



Zwischenentscheid vom 10. Oktober 2014

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Hans Urech,
Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus:

1. **A.**_____ **GmbH,**
2. **B.**_____ **AG,**

beide vertreten durch Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Tomas Poledna und lic. iur. Philipp do Canto,
Bellerivestrasse 241, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,
Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,
vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Vergabestelle,

und

ARGE C._____, bestehend aus:

1. **E.**_____ **AG**,

2. **I.**_____ **AG**,

3. **K.**_____/ **T.**_____/ **U.**_____, bestehend aus:

3.1 **K.**_____ S.p.A.,

3.2 **T.**_____ AG,

3.3 **U.**_____ S.p.A.,

alle vertreten durch Dr. iur. Peter Galli, Rechtsanwalt,
Fraumünsterstrasse 17, 8001 Zürich,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (Ausschluss und
Verfahrensabbruch), Los Bahntechnik und
Gesamtkoordination CBT, SIMAP-Projekt-ID 85690.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,

dass die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP am 21. Mai 2012 für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Teilabschnitt Bahntechnik CBT, den Bereich Bahntechnik und Gesamtkoordination im offenen Verfahren ausgeschrieben hat (SIMAP-Meldungsnummer 736021),

dass die Vergabestelle am 15. August 2013 auf SIMAP publiziert hat, dass sie den Zuschlag an die ARGE C._____, bestehend aus der E._____ AG, der I._____ AG und der K._____/T._____/U._____ (ihrerseits bestehend aus der K._____ S.p.A., der T._____ AG und der U._____ S.p.A.) zum Preis von CHF 138'040'732.20 erteilt habe (Meldungsnummer 786683),

dass die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A._____ GmbH und B._____ AG, gegen diese Zuschlagsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben hat,

dass das Bundesverwaltungsgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 14. März 2014 teilweise gutgeheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen hat,

dass die Vergabestelle in der Folge mit Verfügung vom 14. April 2014 die Bietergemeinschaft X._____ aus dem Vergabeverfahren Los Bahntechnik und Gesamtkoordination CBT wegen Nichterfüllens der Eignungskriterien ausgeschlossen (vgl. Dispositiv-Ziffer 1) und das Vergabeverfahren abgebrochen hat (vgl. Dispositiv-Ziffer 3),

dass die Vergabestelle am 15. April 2014 die Abbruchverfügung auf der Internetplattform SIMAP publiziert hat (Meldungsnummer 817819),

dass die ARGE C._____ mit Eingabe vom 22. April 2014 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben und beantragt hat, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 sei aufzuheben und der Vergabeentscheid der Vergabestelle sei wieder herzustellen (Verfahren 2C_380/2014),

dass die Bietergemeinschaft X._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) mit Eingabe vom 5. Mai 2014 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vergabestelle vom 14./15. April 2014 erheben und beantragen, die Verfügung vom 14. April 2014 sei auf-

zuheben und es sei ihnen der Zuschlag zu erteilen, eventuell sei die Verfügung aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anweisung, das Verfahren fortzusetzen und den Beschwerdeführerinnen den Zuschlag zu erteilen, subeventuell sei die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzustellen,

dass die Beschwerdeführerinnen in prozessualer Hinsicht beantragen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuerst superprovisorisch und alsdann definitiv zu erteilen,

dass die Instruktionsrichterin mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 das Gesuch der Beschwerdeführerinnen, ihrer Beschwerde vom 5. Mai 2014 sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, teilweise gutgeheissen und der Vergabestelle zurzeit untersagt hat, den Auftrag anderweitig zu vergeben,

dass die Instruktionsrichterin zugleich das Verfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts 2C_380/2014 sistiert hat,

dass das Bundesgericht die Beschwerde im Verfahren 2C_380/2014 mit Urteil vom 15. September 2014 gutgeheissen und den Vergabeentscheid bestätigt hat,

dass die Instruktionsrichterin mit Verfügung vom 19. September 2014 die Sistierung aufgehoben und den Beschwerdeführerinnen in Bezug auf den in Aussicht gestellten Entzug der aufschiebenden Wirkung das rechtliche Gehör gewährt hat,

dass die Beschwerdeführerinnen mit Stellungnahme vom 23. September 2014 beantragen, die aufschiebende Wirkung sei bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten,

dass sie zur Begründung ausführen, das Dispositiv des Urteils des Bundesgerichts 2C_380/2014 vom 15. September 2014 sage nichts zum Verhältnis der Zuschlags- und der später an deren Stelle getretenen Abbruchverfügung aus,

dass sie argumentieren, durch den Abbruch des Verfahrens sei die Zuschlagsverfügung hinfällig und gleichzeitig an sich auch das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos geworden, so dass mit der "Bestätigung" der Zuschlagsverfügung durch das Bundesgericht diese Zuschlagsverfügung nicht einfach wiederhergestellt werde, weshalb der Vollzug des Bundesgerichtsurteils gerade nicht in der Zuschlagserteilung

an die Beschwerdegegnerinnen bestehen könne, sondern allenfalls in der Neuausschreibung des Auftrags,

dass sie die Auffassung vertreten, aufgrund der Unklarheit über das Verhältnis der beiden von der Vergabestelle erlassenen Verfügungen und des Ausstehens der Begründung des bundesgerichtlichen Urteils erscheine es als stossend, der Beschwerde im jetzigen Zeitpunkt die aufschiebende Wirkung zu entziehen und der Vergabestelle einen weiteren Entscheid zu ermöglichen, der unter Umständen im Widerspruch zu verfahrensmässigen und rechtsstaatlichen Grundsätzen stehe,

dass die Beschwerdegegnerinnen mit Stellungnahme vom 3. Oktober 2014 beantragen, die aufschiebende Wirkung sei unverzüglich zu entziehen, da andernfalls der Vollzug des höchstrichterlichen Entscheids verhindert werde,

dass sie ausführen, der von der Vergabestelle verfügte Verfahrensabbruch sei bisher nicht rechtskräftig, womit die im vorliegenden Vergabeverfahren ergangene Zuschlagsverfügung vom 12./15. August 2013 nicht untergegangen sei,

dass sie darauf hinweisen, dass die Vergabestelle auch jederzeit die Möglichkeit habe, die Abbruchverfügung bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über die Beschwerden gegen diese Abbruchverfügung in Wiedererwägung zu ziehen,

dass sie schliesslich ausführen, dass die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen, sofern bisher gegeben, mit dem bundesgerichtlichen Entscheid dahingefallen sei, da die von ihnen beantragte Aufhebung des Verfahrensabbruchs nur zu der durch das Bundesgericht bestätigten Zuschlagserteilung an die Beschwerdegegnerinnen führen könne, womit es den Beschwerdeführerinnen an einem rechtlich geschützten Interesse an ihrer Beschwerde ermangle,

dass die Vergabestelle mit Stellungnahme vom 9. Oktober 2014 beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung umgehend zu entziehen, und das Beschwerdeverfahren sei als gegenstandslos zu erklären und durch das Bundesverwaltungsgericht abzuschreiben,

dass sie zur Begründung ausführt, sie habe lediglich eine in vier Beschwerdeverfahren angefochtene und damit bisher nicht in Rechtskraft getretene Abbruch-Verfügung erlassen,

dass die Zuschlagsverfügung vom 12./15. August 2013 entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen nicht untergegangen, sondern durch das Dispositiv des Urteils des Bundesgerichts vom 15. September 2014 (2C_380/2014) autoritativ bestätigt worden sei, weshalb nicht die "Wiederherstellung" der Zuschlagsverfügung vom 12./15. August 2013 zur Debatte stehe, sondern vielmehr die Zuschlagsverfügung durch das bundesgerichtliche Urteil rechtskräftig geworden sei,

dass die Vergabestelle weiter ausführt, die Abschluss- und Abbruchverfügung vom 14. April 2014 stehe im Ergebnis im Widerspruch zum höchst-richterlichen Urteil, weshalb sie sie mit Datum vom 9. Oktober 2014 in Wiedererwägung gezogen und den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen wie auch der Beschwerdegegnerinnen aus dem Vergabeverfahren und den Verfahrensabbruch aufgehoben habe,

dass über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden ist (vgl. Zwischenentscheide des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2, mit Hinweisen; B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 1.2; B-536/2013 vom 5. März 2013; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1340 Fn. 3099),

dass diese Unterscheidung damit begründet wird, dass bei der Anfechtung eines Zuschlags der Vertragsschluss unmittelbar bevor steht,

dass im vorliegenden Fall, seit dem Urteil des Bundesgerichts, die gleiche Konstellation vorliegt, obwohl der Anfechtungsgegenstand eine Ausschuss- und Abbruchverfügung ist, weshalb vorliegend über die aufschiebende Wirkung in Dreierbesetzung zu entscheiden ist,

dass das Bundesgericht im Verfahren 2C_380/2014 die Beschwerde der ursprünglichen Zuschlagsempfängerinnen mit Urteil vom 15. September 2014 gutgeheissen und den Zuschlag an die Beschwerdegegnerinnen bestätigt hat,

dass das bundesgerichtliche Urteil zurzeit zwar erst im Dispositiv vorliegt, aber rechtskräftig und in Bezug auf das Ergebnis unmissverständlich ist,

dass die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, wonach die Zuschlagsverfügung durch den Abbruch des Verfahrens hinfällig und damit auch das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos geworden sei, so dass mit der "Bestätigung" der Zuschlagsverfügung durch das Bundesgericht diese Zuschlagsverfügung nicht einfach wiederhergestellt werde, offensichtlich haltlos sind,

dass die Abbruchverfügung gegenüber den Beschwerdegegnerinnen nicht in Rechtskraft erwachsen ist, da diese sie fristgerecht angefochten haben (vgl. das Parallelverfahren B-2389/2014) und jenes Verfahren im Zeitpunkt des bundesgerichtlichen Urteils noch hängig war,

dass dies ohne Weiteres dem bundesgerichtlichen Urteil zu entnehmen ist, hätte das Bundesgericht doch sonst nicht in der Sache entschieden, sondern das bei ihm hängige Beschwerdeverfahren als gegenstandslos von der Geschäftskontrolle abschreiben müssen, was es bekanntlich nicht getan hat,

dass die Argumentation der Beschwerdeführerinnen daher selbst dann, wenn die Vergabestelle ihre Abbruchverfügung nicht in Wiedererwägung gezogen hätte, als offensichtlich haltlos erscheinen würde,

dass es aus diesem Grund jedenfalls in Bezug auf den vorliegenden Zwischenentscheid auch keine Rolle spielt, dass die Wiedererwägungsverfügungen vom 9. Oktober 2014 noch nicht rechtskräftig sind,

dass nach der höchstrichterlichen Bestätigung des Zuschlags an die Beschwerdegegnerinnen die Beschwerde im vorliegenden Verfahren als offensichtlich aussichtslos einzustufen ist, soweit sie nicht durch den Wiederwägungsentscheid der Vergabestelle vom 9. Oktober 2014 gegenstandslos geworden ist,

dass die mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 verfügte aufschiebende Wirkung daher wieder zu entziehen ist,

dass über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids mit dem Endentscheid zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die der Beschwerde mit Zwischenentscheid vom 25. Juni 2014 erteilte aufschiebende Wirkung wird entzogen.

2.

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

3.

Je ein Doppel der Stellungnahme der Beschwerdegegnerinnen vom 3. Oktober 2014 geht zur Kenntnis an die Beschwerdeführerinnen und die Vergabestelle.

4.

Je ein Doppel der Stellungnahme der Vergabestelle vom 9. Oktober 2014 geht inkl. Beilage zur Kenntnis an die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerinnen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheid vorab per Fax; Beilagen: gemäss Ziffern 3 und 4)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 85690; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheid vorab per Fax; Beilage: gemäss Ziffer 3)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde; Entscheid vorab per Fax; Beilagen: gemäss Ziffer 4)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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 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. Oktober 2014