizierten Rahmenvertrag (Beschwerdebeilage 67),

Verzicht der Senkung des Deckungsbeitrages der Garantie auf [Prozentangabe] % des erwarteten Jahresvolumens nach Vertragsende, entgegen dem publizierten Rahmenvertrag (Beschwerdebeilage 67).

Mit E-Mail vom [Datum] habe die Beschwerdeführerin den überarbeiteten Entwurf zurückgeschickt. Neben einigen Präzisierungen habe sie im Wesentlichen verlangt, dass die Risikoverteilung und der Wortlaut des publizierten Rahmenvertrages möglichst nicht verändert werden sollten. Dabei habe sie insbesondere folgende Anmerkungen vorgenommen (Beschwerdebeilage 68):

Beibehaltung der ursprünglich zugesicherten [meint: Einsätze] für das Jahr [...] (Beschwerdebeilagen 63, 68),

Verzicht auf eine zusätzliche Regelung zu den [meint: Modalitäten der Einsätze], welche im publizierten Rahmenvertrag nicht vorgesehen war (Beschwerdebeilage 67, Ziff. 6),

Keine Konventionalstrafen, wie im publizierten Rahmenvertrag vorgesehen (Beschwerdebeilage 68),

Keine Abänderung der Erfüllungsgarantie im Vergleich zum publizierten Rahmenvertrag (Beschwerdebeilage 68),

Abänderung gegenüber dem publizierten Rahmenvertrag betreffend Rücktrittsmöglichkeit, für den Fall, dass eine Schlüsselperson kündigt und ohne Zustimmung der Vergabestelle ersetzt würde (Beschwerdebeilage 68).

Die Vergabestelle habe den Erhalt des überarbeiteten Vertragsentwurfs umgehend bestätigt: "Gerne werden wir Ihre Punkte prüfen und Ihnen entsprechend ein Feedback zukommen lassen." (Beschwerdebeilage 68). Darauf habe die Beschwerdeführerin von der Vergabestelle nichts mehr gehört. Am [Datum] habe ihr diese völlig überraschend den Widerruf mit folgender Begründung mitgeteilt (Beschwerdebeilage 3): "[...] In der Folge haben diverse weitere Versuche stattgefunden, eine einvernehmliche Lösung zu finden und diese in einem gegenüber der Ausschreibung angepassten Vertragsentwurf abzubilden. [...] Gemäss Ihrer Rückmeldung dazu

per E-Mail vom [Datum] sind Sie auch nicht bereit, den angepassten Vertragsentwurf zu unterzeichnen. Hier möchten wir noch einmal festhalten, dass im Rahmen der Ausschreibung und dem dabei publizierten Vertragsentwurf von ihrer Seite keine Vorbehalte eingegangen sind. Damit müssen wir leider feststellen, dass Sie entgegen Ihrer Teilnahme am Ausschreibungsverfahren, Ihrem Angebot vom [Datum] und Ihren Aussagen am Management-Meeting vom [Datum] keinen Willen haben, die von der SBB AG geforderte und von Ihnen verbindlich angebotene Leistung zu erbringen." Damit habe die Vergabestelle den Widerruf einzig mit längst überholten Phasen der Verhandlungshistorie begründet (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 17, 20, 25).

7.2 Die Vergabestelle bestätigt, dass man nach der E-Mail vom [Datum] gemeinsam nach einer Notlösung für das Jahr [...] gesucht habe. Aktenwidrig und unzutreffend sei vor diesem Hintergrund jedoch die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe auf den Bezug von Leistungen für das Jahr [...] verzichtet (Beschwerdebeilagen 56, 57, 58 und 63; Beilage 9 der Vergabestelle; Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 122; Duplik, Rz. 5 ff.). Die Verhandlungen seien vielmehr daran gescheitert, dass die Beschwerdeführerin die Vertragsänderungen nicht akzeptiert habe. Dabei habe die Vergabestelle bei der Suche nach einer Notlösung für das Jahr [...] von Anfang an klargestellt, dass sie eine Leistungserbringung durch [Alternativlösungen] nur unter der Bedingung der Einführung von Konventionalstrafen und der Erhöhung der Erfüllungsgarantien akzeptieren werde. Dieser Kompromissvorschlag sei von der Beschwerdeführerin aber entgegen dem ursprünglich, mindestens teilweise signalisierten Einverständnis zum Schluss dann doch umfassend abgelehnt worden. Ein Entgegenkommen erscheine ausgeschlossen, weshalb die Vertragsverhandlungen als gescheitert gelten müssten (Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 114 ff.). Durch das Verhalten der Beschwerdeführerin sei vorliegend eine Vielzahl von Widerrufsgründen erfüllt, unter anderem habe sie ihr verbindliches Angebot zurückgezogen (Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 80 ff.), falsche bzw. irreführende Angaben gemacht (Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 92 ff.) und sie sei auch keine verlässliche oder vertrauenswürdige Vertragspartnerin gewesen (Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 98).

7.3

7.3.1 Am 1. Januar 2021 trat das totalrevidierte BöB in Kraft. Mit diesem wurde Art. VIII Abs. 4 des revidierten WTO-Übereinkommens über das

öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA; SR 0.632.231.422]) umgesetzt, welcher den Ausschluss griffiger als bisher regelt und mehr Ausschlussgründe beispielhaft aufzählt (Botschaft BöB, BBI 2017 1960). Diese wurden in Art. 44 BöB weiter ergänzt. Ausserdem wird in Art 44 Abs. 1 BöB – im Unterschied zum GPA – ausdrücklich festgehalten, dass die Tatbestände nicht nur für den Ausschluss, sondern auch für die Streichung aus einem Verzeichnis sowie für den Widerruf des Zuschlages gelten. Die Tatbestände werden aufgeteilt in solche, die eine sichere Kenntnis voraussetzen (Abs. 1) und in solche, die bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte (Abs. 2) zur Anwendung gelangen (LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 4, Rz. 10 ff. und 36 ff. zu Art. 44):

"[Art. 44 BöB] Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlages

¹ Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a. Sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt.
- b. Die Angebote oder Anträge auf Teilnahme weisen wesentliche Formfehler auf oder weichen wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung ab.

[...]

- h. Sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein.

[...]

² Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

- a. Sie haben unwahre oder irreführende Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin gemacht.

[...]

- d. Sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen.

7.3.2 Die Kodifizierung der einzelnen Widerrufsgründe erfolgte mit der Totalrevision des Beschaffungsrechts. Nach aBöB war ein Abbruch oder ein Widerruf zulässig, wenn kumulativ sachliche Gründe vorgelegen haben und wenn damit keine gezielte Diskriminierung einer Anbieterin beabsichtigt wurde (BGE 134 II 192 E. 2.3 "INSIEME", Urteile des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 8.9 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-6295/2017 vom 25. Februar 2020, auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2, E. 5.4 "Produkte zur Aussenreinigung I"; B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.4.1 "Gebäudeautomation ETH"). So wäre es beispielsweise diskriminierend, wenn ein Abbruch bzw. ein Widerruf darauf gerichtet wäre, den Zuschlag an einen unerwünschten Anbieter zu verhindern bzw. ihn einem solchen zu entziehen. Ausserdem hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf den Abbruch darauf hingewiesen, dass auch relevant sein kann, ob die Vergabestelle zwar einen sachlichen Grund geltend machen kann, aber in den Vertragsverhandlungen den Grundsatz von Treu und Glauben verletze (Urteile des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 8.3 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-6295/2017 vom 25. Februar 2020, auszugsweise publiziert in BVGE 2020 IV/2, E. 3.5 "Produkte zur Aussenreinigung I" und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 3.5 "Geo-Agrardaten"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 798, vgl. zum Ganzen neuerdings mit anderem Konzept das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden U 22 99 vom 13. Juni 2023 E. 3.4). Insbesondere das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 8. Juli 2016 "Datentransport BIT I" (E. 3.8 in fine) hat den Gesetzgeber wohl zu einer Klarstellung bewogen. Nach Art. 43 Abs. 2 BöB haben die Anbieterinnen im Fall eines gerechtfertigten Abbruchs keinen Anspruch auf eine Entschädigung (siehe auch Botschaft 2017 1960; vgl. dazu THOMAS LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 20 zu Art. 43 BöB). Eine solche Spezialregelung fehlt indessen in Bezug auf den Widerruf.

7.3.3 Umgekehrt ist das System der Widerrufsgründe nach Art. 44 BöB nicht so zu verstehen, dass ein Widerruf nur in Frage kommt, wenn ein Eignungskriterium oder eine Teilnahmebedingung nicht mehr erfüllt ist. Vielmehr lässt sich der von der Vergabestelle nicht angerufene Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB möglicherweise so interpretieren, dass ein Ausschluss auch dann erfolgen kann, wenn die Anbieterin – entgegen ihrem ursprünglichen Angebot – nur noch ein Produkt einsetzen kann, welches wesentlich von den verbindlichen Anforderungen einer Ausschreibung abweicht (vgl. Urteil des BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 6.5 "Schulhaus Glarus" sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 548 f. mit Hinweisen). Ausserdem kann die Vergabestelle nach Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB reagieren, wenn

durch das Verhalten der Anbieterin der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens durch ihr Verhalten beeinträchtigt wird. Besonders einschlägig ist diesbezüglich die Erläuterung gemäss der BöB-Botschaft, wonach es im Ermessen der Auftraggeberin liegt, ob und welches Verhalten (eingeschlossen ein Untätigbleiben) einer Anbieterin sie als derart unpassend qualifiziert, dass ein Widerruf des Zuschlags gerechtfertigt wäre (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1961). Im Rahmen der Prüfung einer subsidiären Verfassungsbeschwerde hat das Bundesgericht im Ergebnis vergleichbar erkannt, dass es trotz fehlendem explizitem Hinweis auf die nicht abschliessende Natur der Aufzählung der Ausschlussgründe im Glarner Submissionsgesetz nicht willkürlich sei, davon auszugehen, dass für den Fall, dass mit deutlich höheren Realisierungskosten zu rechnen ist als vorausgesetzt und das Vertrauensverhältnis erheblichen Schaden nimmt, was sich im zu beurteilenden Fall schliesslich auch im definitiven Scheitern der Vertragsverhandlungen geäussert hatte, nach Sinn und Zweck der Regelung ein Widerruf des Zuschlags möglich sein muss (Urteil des BGer 2C_29/2022 vom 6. Mai 2022 E. 6.6 "Schulhaus Glarus"; in Bestätigung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus VG 2021.00057 vom 25. November 2021 E. 4.3). Zugleich können Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlages bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.4.2 "Gebäudeautomation ETH"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus VG 2021.00057 vom 25. November 2021 E.4.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 548). Nur am Rande sei erwähnt, dass auch bei diesem Argument Treu und Glauben der massgebliche Gesichtspunkt ist.

7.3.4 Die Vergabestelle beruft sich im vorliegenden Zusammenhang auch auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB. Nach dieser Bestimmung können Anbieter unter anderem ausgeschlossen werden, wenn sie erkennen lassen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein. Weil der in dieser Bestimmung genannte Haupttatbestand die mangelhafte Erfüllung früherer öffentlicher Aufträge ist, stellt sich die Frage, ob sich die andere Tatbestandsvariante (im Unterschied zu Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB) nicht auch auf frühere Aufträge beziehen müsste (vgl. dazu etwa LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 32 zu Art. 44 BöB). Dies kann im vorliegenden Zusammenhang indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

7.3.5 Konzeptionell ist das schweizerische Vergaberecht durch zwei Phasen geprägt: In einer ersten Phase wird in einem öffentlich-rechtlich

fundierten Verfahren das Angebot bestimmt. In einer zweiten Phase kann die Auftraggeberin mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag abschliessen. Die Revision des Beschaffungsrechts wollte an diesem zweiphasigen Konzept nichts ändern: Der Zuschlag gemäss Art. 41 BöB beseitigt das grundsätzliche Abschlussverbot und ermöglicht es der Auftraggeberin, mit der Anbieterin, die das vorteilhafteste Angebot abgegeben hat, im Rahmen der Abschlusserlaubnis den Vertrag abzuschliessen (Botschaft BöB, BBl 2017 1957; vgl. zur Zweistufentheorie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1088; THOMAS P. MÜLLER, Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 7 ff. zu Art. 41). BEYELER weist in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass eine strikte zeitliche Aufspaltung der beiden Phasen abzulehnen ist (vgl. BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2407, 2409, 2414 und 2416). Der Vertrag, der in Vollziehung des Zuschlages geschlossen wird, ist jedenfalls privatrechtlicher Natur. Für Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis sind die ordentlichen Zivilgerichte zuständig (Urteil des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 8.5 "Produkte zur Aussenreinigung I"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1088).

7.3.6 In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann das Verhalten der Vergabestelle während der Vertragsverhandlungen prima facie Teil einer vergaberechtlichen Prüfung der Rechtmässigkeit eines Widerrufs einer Zuschlagsverfügung sein, namentlich soweit die Vergabestelle – wie vorliegend – den Widerruf (jedenfalls auch) mit dem Verhalten der Beschwerdeführerin im Rahmen der Vertragsverhandlungen begründet. Das führt im Ergebnis dazu, dass insoweit gewisse Argumente sowohl im öffentlich-rechtlichen Kontext der Widerrufsprüfung als auch zivilrechtlich relevant sein können. In diesem Zusammenhang ist ausserdem auf den Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung hinzuweisen, wonach die Vergabestelle die gewünschte Leistung definitiv und verbindlich zu umschreiben hat und davon grundsätzlich auch nicht in den Vertragsverhandlungen abweichen darf (zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "mobile Warnanlagen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 383, 1090 ff.). Daher ist auch die Abschlusserlaubnis "hochspezifisch" (BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 2549).

7.3.7 Im vorliegenden Fall ist die Vergabestelle während den Vertragsverhandlungen im Rahmen der Ausarbeitung der Ersatzlösung in nicht unwesentlichen Punkten von den mit der Ausschreibung publizierten Unterlagen (Rahmenvertragsentwurf) abgewichen. So zum Beispiel indem sie einseitig

die Einführung von Konventionalstrafen und die Erhöhung von Erfüllungsgarantien verlangt, ein Drittel der ursprünglichen Laufzeit des Vertrages vom Vertragsschluss ausgeklammert, garantierte Mindestbezüge reduziert oder wichtige Organisationsabläufe verändert hat (vgl. die von der Vergabestelle vorgenommenen Vertragsanpassungen gemäss E. 7.1 hiervor).

7.3.8 Mit Blick auf Treu und Glauben ist allenfalls auch der Umstand relevant, dass der Widerruf im vorliegenden Fall offenbar nicht angedroht oder die von der Auftraggeberin gewünschten Rahmenvertragsklauseln nicht als "letztes Angebot" bezeichnet worden sind, damit die Anbieterin erkennen konnte, dass der Widerruf unmittelbar bevorsteht, wenn sie nicht mit einer anderen Ernsthaftigkeit als bisher auf die Position der Gegenseite eingeht.

7.4

7.4.1 Der vorliegende Fall ist indessen durch einige Besonderheiten gekennzeichnet, die über das Ausgeführte hinausgehend zu berücksichtigen sind. Vor allem konnte die Beschwerdeführerin den [ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage] für das Jahr [...] nicht liefern und [die in der Offerte enthaltene Alternative] ist wohl ein den technischen Spezifikationen nicht entsprechendes "aliud" (vgl. E. 6.5 hiervor). In diesem Fall würde ihr Angebot wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweichen. Die Voraussetzungen des Widerrufs gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB wären jedenfalls im Moment, in welchem die Vergabestelle die Mitteilung erhalten hat, dass [der ursprüngliche Gegenstand der Nachfrage anderweitig disponiert] ist, möglicherweise erfüllt (vgl. E. 7.3.3 hiervor). Eine weitere Prüfung der zusätzlich geltend gemachten Widerrufsgründe gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h und Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB hätte sich jedenfalls unter dieser Hypothese wohl erübrigt.

7.4.2 Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend gemacht hat, die Vergabestelle habe mit ihrer Bereitschaft, gemeinsam nach einer Notlösung für das Jahr [...] zu suchen, die Möglichkeit, den Zuschlag zu widerrufen, verwirkt, erscheint dieses Argument bei einem normalen Anbietermarkt nicht von vornherein abwegig. Unter derartigen Umständen wäre es nämlich eher naheliegend, auf weitere Leistungen der Anbieterin zu verzichten und beispielsweise eine andere der dann in der Tendenz zahlreichen Anbieterinnen, welche ein Angebot eingereicht hat, zu berücksichtigen. Geschieht dies nicht, liesse sich allenfalls argumentieren, dass die Vergabestelle den Widerrufsgrund später nicht mehr geltend machen

können. Dann stellte sich die weitere Frage, ob sie das verhindern könne, indem sie sich ausdrücklich vorbehält, darauf zurückzukommen, wenn die weiteren – auf einer Ersatzlösung aufbauenden – Verhandlungen erfolglos blieben. Auch in Bezug auf den Widerrufgrund der unwahren oder irreführenden Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB liesse sich diesfalls überlegen, ob dieser auch später jederzeit geltend gemacht werden könne, wenn die Auftraggeberin auf die unwahren oder irreführenden Aussagen nicht unmittelbar reagiert hat.

7.4.3 Entscheidend fällt vorliegend – worauf die Vergabestelle zu Recht hinweist – prima facie ins Gewicht, dass es für die von der Auftraggeberseite nachgefragten Leistungen nur einen engen Anbietermarkt gibt. Auch auf die vorliegend in Frage stehende Ausschreibung sind nur [wenige] Angebote eingegangen. Das Bundesverwaltungsgericht berücksichtigt in verschiedenen Zusammenhängen den relevanten Markt, wenn es darum geht, die Rechtskonformität des Verhaltens der Vergabestelle zu beurteilen. So hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise entschieden, dass für den Fall, dass aufgrund der Ausschreibungsunterlagen keine vollständige Klarheit besteht in Bezug auf die Interpretation einer technischen Spezifikation, der Vergabestelle kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert hat, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 "Mobile Warnanlagen"). Vergleichbar hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Frage, ob Planungsarbeiten ausgeführt worden sind, erkannt, dass es in einem engen Anbietermarkt, der oft auch dadurch gekennzeichnet ist, dass es nur eine beschränkte Anzahl einschlägiger Referenzobjekte gibt, im Ermessen der Vergabestelle steht, auch einem Ausführenden die Planungsarbeiten als Referenz zuzuerkennen, wenn er die Planungsarbeiten massgebend anpassen und korrigieren muss (Zwischenentscheid des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2021 E. 7.4.9 f.). Das führt zum im Regelfall nicht erwünschten Ergebnis, dass sich zwei Unternehmen auf dasselbe Referenzprojekt berufen können. Im vorliegenden Fall gibt es gute Gründe anzunehmen, dass der enge Anbietermarkt und die Art der nachgefragten, nach Anlaufschwierigkeiten umso dringender benötigten Leistungen der Grund war, dass die Vergabestelle – trotz Nichtzurverfügungstehens der bezuschlagten [meint: ursprünglichen Gegenstand der Nachfrage] und des prima facie nicht gerade mustergültigen Verhaltens der Anbieterin – versucht hat, weiterhin mit dieser eine Lösung zu finden. Wenn dieses Vorgehen aufgrund der Marktsituation also nachvollziehbar erscheint, gibt es

auch gute Gründe dafür anzunehmen, dass das Widerrufsrecht nicht wirkt, wenn die Vergabestelle im Moment, in welchem sie sich dafür aus rechtlicher Sicht am wenigsten Fragen gefallen lassen muss (vgl. E. 7.4.1 hiervor), namentlich in Bezug auf die wesentliche Abweichung von Anforderungen, darauf verzichtet. Dass sie dies nach den spezifischen Erfahrungen mit der Anbieterin absichern möchte und mit dieser Begründung von den Konditionen des Rahmenvertragsentwurfs namentlich in Bezug auf Erfüllungsgarantie und Konventionalstrafe abweicht, entspricht prima facie auch nicht der klassischen Situation, wonach das Ignorieren der Bindung an die Ausschreibungsunterlagen in der Tendenz aus Gleichbehandlungsgründen problematisch erscheint. Dies jedenfalls unter der Voraussetzung, dass sich die Vergabestelle unverschuldet gezwungen sieht, in einem kleinen Markt innert vernünftiger Frist sicherheitsrelevante Leistungen zu beziehen.

8.

Zusammenfassend erscheint das Verhalten der Vergabestelle über das grosse Ganze gesehen unter Berücksichtigung des ihr zustehenden Ermessensspielraums prima facie hinreichend nachvollziehbar, was prima facie eher für die Rechtmässigkeit des Widerrufs spricht. Indessen ist nicht zuletzt mit Blick auf die ungewöhnlichen Rechtsfragen, die sich im vorliegenden Fall stellen, nicht von einer geradezu offensichtlich unbegründeten Beschwerde auszugehen.

9.

9.1 Nachdem festgestellt wurde, dass die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind die sich gegenüberstehenden Interessen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle gegeneinander abzuwägen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3797/2015 vom 13. Juli 2015 E. 4).

9.2 Die Vergabestelle vertritt die Auffassung, dass überwiegende öffentliche Interessen gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sprechen. Die in Frage stehenden [nachgefragte Leistungen] könnten nicht aufgeschoben werden. Die [infrastrukturelevanten Leistungen] seien in Bezug auf die Sicherheit des Bahnverkehrs] zwingend erforderlich [...]. [...].

9.3 Die Beschwerdeführerin bestreitet weiterhin das überwiegende öffentliche Interesse, weshalb der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu gewähren sei. Eine Dringlichkeit sei nicht ersichtlich, auch weil die Vergabestelle ihr gegenüber auf [nachgefragte Leistungen] mit [der in der

Offerte enthaltenen Alternative] im Jahr [...] verzichtet habe (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 6). Immerhin bleibt anzumerken, dass die Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend [...] die Dringlichkeit [...] anerkannt hatte ([...]).

9.4 Die Ausführungen der Vergabestelle, wonach [die nachgefragten Leistungen] betreffend Sicherheit von hoher Relevanz seien und nicht aufgeschoben werden können, sind nachvollziehbar. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 3. August 2023 der Vergabestelle bereits erlaubt, für die geschätzte Dauer des Verfahrens von sechs Monaten [nachgefragte Leistungen] im Umfang von Fr. [Betrag] (exkl. MWST) zu beziehen. Die Vergabestelle macht geltend, dass sie zusätzliche [nachgefragte Leistung] im Umfang des Jahres [...] benötigt, [...] (vgl. E. 9.2 hier vor). Dies erscheint jedenfalls teilweise nachvollziehbar. Auch die Tatsache, dass [...] nicht im gewünschten Umfang [nachgefragte Leistung] abgerufen werden könnten, spricht nicht gegen die Dringlichkeit, sondern könnte auch dazu führen, dass die Dringlichkeit deswegen erhöht ist. Aufgrund der Sicherheitsrelevanz der nachgefragten Leistungen erübrigt sich auch die Beantwortung der Frage, ob die Vergabestelle (oder auch die Beschwerdeführerin) die Dringlichkeit verschuldet hat (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. Zwischenverfügung des BVGer B-3374/2023 vom 3. August 2023 S. 7). Zugleich ist darauf zu achten, dass das vorliegende Rechtsmittelverfahren nicht zu weitgehend präjudiziert wird (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3797/2015 vom 13. Juli 2015 E. 4.7.2 "Publicom"). Der Vergabestelle ist insgesamt mit Blick auf den dauernden und regelmässigen Bedarf zu erlauben, für den Zeitraum (Erbringung der Leistung) bis Ende [...] [nachgefragte Leistung] im Umfang von Fr. [Betrag] (exkl. MWST) zu beziehen. Damit ist insgesamt der Leistungsumfang eines ganzen Jahres gemessen am [Anzahl Jahre] Rahmenvertrag freigegeben. Soweit die Bezugsbedingungen gemäss der Vorabbezugserlaubnis vom 3. August 2023 restriktiver waren (weniger hoher Betrag und Abruf spätestens im ersten Quartal [Jahrangabe]), werden diese durch die vorliegende Anordnung gegenstandslos.

9.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im dargestellten Sinne teilweise zu entsprechen ist.

10.

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 12. Juli 2023 die Vorakten in einer teilweise abgedeckten Version zugestellt wurden. Darauf verzichtete die Beschwerdeführerin mit Replik zur aufschiebenden Wirkung vom 31. Juli 2023 auf die Beantragung weiterer Akteneinsicht, behielt sich jedoch vor, ein allfälliges Begehren im Hauptverfahren zu stellen. Dementsprechend bleiben instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht vorbehalten. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Widerrufs zu machen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 14 "Tunnelfunkanlagen I").

11.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheides ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die das Hauptverfahren betreffenden weiteren Instruktionen erfolgen mit separater Verfügung.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

1.1 Der Vergabestelle wird erlaubt, bis Ende des Jahres [...] im Umfang von insgesamt Fr. [Betrag] (exkl. MWST) Leistungen zu beziehen, wie sie in der am [Datum] publizierten Zuschlagsverfügung vom [Datum] (SIMAP-Meldungsnummer [...]; Los 1) definiert werden.

1.2 In Bezug auf den übrigen Leistungsumfang wird dem Antrag der Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, entsprochen.

2.

Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

3.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Reto Finger

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: 1. September 2023