



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-6366/2020
sce/grb/fma

Zwischenentscheid vom 25. Mai 2021

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

In der Beschwerdesache

Parteien

ARGE X. _____, bestehend aus:

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

alle vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

BLS Netz AG,
Rechtsdienst, Genfergasse 11, 3001 Bern,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. Stefan Scherler und/oder lic. iur. Gisela Oliver,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG
an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen",
SIMAP-Projekt-ID 197516,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 den Antrag der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hat mit der Begründung, dass die Beschwerde prima facie offensichtlich aussichtslos sei,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 20. April 2021 im Parallelverfahren B-4991/2020 die Beschwerde der Bietergemeinschaft Y._____ gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle aufgehoben und den Zuschlag im Projekt "Erneuerung Weissensteintunnel Umsetzung BehiG an den Bahnhöfen Oberdorf und Gänsbrunnen" der Bietergemeinschaft Y._____ erteilt hat,

dass die Z._____ AG am 11. Mai 2021 beim Bundesgericht Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4991/2020 vom 20. April 2021 erhoben hat,

dass auch die Beschwerdeführerinnen am 20. Mai 2021 gegen dieses Urteil Beschwerde beim Bundesgericht erhoben haben,

dass die Beschwerdeführerinnen mit Eingabe vom 20. Mai 2021 im vorliegenden Verfahren beantragen, aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-4991/2020 vom 20. April 2021 sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vergabestelle superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit der Z._____ AG abzuschliessen,

dass die Instruktionsrichterin dem Antrag der Beschwerdeführerinnen, der Vergabestelle sei superprovisorisch zu untersagen, den Vertrag mit der Z._____ AG abzuschliessen, mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2021 nicht stattgegeben hat,

dass Zwischenentscheide über die aufschiebende Wirkung wie andere vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Verfahrens jederzeit von Amtes wegen oder auf Antrag hin geändert werden können, wenn sich dies aufgrund geänderter Umstände oder Prozessaussichten aufdrängt (REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl. 2019, Art. 55 N. 23; HANSJÖRG SEILER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxis-kommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 56 N. 56),

dass Anspruch auf Behandlung eines Wiedererwägungsgesuches besteht, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn Revisionsgründe im Sinn von Art. 66 VwVG geltend gemacht werden und der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (BGE 136 II 177 E. 2.1),

dass diese Voraussetzungen auch für die Behandlung von Gesuchen um Abänderung von Zwischenentscheiden über die aufschiebende Wirkung gelten (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4009/2018 vom 31. Oktober 2018),

dass der Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 praxisgemäss in Dreierbesetzung erging, weshalb zum Entscheid über das vorliegend gestellte Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerinnen der gleiche Dreierspruchkörper zuständig ist,

dass die Beschwerdeführerinnen geltend machen, es seien seit dem Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 für die Frage der aufschiebenden Wirkung relevante wesentliche Umstände hinzugekommen, indem das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren B-4991/2020 am 20. April 2021 in einem Endentscheid, also aufgrund einer vollständigen Prüfung von Recht und Sachverhalt, zum Schluss gekommen sei, dass der Zuschlag an die Z. _____ AG zu Unrecht erfolgt sei und deshalb mit ihr kein Vertrag abgeschlossen werden dürfe,

dass die Vergabestelle dies daher auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht tun dürfe,

dass der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht im Parallelverfahren B-4991/2020 mit Urteil vom 20. April 2021 die Beschwerde gutgeheissen, die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle aufgehoben und den Zuschlag der Bietergemeinschaft Y. _____ erteilt hat, indessen nicht als eine wesentliche Veränderung der Umstände in Bezug auf das vorliegende Beschwerdeverfahren anzusehen ist,

dass die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich zu Recht nicht geltend machen, ihre Offerte (Amtsvorschlag) rangiere vor der Offerte der Bietergemeinschaft Y. _____, weshalb bei einem Ausschluss der Z. _____ AG ihre Offerte den Zuschlag hätte erhalten müssen,

dass der Umstand, dass die Offerte der Beschwerdeführerinnen (Amtsvorschlag) hinter der Offerte der Bietergemeinschaft Y. _____ rangiert, bei der Prozessprognose im Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021 ausdrücklich berücksichtigt worden ist,

dass daher die Zuschlagserteilung an die Bietergemeinschaft Y. _____ statt an die Z. _____ AG in Bezug auf die Prozessprognose im vorliegenden Verfahren keinen relevanten Unterschied darstellt,

dass die Beschwerdeführerinnen dies auch gar nicht konkret behaupten,

dass die Beschwerdeführerinnen auch sonst keine neuen, erheblichen Tatsachen oder Beweismittel vorbringen, von denen sie behaupten, sie hätten sie vor dem Erlass des Zwischenentscheids vom 8. Februar 2021 nicht geltend machen können,

dass die Beschwerdeführerinnen auch nicht dartun, inwiefern der Zwischenentscheid vom 8. Februar 2021, mit dem ihr erster Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen worden ist, rechtsfehlerhaft wäre oder dabei aktenkundige erhebliche Tatsachen oder Begehren übersehen worden wären,

dass daher das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerinnen abzuweisen ist, soweit überhaupt darauf einzutreten ist,

dass über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids im Rahmen des Endentscheids zu befinden sein wird.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das Gesuch der Beschwerdeführerinnen vom 20. Mai 2021, ihrer Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird im Rahmen des Endentscheids befunden werden.

3.

Dieser Zwischenentscheid geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 197516; Rechtsvertreter; Einschreiben)

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wiedergutzumachenden 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 Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 26. Mai 2021