



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-4958/2013

stm/bub/fui

Zwischenentscheid vom 17. Februar 2014

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

In der Beschwerdesache

Parteien

ARGE X. _____, bestehend aus:

1. **A.** _____ **AG**,
2. **B.** _____ **AG**,
3. **C.** _____ **AG**,

alle vertreten durch Rechtsanwältinnen lic. iur. LL.M. Claudia
Schneider Heusi und/oder lic. iur. Katharina Bossert,
Schneider Rechtsanwälte AG,
Seefeldstrasse 60, Postfach 1016, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,
Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – Zuschlagsentscheid vom
15. August 2013 betreffend Projektcontrollingsystem (PCS) –
SIMAP Meldungsnummer 786689 (Projekt-ID 102814),

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass die Vergabestelle mit Beschwerdeantwort vom 7. Februar 2014 in der Sache auf Abweisung der Beschwerde schliesst,

dass die Vergabestelle ausserdem beantragt, es sei auf einen zweiten Schriftenwechsel zu verzichten, und schliesslich – was im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheids zu beurteilen ist – verlangt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung wiedererwägungsweise zu entziehen, soweit die Beschwerde nicht (meint: ohne Verzug und ohne Gewährung eines weiteren Schriftenwechsels) abgewiesen wird (vgl. dazu insb. Beschwerdeantwort, S. 22 unten),

dass die Beschwerdeantwort, welche auch die vorliegend zu beurteilenden Anträge enthält, den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 10. Februar 2014 einstweilen zur Kenntnis zugestellt worden ist,

dass bereits der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens gebietet, dass der Beschwerdeführerin im Hauptverfahren die Möglichkeit einer Stellungnahme zu gewähren ist, da eine gegenteilige Vorgehensweise Art. 6 Ziffer 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzen würde (BGE 138 I 486 E. 2.2 mit Hinweisen, BGE 133 I 103 E. 4.3 in fine; vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage, Basel 2013, S. 164 ff. Rz. 3.49 f.), wodurch das Verfahren so oder anders nicht direkt dem Endentscheid zugeführt werden kann, womit über den Antrag auf Wiedererwägung des Zwischenentscheides vom 23. Oktober 2013 betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung vorab zu entscheiden ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht, welches gestützt auf Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung entschieden hat, auch in der gleichen Besetzung für die Beurteilung des vorliegenden Wiedererwägungsgesuchs zuständig ist,

dass vorliegend weder Revisionsgründe geltend gemacht werden noch sonst behauptet wird, der Zwischenentscheid vom 23. Oktober 2013 sei in Bezug auf die Art der Berücksichtigung der abzuwägenden Risiken rechtsfehlerhaft (vgl. zur behaupteten Fehlerhaftigkeit eines Entscheids über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung etwa den Zwischenent-

scheid B-6762/2011 vom 10. Februar 2012, auszugsweise publiziert als BVGE 2012/6, E. 2), welcher folgerichtig auch unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist,

dass die Risikoanalyse "In & Out", auf die die Vergabestelle verweist, zum Zeitpunkt des Zwischenentscheides betreffend die aufschiebende Wirkung bereits als Beilage 10 zur Vernehmlassung vom 17. September 2013 vorgelegen hat und unbestrittenemassen berücksichtigt worden ist,

dass indessen Entscheide betreffend die ursprünglich gewährte aufschiebende Wirkung etwa aufgrund des sich verdichtenden Prozessstoffes zugunsten der Vergabestelle in Wiedererwägung gezogen werden können (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2013, Rz. 1352 mit Hinweis),

dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall indessen nicht sich verdichtenden Prozessstoff behauptet, sondern geltend macht, angesichts der Dauer des Verfahrens von 4 ½ Monaten sei die Dringlichkeit neu zu beurteilen, da aufgrund des vorgesehenen Terminrahmens zur Umsetzung des Projektcontrollingsystems von rund 22 Monaten der Zeitpunkt der Abnahme des Systems nun in einen Zeitraum Anfang 2016 falle, bei dem nicht mehr nur mit mittleren, sondern mit hohen Risiken gerechnet werden müsse,

dass die Vergabestelle richtigerweise davon ausgeht, dass sich auch in Bezug auf die Dringlichkeit eine neue Ausgangslage ergeben kann, welche eine Neubeurteilung mit der Folge des Entzugs der aufschiebenden Wirkung notwendig machen kann,

dass indessen selbst unter der Annahme, dass allein die Dauer des Hauptverfahrens Anlass zu einer Neubeurteilung geben könnte, in der bisherigen Dauer des vorliegenden Verfahrens kein derartiger Umstand erblickt werden kann, woran im Übrigen auch der Ablauf der Offertbindefrist am 21. Mai 2014 nichts ändert,

dass die Vergabestelle weiter ausführt, die Ausschreibung des Projektcontrollingsystems zur Umsetzung der NEAT-Controllingweisung werde von der Eidgenössischen Finanzkontrolle aufmerksam beobachtet,

dass die Vergabestelle ausserdem unter Beilage der entsprechenden Einladung darauf hinweist, dass sie am 3. Februar 2014 aufgefordert war, anlässlich der Tagung der NEAT-Aufsichtsdelegation der Eidgenössi-

schen Räte über den Stand und das weitere Vorgehen bei der dringlichen Ablösung von GRANID zu informieren,

dass sich aus der Einladung vom 21. Januar 2014 bzw. der Traktandenliste dieser Tagung tatsächlich ergibt, dass unter dem Traktandum 6 mit dem Titel "ATG: Projektausführung Gotthard und Ceneri" im Rahmen des Subtraktandums 6.1 "Rückblick 2013 und Ausblick 2014" spezifisch eine Information der ATG zur "Ablösung GRANID" verlangt worden ist,

dass der Vergabestelle demnach zuzustimmen ist, soweit sie auf die hohe strategische Bedeutung des Projektcontrollingsystems hinweist, dass sich daraus aber entgegen der Ausführungen der Vergabestelle nicht ergibt, dass neue Sachverhaltselemente in Bezug auf die Dringlichkeit vorliegen,

dass selbst für den Fall, dass in der besonderen Aufmerksamkeit, welche durch die Einladung dokumentiert wird, ein neues Sachverhaltselement zu sehen wäre, dies jedenfalls nichts Entscheidendes an der Interessenabwägung ändert, wie sie mit dem Zwischenentscheid vom 23. Oktober 2013 (E. 5) vorgenommen worden ist,

dass demnach das Wiedererwägungsgesuch der Vergabestelle vom 7. Februar 2014 abzuweisen ist, wobei die weiteren Anordnungen in Bezug auf den Schriftenwechsel im Hauptverfahren dem Instruktionsrichter obliegen,

dass bei diesem Verfahrensausgang auf das Einholen einer Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zu den prozessualen Anträgen der Vergabestelle verzichtet werden kann,

dass schliesslich über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenverfahrens im Rahmen des Endentscheids zu befinden sein wird.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Wiedererwägungsgesuch der Vergabestelle vom 7. Februar 2014 betreffend den Zwischenentscheid vom 23. Oktober 2013, mit welchem der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, wird abgewiesen.

2.

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterinnen; Gerichtsurkunde, Verfügung vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 102814; Gerichtsurkunde, Verfügung vorab per Fax)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post an Zustelldomizil, vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:

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, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift 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 per Post und Fax: 17. Februar 2014