



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-6518/2015
stm/roe/bmm

Zwischenverfügung vom 10. November 2015

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
' _____ ',
vertreten durch Rechtsanwalt Stefan Wehrenberg und
Rechtsanwalt Lukas Rich, Blum&Grob Rechtsanwälte AG,
Neumühlequai 6, Postfach 3954, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,
Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,

Gegenstand

Beschaffungsobjekt ' _____ ',

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass die X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 13. Oktober 2015 vor dem Bundesverwaltungsgericht folgende Rechtsbegehren stellt:

- "1. Es sei die Gesuchsgegnerin anzuhalten, über einen allfälligen Austausch der Gesuchstellerin gegen einen anderen Sublieferanten im Los A. _____, Lieferung der B. _____ für den C. _____ eine formelle Verfügung zu erlassen und der Gesuchstellerin diese Verfügung formell zu eröffnen;
2. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, und es sei der Gesuchsgegnerin vorsorglich und vorläufig zu untersagen, einem allfälligen Austausch der Gesuchstellerin gegen einen anderen Sublieferanten im Los A. _____, Lieferung der B. _____ für den C. _____ zuzustimmen, bis über die Verfügung gemäss Ziff. 1 rechtskräftig entschieden ist.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gesuchsgegnerin."

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 14. Oktober 2015 auf die superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung verzichtet hat, da *prima facie* bis zu diesem Zeitpunkt keine formelle Verfügung ergangen ist und die Beschwerdeführerin auch nicht mit einem klaren Begehren um Erlass einer anfechtbaren formellen Verfügung in dieser Angelegenheit ersucht hat,

dass die Beschwerdeführerin daraufhin mit Schreiben vom 16. Oktober 2015 an die AlpTransit Gotthard AG von dieser ausdrücklich den Erlass einer anfechtbaren formellen Verfügung verlangt hat,

dass die AlpTransit der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 22. Oktober 2015 mitgeteilt hat, dass sie ihr Schreiben vom 16. Oktober 2015 zur Kenntnis genommen habe und sich zur ganzen Angelegenheit im Rahmen ihrer Stellungnahme zuhanden des Bundesverwaltungsgerichts äussern werde,

dass die AlpTransit Gotthard AG am 28. Oktober 2015 zum Rechtsbegehren Ziffer 1 der Beschwerdeführerin und zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung genommen hat,

dass die AlpTransit Gotthard AG darin beantragt, es sei sowohl auf die Beschwerde als auch auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht einzutreten, eventualiter seien Beschwerde und Gesuch abzuweisen,

dass die AlpTransit Gotthard AG in ihrer Eingabe vom 28. Oktober 2015 ausführt, sie verstehe sich in casu nicht als Vergabestelle, da vorliegend weder ein gegenwärtiger noch ein abgeschlossener beschaffungsrechtlich relevanter Zusammenhang bestehe,

dass die AlpTransit Gotthard AG weiter ausführt, beim vermeintlichen Beschwerdegegenstand "_____" handle es sich nicht um ein eigenständiges Beschaffungsobjekt, sondern ein Leistungspaket im Rahmen der Ausschreibung der '_____'technischen Installationen des C._____,

dass dabei nicht die Beschwerdeführerin, sondern die C._____ Zuschlagsempfängerin gewesen sei, weshalb die Beschwerdeführerin nicht Partei des betreffenden Vergabeverfahrens gewesen sei,

dass die AlpTransit Gotthard AG zudem ausführt, sie habe bezüglich des vermeintlichen Beschwerdegegenstandes nie eine beschaffungsrechtliche Verfügung erlassen und beabsichtige, dies auch in Zukunft nicht zu tun, weil ihrer Ansicht nach hierfür kein Anlass bestehe,

dass die AlpTransit Gotthard AG damit geltend macht, dass es in casu an einer anfechtbaren Verfügung, einem Beschwerdegegenstand und an einer Beschwerdelegitimation fehle, weshalb sie beantragt, es sei sowohl auf die Beschwerde als auch auf das Gesuch um aufschiebende Wirkung nicht einzutreten, eventualiter seien Beschwerde und Gesuch abzuweisen,

dass die Beschwerdeführerin darauf mit Eingabe vom 4. November 2015 repliziert, sie beabsichtige, eine neuerliche Beschwerde wegen Rechtsverweigerung bzw. Rechtsverzögerung einzureichen und wiederum aufschiebende Wirkung zu beantragen,

dass die Beschwerdeführerin ferner vorbringt, sie wolle in einem ersten Schritt erreichen, dass die AlpTransit Gotthard AG endlich mittels formeller Verfügung über einen allfälligen Austausch der Beschwerdeführerin gegen einen anderen Sublieferanten entscheide,

dass die Beschwerdeführerin weiter darlegt, dass ihr die AlpTransit Gotthard AG den Erlass einer anfechtbaren Verfügung bislang verweigert habe, was es ihr verunmögliche, sich gegen eine leichtfertige Auswechslung der Subunternehmerin nach dem Zuschlag zu wehren,

dass die AlpTransit Gotthard AG der Beschwerdeführerin demnach den Erlass der am 16. Oktober 2015 verlangten formellen Verfügung verweigert,

dass im vorliegenden Fall die Zuschlagsverfügung an die D._____ unbestrittenermassen längst rechtskräftig ist (...),

dass folglich über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Unterschied zur Anfechtung von Zuschlagsverfügungen durch unterlegene Anbieter im einzelrichterlichen Verfahren zu entscheiden ist (vgl. Art. 39 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32]),

dass laut Art. 48 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) unter anderem zur Beschwerde berechtigt ist, wer keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren erhalten hat (Urteil des BVGer B-2197/2011 vom 18. Oktober 2011 E. 2.2),

dass Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV; SR 101) einen Anspruch auf Behandlung von formgerecht eingereichten Eingaben einräumt und formelle Rechtsverweigerung verbietet,

dass diese verfassungsrechtliche Garantie durch Art. 46a VwVG konkretisiert wird, wonach namentlich gegen das unrechtmässige Verweigern einer anfechtbaren Verfügung Beschwerde geführt werden kann (MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2008, Rz. 2 zu Art. 46a VwVG),

dass eine formelle Rechtsverweigerung vorliegt, wenn eine Behörde auf eine solche Eingabe nicht eintritt und sie nicht den Regeln gemäss prüft (Urteil des BGer 2D_2/2010 vom 16. Juni 2014 E. 6.2 mit Hinweisen, unter anderem auf BGE 134 I 229 E. 2.3 und 129 I 91 E. 4.5),

dass im Beschaffungsrecht grundsätzlich nur beschwerdeberechtigt ist, wer sich durch Einreichung eines Angebots am Beschaffungsverfahren beteiligt hat (Urteil des BVGer B-2197/2011 vom 18. Oktober 2011 E. 2.2 und BVGE 2012/13 E. 3.1), wobei dem Beschwerdeführer bei Gutheissung seiner Begehren ein effektiver praktischer Vorteil erwachsen muss (BGE 141 II 14 E. 4.5),

dass Subunternehmern im Rahmen der Beurteilung von Zuschlägen die Beschwerdelegitimation regelmässig abgesprochen wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1312 mit Fn. 3013),

dass es in casu im Blick auf die verlangte, jedoch nichterlassene Verfügung unbestrittenermassen zutrifft, dass die Beschwerdeführerin keine Verfügung hat erwirken können, womit ihre Beschwerde im Sinne einer Rechtsverweigerungsbeschwerde grundsätzlich zulässig ist,

dass die Beschwerdeführerin zudem als Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin jedenfalls materiell beschwert ist und insofern auch ein schutzwürdiges Interesse an der Behandlung der Rechtsverweigerungsbeschwerde hat,

dass vorliegend mit Blick auf die folgenden Ausführungen nicht weiter darauf einzugehen ist, ob und inwieweit das Glaubhaftmachen eines Anspruchs auf Erlass einer Verfügung Eintretensvoraussetzung ist (MÜLLER, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 46a VwVG),

dass *prima facie* festzustellen ist, dass, soweit sich vorliegend durch die Stellungnahme der AlpTransit Gotthard AG vom 28. Oktober 2015 ein neues anfechtbares Objekt ergibt, dieser Umstand nichts daran ändert, dass bereits aufgrund der vorliegenden Beschwerde antragsgemäss über die aufschiebende Wirkung bzw. den Erlass vorsorglicher Massnahmen befunden werden kann,

dass die Beschwerdeführerin indessen erklärt, dass sie sich eine weitere Beschwerde ausdrücklich vorbehalte, ohne sich zu den prozessualen Begehren zu äussern, wonach der Entscheid über die aufschiebende Wirkung nur für die vorliegende Beschwerde Wirkung zu entfalten vermag,

dass die Beschwerdeführerin die Erteilung der aufschiebenden Wirkung – wie sie in ihrer Replik vom 4. November 2015 (S. 3) ausführt – mit dem Ziel beantragt, die Umsetzung eines allfälligen Subunternehmerwechsels einstweilen zu verhindern,

dass dadurch im Ergebnis eine Rechtsverweigerungsbeschwerde mit einem materiellen Begehren um vorsorgliche Massnahme verbunden wird (vgl. zur vorsorglichen Massnahme im Rechtsmittelverfahren in Vergabesachen etwa die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 5. Dezember 2013 E. 1.5),

dass die Beschwerdeführerin richtigerweise darauf hinweist, dass der der Vergabestelle genannte Subunternehmer seitens der Zuschlagsempfängerin nicht ohne Weiteres ausgetauscht werden kann (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1646)

dass die Beschwerdeführerin auf den Dissens mit der Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die kommerziellen Bedingungen hinweist, womit die Zuschlagsempfängerin gegenüber der Vergabestelle nicht geltend machen könne, sie habe ihre Subunternehmerin unverschuldet im Sinne der Ausführungen von BEYELER (a.a.O., Rz. 1649) verloren,

dass die AlpTransit Gotthard AG als Auftraggeberin allenfalls den Zuschlag widerrufen könnte, wenn die Zuschlagsempfängerin die geforderten Eignungskriterien nach Art. 9 BöB – diese betreffen den Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin – aufgrund des Wegfalls einer einen wesentlichen Beitrag leistenden Subunternehmerin nicht mehr erfüllen würde (vgl. Art. 11 Bst. a BöB),

dass insofern durch einen Wechsel der Subunternehmerin allenfalls die Eignung der Zuschlagsempfängerin D. _____ fraglich werden könnte, jedenfalls soweit der Bieter zur Begründung seiner Eignung auf die entfallene Subunternehmerin verwiesen hatte (BEYELER, a.a.O., Rz. 2746 mit Hinweisen),

dass indessen die Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit hat, unverzüglich gleichwertigen Ersatz zu stellen,

dass in der Lehre dazu ausgeführt wird, dass im Falle einer solchen Wiederherstellung ihrer Eignung zumindest nachher kein Widerrufsgrund mehr vorliege, so dass ein Widerruf des Zuschlags frühestens dann zulässig erscheine, wenn klar sei, dass kein gleichwertiger Ersatz – oder binnen zumutbarer Frist überhaupt kein Ersatz – offeriert werde (BEYELER, a.a.O., Rz. 2746 mit Fn. 2468),

dass im vorliegenden Zusammenhang wesentlich erscheint, dass die dargestellten Vorbehalte mit Blick auf einen Subunternehmerwechsel zugunsten bzw. zum Schutz der Vergabestelle formuliert werden,

dass im Falle einer Ersetzung der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin durch eine andere auch die nicht berücksichtigten Mitbewerber befugt sein könnten, von der AlpTransit Gotthard AG einen Widerruf des Zuschlags zu verlangen,

dass die Voraussetzungen des Subunternehmerwechsels *prima facie* aber nicht im Sinne eines Anspruchs des Subunternehmers zu verstehen sind dahingehend, dass er nur ohne Verschulden der Zuschlagsempfängerin

ausgewechselt wird, ansonsten auch nicht verständlich wäre, warum die Subunternehmer – wie oben ausgeführt – regelmässig nicht zur Anfechtung des Zuschlags legitimiert sind,

dass die vorliegende Streitigkeit, ob die Zuschlagsempfängerin die Beschwerdeführerin für die Lieferung der B. _____ (A. _____) durch eine andere Subunternehmerin ersetzen kann, mangels einer direkten Rechtsbeziehung zwischen der AlpTransit Gotthard AG und der Beschwerdeführerin nach dem Gesagten *prima facie* allein den privatrechtlichen Vertrag zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin betrifft, womit der Anspruch auf Erlass einer Verfügung gemäss dem Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen nicht gegeben ist,

dass aufgrund dessen die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin wegen offensichtlich unbegründeter Beschwerde abzuweisen sind, ohne dass auf die Ausführungen der Parteien zur Dringlichkeit des Verfahrens betreffend den Subunternehmerwechsel näher einzugehen wäre,

dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden ist.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Zustellung der Eingabe der Beschwerdeführerin vom 6. November 2015 an die AlpTransit Gotthard AG zur Kenntnis.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. um vorsorgliche Anordnungen wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

3.

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

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Rechtsvertreter; vorab per Fax)
- die AlpTransit Gotthard AG (Ref-Nr. SIMAP Projekt-ID ' _____';
Gerichtsurkunde; Beilage: gemäss Ziff. 1; Verfügung vorab per Fax)
- die E. _____ AG, ' _____ '
(Einschreiben; vorab per Fax)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Andrea Giorgia Röllin

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden 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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 10. November 2015