



---

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-6588/2018**

sce/grb/fao

## **Zwischenentscheid vom 4. Februar 2019**

---

Besetzung

Einzelrichterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

1. **X.** \_\_\_\_\_,  
2. **Y.** \_\_\_\_\_ **AG**,  
beide vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Felix Hollinger,  
Beschwerdeführende,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB**,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Niccolò Gozzi und/oder  
lic. iur. Jonas Oggier,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Ausschreibung Projektwettbewerb  
"Erweiterung Bahnhof A. \_\_\_\_\_",  
SIMAP-Meldungsnummer 964747,  
SIMAP-Projekt-ID 154704,

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur Projekte, Region Ost (im Folgenden: Vergabestelle) schrieben am 30. Oktober 2018 auf der Internetplattform SIMAP den Projektwettbewerb "Erweiterung Bahnhof A.\_\_\_\_\_" (Projekt-ID 154704) im selektiven Verfahren aus (Meldungsnummer 964747). Teilnahmeanträge waren bis zum 11. Dezember 2018 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4). Das Projekt wurde wie folgt umschrieben:

"Der Bahnhof A.\_\_\_\_\_ (...) weist heute nur drei Gleise auf [und] stellt (...) einen massgebenden Engpass im (...) S-Bahn-Netz dar. (...) In den Planungen des Bundes zum Ausbauschnitt 2030/35 ist daher die Erhöhung der Kapazitäten des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_ ein wichtiges Ziel als Grundlage für die Entwicklung sowohl der S-Bahn (...) als auch des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_ selbst. Mit der Erweiterung des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_ um ein viertes Gleis soll dieses Ziel erreicht werden. Das zusätzliche 4. Gleis in gegenüber den heutigen Anlagen abgesetzter Tieflage bedingt weitere Ausbauten des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_; insbesondere die Verbindungen mit der bestehenden Ladenpassage, die Verbreiterung des Mittelperrons (Gleise 2/3) und die Verbesserung der stadtseitigen Zugänge. (...) Die SBB sucht mit dem Wettbewerb ein Projekt und gleichzeitig ein Planerteam aus Architekten, Ingenieuren Tragwerksplanung, Ingenieuren Grund- / Spezialtiefbau, Ingenieuren Gebäudetechnik HLKKSE-GA, Landschaftsarchitekten und Lichtplanern, welches die komplexe Aufgabenstellung zum Ausbau des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_ lösen soll. Das Planerteam soll eine städtebaulich und architektonisch hochwertige, technisch umsetzbare und wirtschaftliche Gesamtlösung erarbeiten, welche den Anforderungen an den öffentlichen Verkehr gerecht wird. (...) Die Leistungen für den Folgeauftrag umfassen alle Phasen vom Vorprojekt bis zur Realisierung und Inbetriebnahme."

Ein Preisgericht wird gestützt auf die in der Ausschreibung aufgeführten Eignungskriterien maximal acht Anbieter für die Teilnahme am Projektwettbewerb selektionieren (Ausschreibung, Ziff. 3.11). Der Entscheid der Jury ist verbindlich (Ausschreibung, Ziff. 4.2). Jedes selektionierte Team, das ein vollständiges, anonymes und termingerechtes Angebot einreicht, erhält eine feste Entschädigung von Fr. 25'000.– (exkl. MwSt.) von der gesamten Preissumme für den Wettbewerb von Fr. 400'000.– (exkl. MwSt.). Das übrige Preisgeld steht dem Preisgericht für die Erteilung von Preisen zur Verfügung, wobei das Preisgericht die Anzahl und Höhe der Preisgelder festlegt (Ausschreibung, Ziff. 4.3). Teilnahmeberechtigt am Projektwettbewerb sind die im Rahmen des Präqualifikationsverfahrens durch das Preisgericht ausgewählten Anbieter (Ausschreibung, Ziff. 4.8). Am 28. Februar 2019 soll die Bestimmung der ausgewählten Teilnehmer erfolgen

(Ziff. 3.12). Die Angebote sind sodann bis zum 28. Juni 2019 einzureichen (Ziff. 3.13). Die Ausschreibung enthält die Namen der Mitglieder und Ersatzleute der Jury sowie allfälliger Experten (Ziff. 4.1).

## **B.**

X.\_\_\_\_\_ und die Y.\_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführende) erheben gegen die Ausschreibung mit Eingabe vom 19. November 2018 Beschwerde und stellen die folgenden Anträge:

"1. Die Ausschreibung vom 30. Oktober 2018 (Projektwettbewerb Erweiterung Bahnhof A.\_\_\_\_\_, SIMAP-Meldungsnummer 964747, SIMAP-Projekt-ID 154704) sei aufzuheben;

2. eventualiter sei die Ausschreibung vom 30. Oktober 2018 (Projektwettbewerb Erweiterung Bahnhof A.\_\_\_\_\_, SIMAP-Meldungsnummer 964747, SIMAP-Projekt-ID 154704) aufzuheben und nach Vornahme der notwendigen Verbesserungen erneut zu publizieren;

3. es sei dieser Beschwerde vorerst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich der Mehrwertsteuer zu lasten der Vergabestelle."

Die Beschwerdeführenden legen dar, dass der Beschwerdeführer 1 zwischen 1984 und 1990 im Zuge der Erweiterung des Bahnhofs A.\_\_\_\_\_ umfangreiche Architektur- und Bauingenieurleistungen für die Vergabestelle erbracht habe. Seine Beiträge genössen ohne Zweifel als "Werke der Baukunst" im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Bst. e des Urheberrechtsgesetzes urheberrechtlichen Schutz. Die Beschwerdeführenden kritisieren, eine den Anforderungen genügende Projekteingabe hätte unweigerlich entstellenden Charakter und würde entsprechend die unübertragbaren und unverzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen. Die Ausschreibung beziehungsweise Ausschreibungsunterlagen seien insofern rechtswidrig, als darin verlangt werde, dass die Arbeitsergebnisse der Anbieter keine Immaterialgüterrechte Dritter verletzen. Weil die Urheberrechte des Beschwerdeführers 1 verletzt würden, werde in der Ausschreibung von den Anbietern etwas verlangt, das diese gar nicht erfüllen könnten.

Weiter sei die in der Ausschreibung enthaltene Vorgabe, wonach alle Immaterialgüterrechte an den Wettbewerbseingaben an die Vergabestelle abzutreten seien, gesetzwidrig. Ferner habe die Vergabestelle die von der Beschwerdeführerin 2 erstellte Studie über die Erweiterung des Bahnhofs

A. \_\_\_\_\_ aus dem Jahr 2016 in den Ausschreibungsunterlagen nicht offen gelegt. Art und Umfang der Vorbefassung der Beschwerdeführerin 2 als Anbieterin mit der Absicht, die Erweiterung des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ selber zu übernehmen, würden den übrigen Anbietern vorenthalten, obschon diese Information grundsätzlich geeignet wäre, den Entscheid für oder gegen eine Wettbewerbsteilnahme zu beeinflussen. Die unzulässige Informationsasymmetrie gegenüber den Anbietern könnte im Falle eines Zuschlags an die Beschwerdeführerin 2 zu einem erhöhten Risiko von Anfechtungen wegen Vorbefassung und Schadenersatzansprüchen der anderen Teilnehmer gegen die Vergabestelle führen.

Die Beschwerdeführenden seien zur Beschwerde legitimiert. Als Inhaber der durch die Ausschreibung höchst gefährdeten Urheberrechte habe der Beschwerdeführer 1 ein grosses Interesse an der Aufhebung der Ausschreibung und sei durch diese in besonderem Masse persönlich berührt. Die Beschwerdeführerin 2 wiederum wolle am Ausschreibungsverfahren teilnehmen und habe entsprechend ein grosses Interesse daran, dass die Ausschreibung den rechtlichen Anforderungen genüge, wozu gehöre, dass die ihr zugrunde liegenden Anforderungen für alle Anbieter erfüllbar seien. Die Beschwerdeführerin 2 sei als künftige Wettbewerbsteilnehmerin auch zur Anfechtung dieser inhaltlichen Mängel der Ausschreibung legitimiert.

Der Beschwerde sei aufgrund der akut drohenden Verletzung von schutzwürdigen Interessen der Beschwerdeführenden die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die Frage, ob ein Urheber erfolgreich Beschwerde gegen die Ausschreibung oder die Vergabe einer Leistung erheben könne, indem er geltend mache, die Erbringung dieser Leistung durch Dritte verletze sein Urheberrecht, sei rechtlich noch ungeklärt. Bereits aus diesem Grund sei die Beschwerde nicht aussichtslos. Aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit würden die Beschwerdeführenden die gerügten Rechtsverletzungen im Bereich des Immaterialgüterrechts zusätzlich vor dem Zivilrichter einklagen. Die aufschiebende Wirkung sei auch infolge Dringlichkeit gerechtfertigt. Insbesondere blieben die widerrechtlich verwendeten Unterlagen während fortlaufendem Präqualifikationsverfahren unvermindert online. Es liege ein nicht wiedergutzumachender Nachteil der Beschwerdeführenden vor.

### **C.**

Mit Verfügung vom 21. November 2018 untersagte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle einstweilen, die Teilnahmeanträge zu öffnen.

**D.**

Mit Stellungnahme vom 4. Dezember 2018 stellt die Vergabestelle die folgenden Anträge:

"A. In materieller Hinsicht

1. Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführer.

B. In verfahrensrechtlicher Hinsicht

1. Die in dieser Stellungnahme offengelegten Daten der Präqualifikationsphase sowie Wettbewerbsphase des Projektwettbewerbs seien den Beschwerdeführern nicht offenzulegen; diesen sei lediglich die (bezüglich der fraglichen Daten) geschwärzte Version der Stellungnahme zuzustellen.

2. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.

3.1 Das superprovisorische Verbot, die Teilnahmeanträge zu öffnen, sei umgehend aufzuheben.

3.2 Eventualiter sei das superprovisorische Verbot, die Teilnahmeanträge zu öffnen, umgehend durch Anordnung einer weniger einschneidenden Massnahme wie dem Verbot der Publikation des Selektionsentscheids zu ersetzen."

Die Vergabestelle legt dar, dass, um die Bahn im Raum (...) ab 2030 weiterzuentwickeln, der Engpass am Bahnhof A. \_\_\_\_\_ zwingend durch den Ausbau um ein viertes Gleis behoben werden müsse. Der Bahnhof A. \_\_\_\_\_ sei aufgrund der heute bestehenden Kapazitätsengpässe ein Schlüsselprojekt für die im Grossraum (...) und in der Ostschweiz vorgesehenen Ausbauschritte.

Es treffe nicht zu, dass die Vorgaben der Vergabestelle zwangsläufig zu einer Entstellung der Ladenpassage führten. Auch sei die Argumentation der Beschwerdeführenden widersprüchlich. Diese behaupteten einerseits, dass jede den Anforderungen der Ausschreibung genügende Projekteingabe unweigerlich entstellenden Charakter im Sinne von Art. 11 Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes habe, weshalb zwangsläufig jede Projekteingabe die Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen würde. Zugleich liessen die Beschwerdeführenden keinen Zweifel daran, dass sich die Beschwerdeführerin 2 um den Auftrag bemühen und einen Teilnahmeantrag stellen werde. Es sei nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 2 unter Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibung

ein Projekt ausarbeiten werde, das entstellenden Charakter habe und in die Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 eingreife. Damit würden die Beschwerdeführenden selbst belegen, dass es möglich sei, im Rahmen der Ausschreibungsvorgaben ein Projekt zu entwickeln, das die vom Beschwerdeführer 1 erstellten Bauwerksteile nicht entstelle.

Der Eigentümer eines urheberrechtlich geschützten Bauwerks dürfe alle Änderungen an diesem vornehmen, die nicht zu einer Entstellung des Werks führten. Die Vergabestelle sei frei in der Gestaltung des neu zu erstellenden Perrons 4, da kein urheberrechtlicher Anspruch auf architektonische Angleichung oder Unterordnung von Nachbarbauten bestehe. Die Durchbrüche für den Zugang zum vierten Gleis seien notwendig. Sie seien durch die Entwicklungen des Passagieraufkommens bedingt und erfolgten nicht aus ästhetischen Gründen.

Schliesslich sei auch der Vorwurf, unter potentiellen Anbietern bestehe ein ungleicher Informationsstand, unbegründet. Die von den Beschwerdeführenden behauptete Vorbefassung bestehe nicht. Die Beschwerdeführenden verfügten über keine Informationen zum Erweiterungsprojekt, die nicht allen potentiellen Anbietern mit den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt worden seien. Die historische Verbundenheit der Beschwerdeführerin 2 mit dem Wettbewerbsobjekt sei notorisch, und sie kenne es naturgemäss besser als die meisten andern Anbieter.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 hob die Instruktionsrichterin das superprovisorisch verfügte Verbot, die Teilnahmeanträge zu öffnen, auf. Zur Begründung führte sie aus, dass bezüglich der drei von den Beschwerdeführenden erhobenen Rügen weder dargetan noch ersichtlich sei, inwiefern diese Fragen bereits im Stadium des Präqualifikationsverfahrens relevant sein sollten.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 14. Januar 2019 halten die Beschwerdeführenden an den Anträgen und der Begründung gemäss ihrer Beschwerdeschrift fest.

Unter anderem bestreiten sie den Vorwurf der Vergabestelle, dass sie die Ausschreibung der Arbeiten im Wettbewerbsverfahren statt mittels Direktvergabe akzeptiert hätten, indem sie dies nicht gerügt hätten, denn der Verzicht auf eine Direktvergabe könne nicht mit Beschwerde angefochten werden. Hingegen hätten sie gegenüber der Vergabestelle dargelegt, dass

eine Direktvergabe möglich und gerechtfertigt gewesen wäre. Der Vergabestelle sei bereits eine Offerte für die Leistungen der Beschwerdeführerin 2 vorgelegen, deren Gesamtsumme unter dem Schwellenwert gelegen habe. Weiter kritisieren sie, die mittels der Versetzung des neuen vierten Gleises um 35 Meter in den Berg hinein angestrebte Optimierung der Kommerzflächen bedeute einen deutlichen Mehraufwand an Zeit und Geld. Die Vergabestelle gewichte damit die eigenen kommerziellen Überlegungen zulasten eines raschen Ausbaus der Infrastruktur. Wäre die Dringlichkeit so gross, wie die Vergabestelle geltend mache, wäre kein Projekt mit zeitintensiven Erweiterungen der Kommerzflächen ausgewählt worden. Es könne nicht angehen, dass der Rechtsschutz der Beschwerdeführenden hinter diesen kommerziellen Überlegungen anstehen müsse.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**1.1** Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1] vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**1.2** Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die 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; Zwischenentscheid des BVGer 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 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H.).

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, ob aller Voraussicht nach auf die Beschwerde nicht eingetreten werden kann oder ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E.3.1 "E-Mail-Services 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" 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 Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBI 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1). 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) 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. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a des GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) – 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"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

## **2.**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (Zwischenentscheide des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 m.H. "Microsoft").

## **3.**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

## **4.**

**4.1** Gegen Verfügungen betreffend die Ausschreibung steht im Anwendungsbereich des BöB die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. b BöB).

**4.2** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**4.3** 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-EU, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt

(Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EU sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB die Aktienmehrheit besitzen, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BÖB direkt unterstellt (Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BÖB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]), wobei an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alptransit"; vgl. auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ÉLISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, 2013, Rz. 158).

Vorliegend ist offensichtlich und unbestritten, dass der ausgeschriebene Projektwettbewerb für die Erweiterung des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ mit dem Bereich Verkehr zu tun hat. Die Beschaffung ist demnach nicht vom Anwendungsbereich des BÖB ausgenommen.

**4.4** Die Vergabestelle geht in Ziffer 2.4 der Ausschreibung von einer Dienstleistung von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BÖB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BÖB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a VöB). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b BÖB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BÖB.

Die Vergabestelle wies die Beschaffung der CPV ("Common Procurement Vocabulary")-Kategorie 71000000 "Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen" zu (Ausschreibung, Ziff. 2.4). Die Angabe CPV: 71000000 "Dienstleistungen von Architektur-, Konstruktions- und Ingenieurbüros und Prüfstellen" entspricht der Sache

nach einer Dienstleistung der CPC ("Central Product Classification")-Referenznummer 867, welche unter anderem im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt und wie folgt umschrieben ist:

"Services d'architecture; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère; services connexes de consultations scientifiques et techniques; services d'essais et d'analyses techniques".

Der Beschaffungsgegenstand fällt damit in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

**4.5** Massgeblich ist vorliegend der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen von Fr. 700'000.– (Art. 2a Abs. 3 Bst. b und Abs. 4 VöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte Innenreinigung I"), wovon auch die Vergabestelle ausgeht. Die Gesamtpreisumme, die die Auftraggeberin festgesetzt hat (Art. 44 Abs. 2 VöB), beträgt Fr. 400'000.– (Ausschreibung, Ziff. 4.3). Die Gesamtpreisumme entspricht allerdings noch nicht dem Wettbewerbswert, vielmehr beinhaltet dieser bei Projektwettbewerben auch noch den geschätzten Wert der im Wettbewerbsprogramm definierten weiteren planerischen Leistung (Art. 44 Abs. 1 Bst. b VöB). Ferner ist in Fällen, in welchen ein Auftrag die Option auf Folgeaufträge enthält, der Gesamtwert massgebend (Art. 7 Abs. 4 BöB; Art. II Ziff. 6 GPA). Entscheidend für die Berechnung des Werts eines Auftrags ist somit nicht nur, was sicher vergeben werden soll, sondern auch, was lediglich möglicherweise – gestützt auf das Optionsrecht – vergeben wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 314).

Vorliegend beinhaltet der Projektwettbewerb die Option auf einen Folgeauftrag. Die Vergabestelle geht in ihrer Vernehmlassung vom 4. Dezember 2018 von einem geschätzten Auftragswert von 20 bis 25 Mio. Fr. aus. Da dieser von der Vergabestelle genannte Auftragswert des Projekts "Erweiterung Bahnhof A. \_\_\_\_\_" den Schwellenwert von Fr. 700'000.– klar überschreitet, fällt die Dienstleistung in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

**4.6** Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht (zum Ganzen BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte Innenreinigung I").

**4.7** Prima facie erscheint das Bundesverwaltungsgericht daher als für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache und damit auch für den Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zuständig.

## **5.**

Die Vergabestelle bestreitet vorab die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1.

**5.1** Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1296). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat 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).

**5.2** Das Erfordernis der formellen Beschwer (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung von vornherein keine Rolle, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert (BVGE 2009/17 E. 2 m.H. "Hörgeräte").

**5.3** Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin 2 macht der Beschwerdeführer 1 weder ausdrücklich noch sinngemäss geltend, er beabsichtige, bei in seinem Sinn angepassten Ausschreibungsbedingungen selbst eine Offerte einzureichen. Er behauptet einzig, das von der Vergabestelle beabsichtigte Bauprojekt verletze seine Urheberrechte.

Mit einer Ausschreibung wird das Vergabeverfahren eingeleitet; sie ist die Basis des gegebenenfalls gestützt darauf erfolgten Zuschlags. Durch einen rechtskräftigen Zuschlag wird die Vergabestelle berechtigt, einen der Ausschreibung entsprechenden Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin zu schliessen. Weitere Rechtswirkungen, insbesondere gegenüber Dritten,

kommen weder der Ausschreibung noch dem Zuschlag zu. Ob die Vergabestelle nach dem Zuschlag und Vertragsabschluss das von ihr gewünschte Projekt auch ausführen lassen kann oder ob der Ausführung allenfalls urheberrechtliche, zonenplanerische, nachbarrechtliche oder andere Gründe entgegenstehen, ist eine Frage, über welche gegebenenfalls der Zivilrichter oder die Baubehörden zu entscheiden haben werden. Andererseits haben die Ausschreibung und der Zuschlag, in denen die vergaberechtlichen Fragen entschieden wurden, ob und zu welchen Bedingungen die Vergabestelle berechtigt war, mit der Zuschlagsempfängerin den Vertrag zu schliessen, in einem derartigen Verfahren vor dem Zivilrichter oder den Baubehörden keinerlei Bedeutung.

Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer 1 durch die angefochtene Ausschreibung in seiner tatsächlichen oder rechtlichen Situation direkt und unmittelbar betroffen sein sollte, weshalb aller Voraussicht nach seine Beschwerdelegitimation zu verneinen sein wird.

**5.4** Die Beschwerdeführerin 2 beantragt, die Ausschreibung sei aufzuheben, eventualiter sei sie aufzuheben und "nach Vornahme der notwendigen Verbesserungen" erneut zu publizieren. Aus der Begründung der Beschwerde und der weiteren Eingabe vom 14. Januar 2019 geht hervor, dass sie den Auftrag erhalten möchte, vorzugsweise im Rahmen einer freihändigen Direktvergabe gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c VöB.

Als potentielle Anbieterin ist die Beschwerdeführerin 2 durch sie benachteiligende oder anderweitig vergaberechtswidrige Ausschreibungsbestimmungen betroffen und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. Urteil des BGer 2P.157/2001 vom 8. September 2001 E. 1b; BVGE 2009/17 E. 3.2 "Hörgeräte").

**5.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und auch der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**5.6** Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 voraussichtlich gegeben sind, jedenfalls zumindest teilweise. Auf die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 dagegen wird aller Voraussicht nach nicht einzutreten sein.

**6.**

Die vorliegend angefochtene Ausschreibung hat einen Wettbewerb zum Gegenstand. Die Vergabestelle sucht damit sowohl ein Projekt als auch einen Anbieter für die Projektierung und Umsetzung des Bauvorhabens "Erweiterung Bahnhof A. \_\_\_\_\_" (Ausschreibung, Ziff. 4.6). In den Ausschreibungsunterlagen führt die Vergabestelle präzisierend aus, das Planerteam solle eine Gesamtlösung erarbeiten. Es solle aus Architekten, Ingenieuren und weiteren Fachplanern bestehen und sowohl architektonische als auch ingenieurbautechnische Lösungen erarbeiten (Dokument B.02-01 Programm Präqualifikation, Projektwettbewerb, Erweiterung Bahnhof A. \_\_\_\_\_ vom 24. Oktober 2018 [im Folgenden: Dokument B.02-01 Programm Präqualifikation], Ziff. 1.2).

Ein Planungs- oder Gestaltungswettbewerb ist selber kein förmliches Vergabeverfahren. Der eigentliche Wettbewerb endet mit der Empfehlung des Preisgerichts, die dann Grundlage für eine freihändige Vergabe bildet (STEFAN SCHERLER/CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Wettbewerbe und Studienaufträge – Die neuen Regeln / I. Grundlagen, Aktuelles Vergaberecht 2010, Rz. 30 S. 221 m.H.; STEFAN SCHERLER, Der Wettbewerb nach der SIA-Ordnung 142, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, 2013, Rz. 3.22).

Das GPA sieht in Art. XV Ziff. 1 Bst. j vor, dass eine freihändige Vergabe an den Gewinner eines Wettbewerbs zulässig ist, vorausgesetzt, die Organisation des Wettbewerbs entspricht den Grundsätzen des Übereinkommens, besonders hinsichtlich der Veröffentlichung der Ausschreibung. Erforderlich ist zudem, dass eine unabhängige Jury eingesetzt wird, und den Gewinnern Verträge in Aussicht gestellt werden (SCHERLER, a.a.O., Rz. 3.24). Mit der Aufnahme von Buchstabe l in die Liste der Tatbestände für vergabefreie Verfahren wurden in Art. 13 Abs. 1 VöB die Wettbewerbsverfahren auf Stufe Bund den Vorgaben des GPA angeglichen (SCHERLER/SCHNEIDER HEUSI, a.a.O., S. 214 Rz. 19).

Die vorliegende Ausschreibung sieht in diesem Sinn vor, dass die Vergabestelle gestützt auf Art. 13 Abs. 1 Bst. l VöB den Zuschlag (Folgeauftrag) an den Anbieter des vom Preisgericht empfohlenen Siegerprojekts freihändig erteilen soll (Ausschreibung, Ziff. 4.6).

**7.**

Die Beschwerdeführerin 2 rügt, das ausgeschriebene Erweiterungsprojekt greife mannigfaltig in die bestehende Bausubstanz des Bahnhofs Stadel-

hofen ein. Eine den Anforderungen genügende Projekteingabe habe unweigerlich entstellenden Charakter und würde entsprechend die unübertragbaren und unverzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen. Am Beispiel der vom Beschwerdeführer 1 entworfenen Ladenpassage des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ legt sie näher dar, inwiefern ein den Ausschreibungsvorgaben entsprechendes Projekt unabhängig von der gestalterischen Umsetzung durch die einzelnen Anbieter zwangsläufig in eine Entstellung münden würde.

Die Vergabestelle bestreitet, dass ihre Vorgaben zwangsläufig zu einer Entstellung der Ladenpassage führen würden. Bei den zu erweiternden Anlagen handle es sich um Zweckbauten, bei denen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bauliche Änderungen aus betriebs- und entwicklungsbedingten Gründen zulässig seien. Die Durchbrüche für den Zugang zum 4. Gleis seien durch die Entwicklungen des Passagieraufkommens bedingt und erfolgten nicht aus ästhetischen Gründen.

**7.1** Der Urheber eines Werks hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf (Art. 11 Abs. 1 Bst. a des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 [URG, SR 231.1]), ob, wann und wie das Werk zur Schaffung eines Werks zweiter Hand verwendet oder in ein Sammelwerk aufgenommen werden darf (Art. 11 Abs. 1 Bst. b URG). Selbst wenn eine Drittperson vertraglich oder gesetzlich befugt ist, das Werk zu ändern oder es zur Schaffung eines Werkes zweiter Hand zu verwenden, kann sich der Urheber jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt (Art. 11 Abs. 2 URG). Ausgeführte Werke der Baukunst dürfen vom Eigentümer geändert werden; vorbehalten bleibt Artikel 11 Absatz 2 (Art. 12 Abs. 3 URG).

Bei ausgeführten Werken der Baukunst sieht die Spezialregelung von Art. 12 Abs. 3 URG somit eine Ausnahme vom Grundsatz des Anspruchs des Urhebers auf ungeschmälerte Integrität seines Werks zugunsten eines Änderungsrechts des sachenrechtlichen Eigentümers vor (SIBYLLE WENGER BERGER, Architektur und immaterielle Rechte, 2010, § 6 Ziff. VI.2.3.a S. 69 f.). Solange die Urheberpersönlichkeitsrechte des Architekten gewahrt und die Grenzen des Rechtsmissbrauchsverbots beachtet werden, ist der Erwerber eines Werks der Baukunst frei damit zu verfahren, wie ihm beliebt. Es kann dies ein Abbruch sein, und es können dies Umbauten, Erweiterungen, Sanierungen oder dergleichen sein; ohne anderslautende Vereinbarung gehen die Interessen der Eigentümer, die mit dem

Erwerb des betreffenden Bauwerks ein umfassendes Änderungsrecht erhalten, denjenigen des Architekten vor. Der Eigentümer ist nicht verpflichtet, den Charakter des betreffenden Bauwerks, wie immer dieser definiert würde, zu wahren. Der Architekt kann sich letztlich lediglich gegen eigentliche Entstellungen oder Verstümmelungen zur Wehr setzen. Mit dem Urheberpersönlichkeitsrecht wird nicht die Integrität des Bauwerks, sondern das berufliche Ansehen und die Ehre des Urhebers geschützt. Eine urheberpersönlichkeitsverletzende Entstellung ist eine besonders schwerwiegende Form der Beeinträchtigung, eine krasse Verfälschung des in der Werkform zu Tage tretenden geistigen Ausdrucksgehalts als Entfaltung der eigenen Persönlichkeit (BGE 120 II 65 E. 8b m.w.H. "ETH Hönggerberg"; BGE 117 II 466 E. 5.b "Rapperswil Jona"; HERBERT PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli [Hrsg.], Urheberrechtsgesetz [URG], 2. Aufl. 2012, Art. 12 N. 20 S. 117 ff.; WENGER BERGER, a.a.O., § 6 Ziff. VI.2.4 S. 72 ff. m.H.). Im Gegensatz zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung vertritt ein Teil der Lehre die Auffassung, dass der Grundsatz von Treu und Glauben den Erwerber eines Bauwerks verpflichte, sein Änderungsrecht so auszuüben, dass das Interesse des Urhebers auf Schutz der Werkintegrität möglichst wenig berührt werde (PFORTMÜLLER, a.a.O., Art. 12 N. 21 S. 117 f; WENGER BERGER, a.a.O., § 6 Ziff. VI.2.3.c S. 71 f.; MARTIN J. LUTZ, Der Erhaltungsanspruch des Architekten am Bauwerk ist dem Nutzungsinteresse des Eigentümers grundsätzlich unterzuordnen, in: Kurer/Sangiorgio/Ritscher/Aschmann [Hrsg.], Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David, 1996, S. 235 ff.; FRANÇOIS DESSEMONTET, Inhalt des Urheberrechts, in: von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band II/1, 3. Aufl. 2014, Rz. 596 ff.; JACQUES DUBEY, Le concours en droit des marchés publics, 2005, Rz. 921 ff.).

**7.2** Wer in seinem Urheberrecht verletzt oder gefährdet wird, kann vom Gericht verlangen, eine drohende Verletzung zu verbieten (Art. 62 Abs. 1 Bst. a URG). Zuständig für eine derartige Klage ist der Zivilrichter (Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO, SR 272]).

**7.3** Ob das ausgeschriebene Erweiterungsprojekt die Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen würde oder nicht, ist somit eine Frage, die sachlich in die Zuständigkeit des kantonalen Zivilrichters fällt. Das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz in Vergabesachen ist zum Entscheid darüber nicht zuständig, auch nicht vorfrageweise (vgl. MARTIN BEYELER, Fokus Nr. 2, Baurecht 2009 S. 195).

Zwar ist nicht in jedem Fall ausgeschlossen, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Vergabefall vorfrageweise urheberrechtliche Fragen prüfen dürfte und müsste. Zu denken ist diesbezüglich insbesondere an den Fall, dass eine freihändige Vergabe, die unter Berufung auf Art. 13 Abs. 1 Bst. c BöB erfolgt wäre, angefochten würde und der potentielle Mitbewerber rügen würde, dass die Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien. In einem derartigen Fall wäre die urheberrechtliche Frage, ob wegen dem Schutz des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt, von entscheidender vergaberechtlicher Relevanz und daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2008/70 vom 14. Oktober 2008).

Im Gegensatz dazu ist die sich im vorliegenden Fall stellende Frage, mit welcher Wahrscheinlichkeit der zuständige Zivilrichter auf eine allfällige Unterlassungsklage des Beschwerdeführers 1 hin die Ausführung des ausgeschriebenen Erweiterungsprojekts verbieten würde, nicht von vergaberechtlicher Relevanz. Einer Vergabestelle ist es – jedenfalls aus vergaberechtlicher Sicht - grundsätzlich unbenommen, einen Projektwettbewerb durchzuführen, gestützt darauf einen Auftrag zu vergeben und einen entsprechenden Vertrag abzuschliessen für ein Projekt, das aufgrund der in der Ausschreibung vorgegebenen Bedingungen in der Folge aus zivilrechtlichen oder anderen, beispielsweise baurechtlichen oder politischen, Gründen so nicht realisiert werden kann. Zwar wäre die Vergabestelle dann nicht einfach frei, wie sie mit dieser Situation umgehen möchte, und wenn ihr der Vorwurf gemacht werden müsste, dass die Unmöglichkeit, das Projekt so wie ausgeschrieben zu realisieren, von Anfang an abzusehen gewesen war, könnte dies vergaberechtliche Konsequenzen haben (vgl. BRK 2001-005, VPB 66.39). Dies ändert indessen nichts daran, dass die Frage, ob das Projekt später allenfalls nicht so wie ausgeschrieben realisiert werden kann, keine vergaberechtliche Frage ist. Die Möglichkeit, dass es diesbezüglich Schwierigkeiten geben könnte, kann daher keinen Rechtsfehler der Ausschreibung begründen, weshalb es auch nicht Sache der Rechtsmittelinstanz sein kann, vorfrageweise die Wahrscheinlichkeit derartiger potentieller vergabefremder Schwierigkeiten zu beurteilen.

**7.4** Auf die Rüge der Beschwerdeführerin 2, eine den Anforderungen genügende Projekteingabe habe unweigerlich entstellenden Charakter und würde entsprechend die unübertragbaren und unverzichtbaren Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen, wird daher aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden.

**8.**

Die Beschwerdeführerin 2 rügt weiter, die Ausschreibung sei in sich widersprüchlich. Einerseits würde jede den Anforderungen genügende Projekteingabe die Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletzen. Andererseits sei in Ziffer 11.3 des Entwurfs des Generalplanervertrags vorgesehen, dass die Auftragnehmerin zusichern müsse, dass die unter diesem Vertrag geschuldeten Arbeitsergebnisse beziehungsweise Werke "keine Rechte Dritter, insbesondere Immaterialgüterrechte und lauterkeitsrechtliche Ansprüche" verletzen, und gegenüber der Vergabestelle ersatzpflichtig werde für allfällige Kosten, falls die Vergabestelle wegen Verletzung von Immaterialgüterrechten belangt werde.

Die Vergabestelle wendet dagegen ein, die Beschwerdeführerin 2 gehe von der falschen Prämisse aus, die Anbieter müssten die Nicht-Verletzung von Urheberrechten des Beschwerdeführers 1 vertraglich zusichern. Mit der in Ziffer 11.3 des Entwurfs des Generalplanervertrags erwähnten Zusage der Nicht-Verletzung von Rechten Dritter seien nicht die Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers gemeint, sondern urheberrechtliche Verwendungsrechte Dritter. Die Vergabestelle versuche sich nur gegen Anbieter abzusichern, die in ihren Projekteingaben urheberrechtlich geschützte Elemente Dritter verwendeten, wie beispielsweise die unerlaubte Kopie von Stilelementen eines urheberrechtlich geschützten Werks eines anderen Architekten. Dies ergebe sich nicht direkt aus der zitierten Vertragspassage, doch folge es aus der Verbindung mit dem ersten Satz der Ziffer 11.3, wonach sich die Arbeitsgemeinschaft verpflichte, *"zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Arbeitsergebnisse bzw. bei der Abgabe ihrer Werke über sämtliche Immaterialgüterrechte an sämtlichen, vertraglich geschuldeten Werken zu verfügen"*. Auch bei einer teleologischen Betrachtung dieser Bestimmung dränge sich der gleiche Schluss auf: Die Vergabestelle sei als Bauherrin und Eigentümerin der bestehenden Bahnanlagen dafür verantwortlich, dass das Siegerprojekt nicht entstellend in die bestehenden Bauwerksteile des Bahnhofes eingreife. Mit der Auswahl des Siegerprojektes verzichte die Vergabestelle zumindest implizit – aber selbstverständlich – auf einen Rückgriff auf den Anbieter, sollte sie vom Beschwerdeführer 1 in einem Zivilverfahren erfolgreich wegen einer Verletzung seiner Urheberpersönlichkeitsrechte belangt werden. Es verstehe sich von selbst, dass die Vergabestelle in diesem Fall nicht Regress auf den von ihr ausgewählten Anbieter nehmen könne. Als Bauherrin und Eigentümerin der bestehenden Bahnanlagen liege es im Verantwortungsbereich der Vergabestelle, sicherzustellen, dass das Siegerprojekt keine Urheberpersönlich-

keitsrechte des Beschwerdeführers 1 verletze. Folglich verlange die Ausschreibung von den Anbietern nicht, dass sie sich vertraglich verpflichteten, keine Urheberpersönlichkeitsrechte des Beschwerdeführers 1 zu verletzen.

**8.1** Die von der Beschwerdeführerin 2 beanstandeten Projektvorgaben und der von ihr erwähnte Vertragsentwurf sind nicht Teil der Ausschreibung selbst, sondern lediglich der Ausschreibungsunterlagen.

**8.2** Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m.H. "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E.4.4 m.H. "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 m.H. "Produkte zur Innenreinigung I").

**8.3** Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen sind so zu gestalten, dass die Anbieter ordnungsgemäss offerieren können. Unklarheiten oder Widersprüche können diesbezüglich problematisch sein, weil unterschiedliche Interpretationen durch die Anbieter die Vergleichbarkeit der Offerten beeinträchtigen oder verunmöglichen können. Inwieweit dem Anbieter, der eine derartige Unklarheit entdeckt, eine eigentliche Fragepflicht obliegt, wird in Lehre und Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt und kann vorliegend offen gelassen werden. Klar ist aber jedenfalls, dass es Sache der Vergabestelle ist, allfällige Unklarheiten und Widersprüche in den Ausschreibungsunterlagen zu beheben, wenn ein Anbieter sie darauf hinweist und vor der Offerteingabe um Klärung ersucht (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 383, 387 ff).

**8.4** Der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Entwurf des Generalplanervertrags enthält zum Thema "Immaterialgüterrechte und lauterkeitsrechtliche Ansprüche" die folgende Bestimmung (Ziff. 11.3):

"Die Firma verpflichtet sich, zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Arbeitsergebnisse bzw. bei der Abgabe ihrer Werke über sämtliche Immaterialgüterrechte an sämtlichen, vertraglich geschuldeten Werken zu verfügen. Sie sichert zu, dass keine Rechte Dritter, insbesondere Immaterialgüterrechte und lauterkeitsrechtliche Ansprüche Dritter, verletzt werden. Wird die SBB AG nach Abgabe des Werkes von Dritten insbesondere wegen Verletzung von immaterialgüterrechtlichen und/oder lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen belangt, so verpflichtet sich die Firma, die SBB AG von hiermit verbundenen Kosten zu befreien und die SBB AG vollumfänglich schadlos zu halten. [...]"

**8.5** Ob diese Bestimmung klar ist in dem Sinn, wie die Vergabestelle sie auslegt, oder unklar, so dass daraus auch eine Zusicherung des Generalplaners, die Vergabestelle für Folgen aus einer allfälligen Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten des Beschwerdeführers 1 schadlos zu halten, gelesen werden könnte, kann im vorliegenden Verfahren offen gelassen werden:

Wie dargelegt, hat die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme ausgeführt, wie diese Bestimmung zu verstehen sei. Auf diese Erklärung kann sie durch die Beschwerdeführerin 2 behaftet werden, und zwar gegebenenfalls auch in einem allfälligen späteren zivilrechtlichen Verfahren zwischen Auftraggeberin und Auftragsnehmerin, in dem die Frage der Tragweite dieser Bestimmung zu beantworten wäre.

**8.6** Prima facie ist daher davon auszugehen, dass mit dieser verbindlichen Klärung der gerügte Widerspruch beseitigt und damit die Rüge gegenstandslos geworden ist.

## **9.**

Die Beschwerdeführerin 2 rügt weiter, die Vergabestelle fordere in Ziff. 2.10 des Dokuments B.02-01 Programm Präqualifikation, dass die Anbieter alle Rechte an den Arbeitsergebnissen an die Vergabestelle abtreten würden, vorbehaltlich der Urheberpersönlichkeitsrechte. Diese Forderung stehe im Widerspruch zu Art. 54 VöB, der vorsehe, dass das Urheberrecht an den Wettbewerbsarbeiten in allen Wettbewerbsverfahren bei den Teilnehmern verbleibe und die eingereichten Unterlagen der mit Preisen und Ankäufen ausgezeichneten Wettbewerbsarbeiten ins Eigentum der Auftraggeberin übergingen. Die Vergabestelle bringe keine sachlichen Gründe vor für die Abweichung von diesem Grundsatz. Es seien auch keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche diese Schlechterstellung der potentiellen Anbieter rechtfertigen, geschweige denn einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten würden.

Die Vergabestelle bestreitet, dass die in Frage stehende Passage unstatthafte Vorgaben in Bezug auf die Abtretung von Rechten enthalte. Die Beschwerdeführerin gebe Ziffer 2.10 verkürzt wieder und unterschlage eine wichtige Einschränkung. Die Bestimmung sehe vor, dass sich *"die Anbieter im Falle einer weiteren Bearbeitung zur Übertragung sämtlicher Rechte an den Arbeitsergebnissen auf die SBB [verpflichten]"*. Mit der Einschränkung auf den "Fall einer weiteren Bearbeitung" sei klar, dass nur die Urheberrechte am Siegerprojekt an die Vergabestelle übergangen, und zwar erst mit Abschluss des Vertrags. Damit stünden die Ausschreibungsunterlagen vollumfänglich mit Art. 54 VöB in Einklang. Die Urheberrechte an den Wettbewerbsarbeiten verblieben dagegen bei den Teilnehmern. Art. 54 VöB äussere sich nicht zur Frage, ob die Urheberrechte am Siegerprojekt auf die Vergabestelle übertragen werden dürften. Dies sei klarer- und notwendigerweise zu bejahen, da die Auftraggeber darauf angewiesen seien, sich die Urheberrechte am Siegerprojekt zu verschaffen.

**9.1** Die Ausschreibungsunterlagen enthalten in Ziffer 2.10 des Dokuments B.02-01 Programm Präqualifikation die folgenden Regelung:

"Immaterialgüterrechte und lauterkeitsrechtliche Ansprüche

Das Urheberpersönlichkeitsrecht bleibt in jedem Fall bei den Verfassenden. Im Übrigen verpflichten sich die Anbieter im Falle einer weiteren Bearbeitung zur Übertragung sämtlicher Rechte an den Arbeitsergebnissen auf die SBB. Die Abgeltung für diese Übertragung ist in der Entschädigung für die weitere Bearbeitung enthalten. Mit Zustimmung der SBB sind die Anbieter berechtigt, ihre Arbeitsergebnisse auf ihrer Website oder in der Fachpresse zu veröffentlichen.

Bei Unklarheiten oder Widersprüchen gelten die Inhalte des Dokuments A.00 Entwurf Generalplanervertrag."

**9.2** Art. 54 VöB lautet:

"In allen Wettbewerbsverfahren verbleibt das Urheberrecht an den Wettbewerbsarbeiten bei den Teilnehmern und Teilnehmerinnen. Die eingereichten Unterlagen der mit Preisen und Ankäufen ausgezeichneten Wettbewerbsarbeiten gehen ins Eigentum der Auftraggeberin über."

In der Lehre wird dazu ausgeführt, Wettbewerbe führten regelmässig dazu, dass urheberrechtlich geschützte Werke geschaffen würden. Der Urheber eines Wettbewerbsbeitrags sei indessen ausschliesslich berechtigt, über die weitere Bearbeitung und Realisierung des geschaffenen Werks zu entscheiden. Art. 54 VöB halte diese Rechtslage fest (BEAT MESSERLI, Der

Planungs- und Gesamleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, 2. Aufl. 2007, S. 171). Die Vergabebehörde habe daher kein Recht, ein Wettbewerbsprojekt durch einen anderen Architekten als den Projektverfasser ausführen zu lassen. Das urheberrechtliche Recht am Bauplan umfasse das ausschliessliche Recht, diesen auszuführen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1195, mit Hinweis auf PETER GAUCH/PIERRE TERCIER, Das Architektenrecht, 2. Aufl. 1995, Rz. 264). Ferner wird dargelegt, dass die Formulierung in Art. 54 VöB, wonach das Urheberrecht bei den Teilnehmern "verbleibe", missverständlich sei, indem sie den Eindruck erwecke, die Abtretung der Rechte sei nicht statthaft oder zumindest nicht üblich. Indessen treffe das Gegenteil zu, denn in aller Regel sei die Auftraggeberin darauf angewiesen, sich die Urheberrechte zu verschaffen. Es wäre mit dem Gebot eines wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel nicht vereinbar, wenn der Wettbewerbsteilnehmer im Besitz der Urheberrechte verbliebe und sich einer Bearbeitung oder Realisierung widersetzen könnte (MESSERLI, a.a.O., S. 171).

**9.3** Wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 54 VöB ergibt, wird in dieser Bestimmung lediglich geregelt, dass die Urheberrechte nicht durch die Teilnahme am Wettbewerb an sich übertragen werden. Hingegen sagt Art. 54 VöB nichts darüber aus, ob der Urheber diese Rechte in der Folge, nach einem allfälligen Zuschlag und anlässlich des Vertragsabschlusses mit der Vergabestelle, auf die Vergabestelle übertragen kann, darf oder muss. Diese letzteren Fragen sind nicht Gegenstand von Art. 54 VöB.

**9.4** Wie die Vergabestelle zutreffend darlegt, wird in Ziffer 2.10 des Dokuments B.02-01 Programm Präqualifikation eine Übertragung der Urheberrechte an den Arbeitsergebnissen nur vorgesehen in Bezug auf diejenigen Projekte, die weiter bearbeitet werden. Da gemäss Wortlaut die Abgeltung für die Übertragung in der Entschädigung für die weitere Bearbeitung inbegriffen sein soll, ist ebenfalls klar, dass der Urheber mit dem weiteren Bearbeiter identisch sein muss.

Die Bestimmung korrespondiert insofern mit Ziffer 11.3 Abs. 2 des Entwurfs des Generalplanervertrags. Dieser Absatz lautet:

"Die Urheberpersönlichkeitsrechte verbleiben bei der Firma. Sämtliche übrigen Rechte an den eigens für die SBB AG erbrachten Arbeitsergebnissen des Projektwettbewerbs gehen mit Abschluss des vorliegenden Vertrags auf die SBB AG über. Die Übertragung ist in der vereinbarten Vergütung enthalten. Eine zusätzliche Entschädigung ist nicht geschuldet."

Die Tragweite von Ziffer 2.10 des Dokuments B.02-01 beschränkt sich somit darauf, diese von ihr verlangte Übertragung von Urheberrechten anlässlich des Vertragsabschlusses mit dem Zuschlagsempfänger zu thematisieren.

**9.5** Warum diese Bestimmung in Widerspruch mit Art. 54 VöB stehen sollte, ist nicht nachvollziehbar. Wie dargelegt, sagt Art. 54 VöB nichts darüber aus, ob ein Urheber seine Rechte nach dem Wettbewerb und einem allfälligen Zuschlag anlässlich des Vertragsabschlusses auf die Vergabestelle übertragen kann, darf oder muss. Urheberrechte sind grundsätzlich übertragbar (Art. 16 Abs. 1 URG), weshalb nicht ersichtlich ist, warum die Vergabestelle nicht verlangen dürfte, dass ihr die Urheberrechte für das Projekt, das Gegenstand des Vertrags mit dem Zuschlagsempfänger ist, übertragen werden, zumal die Urheberpersönlichkeitsrechte davon ausdrücklich ausgenommen sind.

**9.6** Prima facie erweist sich demnach die Rüge, die Ausschreibungsunterlagen enthielten eine Vorgabe, wonach die Anbieter alle Rechte an den Arbeitsergebnissen, vorbehaltlich der Urheberpersönlichkeitsrechte, an die Vergabestelle abtreten müssten, was im Widerspruch zu Art. 54 VöB stehe, als offensichtlich unbegründet.

## **10.**

Die Beschwerdeführerin 2 rügt schliesslich, die Vergabestelle habe die von ihr erstellte Studie über die Erweiterung des Bahnhofes A. \_\_\_\_\_ aus dem Jahr 2016 zu Unrecht in den Ausschreibungsunterlagen nicht offen gelegt. Art und Umfang der Vorbefassung der Beschwerdeführerin 2 als Anbieterin mit der Absicht, die Erweiterung des Bahnhofes A. \_\_\_\_\_ selber zu übernehmen, würden den übrigen Anbietern vorenthalten, obschon diese Informationen grundsätzlich geeignet wären, den Entscheid für oder gegen eine Wettbewerbsteilnahme zu beeinflussen. Damit bestehe eine unzulässige Informationsasymmetrie gegenüber allen Anbietern als Adressaten der Publikation. Dies könnte im Falle eines Zuschlags an die Beschwerdeführerin 2 zu einem erhöhten Risiko von Anfechtungen wegen Vorbefassung und Schadenersatzansprüchen der anderen Teilnehmer gegen die Vergabestelle führen.

Die Beschwerdeführerin 2 führt aus, die Vergabestelle habe anlässlich des ersten Kontakts zwischen den Parteien betreffend die Erweiterung des Bahnhofes A. \_\_\_\_\_ kommuniziert, dass es für die Anpassungen im Kernbereich des heutigen Bahnhofes aus urheberrechtlichen Gründen

keine andere Option als eine Direktvergabe an die Beschwerdeführerin 2 geben könne. In der Folge sei vereinbart worden, dass die Beschwerdeführerin 2 eine Studie über die Erweiterung des Bahnhofs erstellen werde. Die Beschwerdeführerin 2 habe diese Machbarkeitsstudie über die Erweiterung des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ im September 2016 fertig gestellt. Sie habe in der knapp 70-seitigen Studie mit mehr als einem Dutzend Planunterlagen nicht bloss die Erweiterung der Kommerzflächen, sondern die Erweiterung des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ um das vierte Gleis insgesamt behandelt. Diese Studie hätte in die Objektstudie der SBB Infrastruktur, welche am 21. Dezember 2016 vorgelegen habe, einbezogen werden können und müssen. Mit der Falschangabe in Ziffer 1.6.2 der Objektstudie vom 21. Dezember 2016 würden wesentliche Tatsachen unterdrückt. Auch würden Umfang und Inhalt der Studie der Beschwerdeführerin 2 sowie Art und Umfang der Vorbefassung der Beschwerdeführerin 2 als Anbieterin mit der Absicht, die Erweiterung des Bahnhofs A. \_\_\_\_\_ selber zu übernehmen, allen potentiellen Anbietern für diesen Wettbewerb vorenthalten. Die genannten Informationen seien geeignet, den Entscheid für oder gegen die Wettbewerbsteilnahme zu beeinflussen.

Die Vergabestelle legt dar, die historische Verbundenheit der Beschwerdeführenden mit dem Wettbewerbsobjekt sei notorisch, und es sei sowieso davon auszugehen, dass sie sich am Wettbewerbsverfahren beteiligen würden. Die Beschwerdeführerin 2 sei nicht an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt gewesen und habe sich aufgrund der veränderten Rahmenbedingungen keinen Wettbewerbsvorteil verschaffen können. Sie verfüge über kein Vorwissen, das sich auf den Anbieterwettbewerb auswirke und mit Blick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter problematisch sein könne. Demnach sei die Beschwerdeführerin 2 nicht im Sinne von Art. 21a VöB vorbefasst. Die Vergabestelle sei nicht verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin 2 vom Verfahren auszuschliessen oder die Studie der Beschwerdeführerin 2 im Rahmen der Ausschreibung zu veröffentlichen.

Die Beschwerdeführerin 2 sei von der Vergabestelle bloss beauftragt worden, eine Studie zur Erweiterung der Kommerzflächen am Bahnhof A. \_\_\_\_\_ zu erarbeiten. Die Studie habe dann aber auch zahlreiche Ausführungen zu Fragen enthalten, die nicht Studiengegenstand gewesen seien und insofern ungebeten eingereicht worden seien. Die Vergabestelle sei als Auftraggeberin einer Konzeptstudie grundsätzlich nicht verpflichtet, die Ergebnisse der Studie zu verwenden und habe dies den Beschwerdeführenden auch nie versprochen. Weil die Studien parallel erstellt worden

seien, sei eine Einarbeitung in die Objektstudie auch nicht möglich gewesen.

Schliesslich würden sich die dem Wettbewerb zugrunde liegenden bautechnischen Vorgaben in grundsätzlicher Hinsicht von den Prämissen unterscheiden, auf die sich die Beschwerdeführerin 2 bei der fraglichen Studie stützte, weshalb die Existenz, der Inhalt und der Umfang der Studie der Beschwerdeführerin 2 für die vorliegende Ausschreibung irrelevant sei. Die Vergabestelle habe die Ende 2015 verfolgte Variante Z, bei der das vierte Gleis direkt hinter dem bestehenden Gleis 3 auf dem Niveau der unterirdischen Ladenpassage geplant worden sei, im Juli 2018 aufgrund neuer Erkenntnisse zugunsten der Variante A1+ verworfen. Bei der Variante A1+ liege das neue vierte Gleis um ca. 35 m versetzt im Berg, und die Bereiche entlang der Zugangstunnel könnten für neue Kommerzflächen genutzt werden. Diese Möglichkeiten sollten im Zug des Projektwettbewerbs durch die präqualifizierten Teilnehmer untersucht und dargestellt werden. Mit der Variante A1+ seien die Überlegungen der Beschwerdeführerin 2 in ihrer Studie vom September 2016 vollumfänglich hinfällig geworden. Folglich sei die Beschwerdeführerin 2 in keiner Weise vorbefasst und habe für die Vergabestelle keine Veranlassung bestanden, in der Ausschreibung auf die Studie hinzuweisen.

#### **10.1** Das GPA regelt die Vorbefassung in Art. VI Ziffer 4 wie folgt:

"Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können."

Das BöB enthält keine explizite Regelung der Vorbefassung. Art. 1 BöB, der den Zweck des Gesetzes nennt, hält jedoch Folgendes fest:

"1 Der Bund will mit diesem Gesetz: a. das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten; b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken; c. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern.

2 Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten."

**10.2** Ausgehend von diesen Prinzipien regelt die VöB die Vorbefassung seit dem 1. Januar 2010 (Änderung vom 18. November 2009 [AS 2009 6149]) in Art. 21a wie folgt:

"1 Die Auftraggeberin schliesst Anbieter und Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn:

- a. diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann; und
- b. dieser Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen nicht gefährdet.

2 Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere:

- a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten;
- b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten;
- c. die Verlängerung der Mindestfristen."

**10.3** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine Vorbefassung vor, wenn ein Anbieter bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt hat, sei es durch das Verfassen von Projektgrundlagen, durch das Erstellen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes. Eine solche Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Der vorberefasste Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf das von ihm angebotene Produkt beziehungsweise die von ihm angebotene Dienstleistung auszurichten oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen (Wissensvorsprung). Ferner besteht die Gefahr der Beeinflussung der Vergabebehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Urteil des BGer 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1 "Tunnel Riedberg"; Zwischenentscheid des BVGer B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5 "Kommunikationsnetzwerk Nationalstrassen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1043 ff.; CHRISTOPH JÄGER, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2009, S. 122 ff.; RES NYFFENEGGER/HANS ULRICH KOBEL, Vorbefassung im Submissionsverfahren, BVR 2004 Heft 2, S. 55).

**10.4** Eine Vorbefassung hat im Grundsatz den Ausschluss aus dem Submissionsverfahren zur Folge, es sei denn, dass der bestehende Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern nur geringfügig ist oder wenn die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens nur untergeordneter Natur ist. Zulässig kann die Vorbefassung auch dann sein, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn die Mitwirkung des vorberefassten Anbieters sowie dessen Wissensvorsprung gegenüber den

übrigen Anbietern offen gelegt werden. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt worden ist, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er wesentliche Teile oder gar die gesamten Ausschreibungsunterlagen ausgearbeitet hat (Urteil 2P.164/2004 E. 3.3 "Tunnel Riedberg"). Ob eine Vorbefassung durch geeignete Mittel ausgeglichen werden kann oder ob sie zum Ausschluss führen muss, hängt somit von ihrer Intensität ab. Insbesondere etwa die Ausarbeitung des Leistungsbeschreibs durch einen Unternehmer muss grundsätzlich zur Folge haben, dass dieser als Anbieter in der betreffenden Submission infolge Vorbefassung keine Offerte einreichen darf (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1048).

**10.5** Bezüglich der Beweislastverteilung bei behaupteten Wettbewerbsvorteilen aus geltend gemachter Vorbefassung gibt es unterschiedliche Auffassungen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1049 m.H.). Ausgehend von der allgemeinen Beweislastregel, dass derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableiten will (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]), hat im Fall der Anfechtung eines Zuschlags der Konkurrent, der sich vom Ausschluss des vorbefassten Anbieters bessere Aussichten auf den Zuschlag verspricht, die Vorbefassung sowie deren Art und Intensität zu beweisen. Dass aus einer Vorbefassung im Sinne von Art. 21a Abs. 1 Bst. a VöB ein Wettbewerbsvorteil resultiert, ist eine gesetzliche Vermutung. Der Nachweis dafür, dass im konkreten Fall kein derartiger Vorteil resultierte oder dass der Wissensvorsprung angemessen ausgeglichen worden ist, obliegt – je nach Konstellation – der Vergabestelle oder dem vorbefassten Anbieter, aber jedenfalls nicht dem Konkurrenten (vgl. Urteil 2P.164/2004 E. 3.3 und E. 3.7.5 "Tunnel Riedberg"; Zwischenentscheid des BGVer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 10.5 "IT-Dienste ASALfutur"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1049; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.): Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 11 BöB N. 13).

**10.6** Im vorliegenden Fall ist zwischen den Parteien umstritten, ob die von der Beschwerdeführerin 2 erstellte Studie der Beschwerdeführerin 2 einen derart relevanten Wettbewerbsvorteil verschafft hat, dass ein Fall von Vorbefassung vorliegt. Die Beschwerdeführerin 2 scheint dies zu behaupten, während die Vergabestelle in der fraglichen Studie weder eine Vorbefassung noch einen relevanten Wettbewerbsvorteil sieht. Konsequenterweise

sieht die Vergabestelle auch keinen Anlass, die Beschwerdeführerin 2 wegen Vorbefassung vom Wettbewerb auszuschliessen.

**10.7** Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführerin 2 daran interessiert ist, ihre Rechtsposition im Hinblick auf eine mögliche spätere Anfechtung eines allfälligen Zuschlags an sie durch rechtzeitige Transparenz zu verbessern. Dieses Interesse erscheint indessen bereits deshalb als nicht genügend schutzwürdig, um die angefochtene Ausschreibung deswegen aufzuheben, weil im vorliegenden Verfahren nicht verbindlich geklärt werden könnte, ob die Beschwerdeführerin 2 über einen relevanten Wettbewerbsvorteil verfügt und ob die Bekanntgabe der Studie an die übrigen Teilnehmer ausreichend wäre, um diesen Wettbewerbsvorteil auszugleichen. Denn selbst wenn diese Fragen im vorliegenden Rechtsmittelverfahren vorfrageweise beantwortet und insofern implizit entschieden würden, würde das Urteil nur materielle Rechtskraft inter partes erlangen, so dass die Beschwerdeführerin 2 in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren gegen einen Zuschlag an sich selbst daraus keinen Vorteil ziehen könnte.

**10.8** Ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerin 2 daran, dass im vorliegenden Verfahren darüber entschieden würde, ob beziehungsweise inwieweit die von ihr erstellte Studie ihr einen relevanten Wettbewerbsvorteil verschafft hat und ob deswegen eine Bekanntgabe dieses Umstandes an die übrigen Teilnehmer eine erforderliche und geeignete Ausgleichsmassnahme darstellen würde, ist daher weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin 2 dargetan. Prima facie ist somit davon auszugehen, dass auf diese Rüge der Beschwerdeführerin 2 aller Voraussicht nach nicht einzutreten sein wird.

## **11.**

Die Beschwerdeführerin 2 rügt weiter, beim Organisator Z.\_\_\_\_\_, der zugleich als einer von vier Sachpreisrichtern SBB amte, handle es sich um einen ehemaligen Mitarbeiter von ihr. Sie laufe auch hier durch mangelnde Transparenz Gefahr, bei einem Zuschlag begründete Anfechtungen gewärtigen zu müssen. Die Beschwerdeführerin 2 behalte sich ein Ausstandsbegehren direkt an die Vergabestelle vor.

Die Vergabestelle bestreitet, dass in Bezug auf Z.\_\_\_\_\_, ein Ausstandsgrund bestehe. Ein solcher werde von der Beschwerdeführerin 2 weder begründet noch geltend gemacht.

**11.1** In Ziffer 4.1 der Ausschreibung führt die Vergabestelle die Namen der fünf unabhängigen Fachpreisrichter (sowie von zwei unabhängigen Ersatz-Fachpreisrichtern), des Fachpreisrichters SBB und der vier Sachpreisrichter SBB (sowie des Ersatz-Fach- und -Sachpreisrichters SBB), welche alle je einer Stimme besitzen, auf. Darüber hinaus bestimmt die Vergabestelle 24 Expertinnen und Experten ohne Stimmrecht. In diesem Zusammenhang nannte die Vergabestelle als einen der Sachpreisrichter SBB Herrn Z.\_\_\_\_\_. Die Vergabestelle bestreitet nicht, dass Z.\_\_\_\_\_ in einer früheren Anstellung bei der Beschwerdeführerin 2 tätig gewesen sei.

**11.2** Die Anbieter haben im Vergabeverfahren Anspruch auf Beurteilung ihrer Offerten und Durchführung des gesamten Submissionsverfahrens inklusive Zuschlagserteilung durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde. Dieser Anspruch ist verfassungsrechtlicher Natur und beschlägt jede Verwaltungstätigkeit. Für die Vergabegeschäfte des Bundes gelangt bezüglich der Ausstandspflicht Art. 10 VwVG zur Anwendung durch Verweis von Art. 26 BÖB auf das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes. Dabei ist aus verfassungsrechtlicher Sicht mit Blick auf Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) nicht derselbe Massstab anzulegen wie in Bezug auf die richterliche Unabhängigkeit im Sinne von Art. 30 Abs. 1 BV; vielmehr bedient sich das Bundesgericht insoweit einer differenzierten Betrachtungsweise. Im Lichte dieser Differenzierung ist auch zu entscheiden, welche Standards für Angehörige eines Preisgerichts im Sinne von Art. 50 VöB gelten. Der in Art. 50 Abs. 4 VöB enthaltene Verweis auf Art. 22 f. des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG; heute: Art. 34 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]) geht implizit davon aus, dass die Jury insoweit die Stellung eines Gutachters hat (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1071).

**11.3** Art. 50 Abs. 4 VöB beinhaltet eine spezifische Regelung in Bezug auf die Unabhängigkeit der Mitglieder des Preisgerichts von den am Wettbewerb teilnehmenden Anbietern, lautend:

"Die Mitglieder des Preisgerichts sowie die beigezogenen Sachverständigen müssen von den am Wettbewerb teilnehmenden Anbietern und Anbieterinnen unabhängig sein. Die Ausstandsgründe nach den Artikeln 22 und 23 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 gelten analog. Mindestens die Hälfte der Fachpreisrichter und Fachpreisrichterinnen muss zudem von der Auftraggeberin unabhängig sein."

**11.4** Auch die Ordnung SIA 142 2009 (Ordnung für Architektur- und Ingenieurwettbewerbe) regelt die Frage nicht zulässiger Verbindungen zwischen Auftraggebern, Mitgliedern der Jury und Teilnehmern. Art. 12 Abs. 2 enthält eine Vorschrift zur diesbezüglichen Verantwortung der Teilnehmenden und Art. 10 Abs. 5 eine Vorschrift zur Verantwortung der Jurymitglieder mit dem folgenden Wortlaut:

"Die Preisrichter sind zu Objektivität und zur Einhaltung der vorliegenden Ordnung, des Wettbewerbsprogramms sowie der Fragebeantwortung verpflichtet. Sie haben alle Tatsachen offenzulegen, die ihre Objektivität beeinträchtigen könnten."

Die SIA erläuterte in ihrer Wegleitung "Befangenheit und Ausstandsgründe" zu den Ordnungen SIA 142 und SIA 143 (im Folgenden: Wegleitung Befangenheit und Ausstandsgründe) die Regelungen betreffend Befangenheit und Ausstandsgründe und präzisiert deren Anwendungsbereich (Publikation: August 2005, aktuelle Version vom November 2013). Sie erklärt, dass in der Schweiz die Wettbewerbsszene kleinräumig sei und nur wenige Hochschulen für Architekten- oder Ingenieurausbildung bestünden. Das Beziehungsgeflecht werde dadurch verstärkt, dass Fachjuroren ihre Qualifikation über die erfolgreiche Teilnahme an Wettbewerben oder Studienaufträgen erhielten, also gleichermaßen Teilnehmer und Jurymitglieder seien. Daher würden ein gemeinsames Studium, eine frühere Anstellung im gleichen Büro, die Mitgliedschaft im gleichen Verein, die Zusammenarbeit in Gremien wie beispielsweise Standes- und Baukommissionen, für sich allein und auch bei allfälliger Kumulation, keinen Ausstandsgrund bedeuten (Ziffer 7.5 und 13 Wegleitung Befangenheit und Ausstandsgründe).

**11.5** Auch wenn Art. 50 Abs. 4 VöB in Bezug auf die möglichen Ausstandsgründe auf Art. 22 f. OG (heute: Art. 34 BGG) verweist, so sind in Bezug auf das Verfahren zu ihrer Geltendmachung die allgemeinen Vorschriften von Art. 10 VwVG anwendbar. Ausstandsbegehren sind zu stellen, sobald der Antragsteller von einem Ausstandsgrund Kenntnis erhält. Ein verspätetes Geltendmachen verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (zum Ganzen BGE 132 II 485 E. 4.3; STEPHAN BREITENMOSER/MARION SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 10 N. 104 m.H.; RETO FELLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 10 N. 37). Ist der Ausstand streitig, so entscheidet die Aufsichts-

behörde oder, wenn es sich um den Ausstand eines Mitgliedes einer Kollegialbehörde handelt, diese Behörde unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes (Art. 10 Abs. 2 VwVG).

**11.6** Im vorliegenden Fall ist unklar, ob die Beschwerdeführerin 2 geltend machen will, es bestünden Ausstandsgründe gegen Z.\_\_\_\_\_. Konkret behauptet hat sie dies nicht, und sie führt sogar aus, sie behalte sich ein Ausstandsbegehren bei der Vergabestelle vor. Klar ist jedenfalls, dass ein derartiges Ausstandsbegehren, sofern die Gründe dafür, wie im vorliegenden Fall, der Beschwerdeführerin 2 bereits vor dem Entscheid der Wettbewerbsjury bekannt sind, unverzüglich bei der Vergabestelle einzureichen (gewesen) wäre. Es ist nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, in einer derartigen Situation als erste Instanz über ein Ausstandsbegehren zu entscheiden.

**11.7** Auch auf diese Rüge wird daher aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden.

## **12.**

Aufgrund einer prima facie-Würdigung erweist sich die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 somit als offensichtlich unbegründet, soweit auf ihre Rügen überhaupt einzutreten wäre. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung erforderlich ist.

## **13.**

Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

## **Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Der Antrag der Beschwerdeführenden auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

### **2.**

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

### **3.**

Dieser Entscheid geht an:

- die Beschwerdeführenden (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

Die Einzelrichterin:

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), 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 6. Februar 2019