



---

Abteilung II

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

**Geschäfts-Nr. B-4959/2021**  
stm/syr/fem

## **Zwischenverfügung vom 27. Januar 2022**

In der Beschwerdesache

---

Parteien

1. **A.** \_\_\_\_\_,
2. **B.** \_\_\_\_\_,

beide vertreten durch die Rechtsanwälte  
Marquard Christen und Fabian Martens,  
CMS von Erlach Partners AG,  
Dreikönigstrasse 7, Postfach, 8022 Zürich,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Infrastruktur, Einkauf Fahrweg,  
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb und Lena Götzinger,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen –  
Zuschlag betreffend das Projekt "21-422 Gleisbau-

---

maschinen, Weichenschleifmaschinenleistungen"  
(SIMAP-Meldungsnummer 1215625; Projekt-ID 217009),

**wird festgestellt und in Erwägung gezogen,**

dass die Vergabestelle am 22. Oktober 2021 den Zuschlag für das Projekt "Gleisbaumaschinen, Weichenschleifmaschineleistungen" der C. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin 1) und der D. \_\_\_\_\_ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin 2) erteilt und mit Verfügung vom 22. Oktober 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 1215625) publiziert hat,

dass die Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (publiziert am 22. Oktober 2021) mit Eingabe vom 11. November 2021 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht erhoben hat,

dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 11. November 2021 und Replik vom 23. Dezember 2021 namentlich verlangt, der Zuschlag der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin 1 und die Zuschlagsempfängerin 2 sei aufzuheben und der Zuschlag sei dem Angebot der Beschwerdeführerin zu erteilen,

dass die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht insbesondere beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und der Vergabestelle sei für die Dauer des vorliegenden Verfahrens ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdegegnerin oder der Zuschlagsempfängerin 1 und 2 superprovisorisch zu untersagen, (a) einen Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin 1 und/oder der Zuschlagsempfängerin 2 zu schliessen sowie (b) weiterhin unter dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag von der damaligen Zuschlagsempfängerin bzw. freihändig Leistungen zu beziehen,

dass der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 15. November 2021 namentlich angeordnet hat, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrages mit den Zuschlagsempfängerinnen sowie der Bezug von Leistungen (freihändig bzw. bei der damaligen Zuschlagsempfängerin) gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag, zu unterbleiben haben,

dass die Vergabestelle mit Eingabe vom 29. November 2021 ihre Vernehmlassung zu den prozessualen Anträgen erstattet hat und namentlich

beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden könne, und folgende prozessualen Anträge stellt,

1. Die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei wieder zu entziehen.
2. Die Dispositiv Nr. 2 der Verfügung vom 15. November 2021 sei insoweit in Wiedererwägung zu ziehen, als der Bezug von Leistungen gemäss dem in der Ausschreibung 17-422 geschlossenen Vertrag untersagt worden ist.
3. Der Vergabestelle sei zu erlauben, zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit über einen Zeitraum von neun Monaten ab dem 1. Februar 2022, entsprechend dem Betrag von CHF 2.8 Mio. (exkl. MwSt.), Leistungen bei den beiden Zuschlagsempfängerinnen zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1215625) zu beziehen.
4. Der Vergabestelle sei Gelegenheit zu geben, zur Eingabe der Beschwerdeführerin betreffend der Rolle der B. \_\_\_\_\_ kurz Stellung zu nehmen.
5. Der Beschwerdeführerin seien die Vergabeakten nur unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen der übrigen Anbieterinnen zuzustellen und die Zuschlagsempfängerinnen seien vor Gewährung der Akteneinsicht anzuhören.

Alles unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

dass die Vergabestelle ihren prozessualen Antrag 3 damit begründet, zur Gewährleistung der Sicherheit im schweizerischen Zugverkehr sei es unabdingbar, dass das präventive Schleifen von Weichen auch im Jahr 2022 sichergestellt sei und dass die Vergabestelle zwar eine Verzögerung von wenigen Monaten, nicht jedoch eine Blockierung der Beschaffung für eine längere Dauer, antizipiert habe, und dass mit den Schleifarbeiten nicht bis Ende des nächsten Jahres zugewartet werden könne, da einmal entstandene Risse sich exponentiell vergrössern und zwangsläufig zum Schienenbruch führen, was die Sicherheit der Reisenden gefährde (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 146),

dass sie weiter darlegt, die ersuchte Erlaubnis um die Deckung des Notbedarfs im Betrag von Fr. 2.8 Mio. für die Dauer eines Dreivierteljahres sei angesichts der Zuschlagssumme von rund Fr. 15 Mio. über eine Vertragsdauer von vier Jahren verhältnismässig (Vernehmlassung zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 145 ff.),

dass die Beschwerdeführerin repliziert, der Vergabestelle sei zuzustimmen, dass das Weichenschleifen wie allgemein der Unterhalt des Netzes

wichtig für die generelle Instandhaltung und damit indirekt auch für die Sicherheit sei (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 20 ff., Rz. 54),

dass sie weiter ausführt, die Vergabestelle könne indes derzeit weiterhin auf Gleisunterhaltsleistungen mit schienengebundenen Schleifleistungen aus dem erwähnten Verfahren "Gleisbaumaschinenlose" zurückgreifen (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 22, Rz. 54; vgl. auch die Beschwerde Rz. 16),

dass sie schliesslich darlegt, der Grossteil des regulären Weichenunterhalts werde nicht durch Schleifen, sondern durch Schweissen durchgeführt, wobei es sich demgegenüber beim vorliegenden Vertragsgegenstand "Weichenschleifleistungen" um einen zyklischen Prozess handle, der darauf ausgerichtet sei, den allgemeinen Unterhalt sicherzustellen und die Life-Cycle Kosten von Weichen zu reduzieren (Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 22 ff., Rz. 54),

dass gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt werden,

dass im vorliegenden Fall die Ausschreibung am 31. Mai 2021 publiziert worden ist, womit auf das vorliegende Verfahren das neue Recht (Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]) anzuwenden ist,

dass im öffentlichen Beschaffungswesen die aufschiebende Wirkung lediglich auf Gesuch hin erteilt wird (Art. 54 Abs. 2 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 B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 3.3 "HP-Monitore"),

dass nach Art. 39 VGG 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 demgegenüber der Instruktionsrichter allein über die Anträge, der Vergabestelle sei der Bezug einer ersten Tranche der in Frage stehenden Lieferungen zu bewilligen, 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-3380/2021 vom 8. September 2021, S. 3 mit Hinweisen "Identity and Access Management"),

dass dabei keine Hauptsachenprognose gemacht wird, da diese praxisgemäss dem Dreierspruchkörper vorbehalten ist, sondern lediglich eine Interessenabwägung vorgenommen wird,

dass Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Auftragsvergabe von Maschinenleistungen im Bereich des maschinellen Gleisbaus und Gleisunterhalts in der Kategorie Schienenbearbeitung, Weichenschleifen vom 1. Januar 2022 bis zum 31. Dezember 2025 ist (Ziff. 2.6 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 B-3238/2021 vom 20. September 2021 "Google / Public Cloud", B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 4.1 "HP-Monitore"),

dass die dargelegte Dringlichkeit als hinreichend erscheint, um einen teilweisen Leistungsbezug im beantragten Umfang zu rechtfertigen, namentlich um den Unterhalt des Schienennetzes und damit auch die Sicherheit auf dem Schienennetz zu gewährleisten,

dass die Vergabestelle nach ihren Anträgen eine Anordnung benötigt, welche die Rechtslage ab dem 1. Februar 2022 klärt,

dass das Argument der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle könne weiterhin Leistungen aus der Ausschreibung "Gleisbaumaschinenlose" abrufen, nicht nur nichts an der Dringlichkeit ändert, sondern, dass die Beschwerdeführerin auch nicht hinreichend substantiiert, dass der seitens der Vergabestelle formulierte Bedarf auch unter der genannten Ausschreibung gedeckt werden könnte, wogegen prima facie bereits der Umstand spricht, dass die vorliegend in Frage stehenden Leistungen neu ausgeschrieben worden sind,

dass eine Gutheissung des Antrags der Vergabestelle, derartige Leistungen zu beziehen, auch das Endurteil mit Blick auf das Beschaffungsvolumen von insgesamt Fr. 15'802'400 (Bericht und Antrag vom 18. Oktober 2021, Ziff. 2.2; Telefonnotiz vom 15. November 2021) zwar erheblich, aber in gerade noch hinnehmbarer Weise präjudiziert,

dass nach dem Gesagten dem Antrag Nummer 3 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, spätestens aber bis zum 31. Oktober 2022, stattzugeben ist,

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 31. Oktober 2022, entsprechend dem Betrag von Fr. 2.8 Mio. (exkl. MwSt.) Leistungen von den bisherigen Leistungserbringerinnen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu beziehen, wie sie gemäss Zuschlagsverfügung vom 22. Oktober 2021 (SIMAP-Meldungsnummer 1215625) definiert werden.

#### **2.**

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der Instruktionsrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Cyrill Schäke

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die 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: 28. Januar 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 217009; Rechtsvertreter; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerinnen (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)