



Urteil vom 25. Juni 2014

Besetzung

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

Parteien

BIEGE D._____, bestehend aus:

1. **F.**_____ **GmbH,**

2. **G.**_____ **GmbH,**

beide vertreten durch lic. iur. Daniela Lutz, Rechtsanwältin,
Obstgartenstrasse 7, 8042 Zürich,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

AlpTransit Gotthard AG,

Zentralstrasse 5, 6003 Luzern,

vertreten durch lic. iur. Peter Rechsteiner, Rechtsanwalt,
Weissensteinstrasse 15, 4503 Solothurn,
Vergabestelle,

und

ARGE L._____, bestehend aus:

1. **M.**_____ **SA**,
2. **N.**_____ **Ltd.**,
3. **O.**_____ **AG**,
4. **P.**_____ **SA**,
5. **Q.**_____ **S.p.A.**,
6. **R.**_____ **S.p.A.**,
7. **S.**_____ **S.p.A.**,

alle vertreten durch Rechtsanwälte

Dr. iur. Beat Denzler und Dr. iur. Heinrich Hempel,
Kasinostrasse 2, 8401 Winterthur,
Beschwerdegegnerinnen.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen (Abbruch des
Ausschreibungsverfahrens), Los Fahrbahn und Logistik CBT,
SIMAP-Projekt-ID 85680.

Sachverhalt:

A.

A.a Die AlpTransit Gotthard AG (nachfolgend: Vergabestelle) schrieb auf der Internetplattform SIMAP am 21. Mai 2012 für den Abschnitt Ceneri-Basistunnel (CBT), Teilabschnitt Bahntechnik CBT, den Bereich Fahrbahn und Logistik im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 735997). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasste das Beschaffungsobjekt zum einen die Planung, Entwicklung, Fabrikation, Lieferung und Montage der Fahrbahn (Schotterfahrbahn und feste Fahrbahn) sowie der Weichen des Ceneri-Basistunnels inklusive der offenen Neubaustrecke Nord, die Integration, die Inbetriebsetzung und die Erhaltung (bis zur Abnahme des Werkes) und die Pflichten bezüglich Koordination mit dem Unternehmer Bahntechnik und Gesamtkoordination sowie der Vergabestelle, und zum anderen die Planung, Lieferung, den Aufbau, Betrieb und Rückbau des Installationsplatzes Camorino und der gesamten Transport- und Umschlaglogistik für den Einbau der Bahntechnik im CBT (inkl. für die Nebenunternehmer) und auf der offenen Neubaustrecke Nord. Die Angebote waren bis zum 14. Dezember 2012 einzureichen.

A.b Die BIEGE D._____, bestehend aus F._____ GmbH und H._____ GmbH (seit 29. August 2013: G._____ GmbH) (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen), reichte am 12. Dezember 2012 ein Angebot für das Los Fahrbahn und Logistik ein.

A.c Mit Schreiben vom 13. August 2013 teilte die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen mit, dass ihr Angebot nicht habe berücksichtigt werden können. Ihr Angebot sei aufgrund des guten bis sehr guten technischen Niveaus mit entsprechend hohen Noten bei den technischen Kriterien bewertet worden; ausschlaggebend für das Endresultat sei aber der grosse Preisunterschied zum berücksichtigten Angebot gewesen. Aufgrund der erheblichen Preisdifferenz seien die Beschwerdeführerinnen gar nicht zu Verhandlungen eingeladen und seien die bestehenden Vorbehalte nicht bereinigt worden. Offen bleibe daher, ob die verbleibenden Vorbehalte allenfalls zu einem Ausschluss vom Verfahren geführt hätten.

A.d Am 15. August 2013 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 786679), dass sie den Zuschlag an die ARGE L._____, bestehend aus M._____ SA, N._____ Ltd., O._____ AG, P._____ SA, Q._____ S.p.A., R._____ S.p.A. und S._____ S.p.A., zum Preis von CHF 96'404'956.75 erteilt habe.

A.e Gegen diesen Zuschlag erhob die Bietergemeinschaft X._____, bestehend aus A._____, GmbH und B._____, AG, mit Eingabe vom 2. September 2013 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde.

A.f Mit Urteil vom 14. März 2014 im Verfahren B-4902/2013 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde teilweise gut, hob die angefochtene Zuschlagsverfügung auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurück.

A.g Mit Schreiben vom 14. April 2014 teilte die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen den Abbruch des Vergabeverfahrens mit. Darin führte sie aus, dass sich die Beschwerdeführerinnen nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hätten und damit im Rahmen der Neuevaluation nicht zu berücksichtigen gewesen seien. Die Neubeurteilung der Eignung der Beschwerdeführerinnen aufgrund der vom Bundesverwaltungsgericht aufgestellten Kriterien habe ergeben, dass auch die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien nicht erfüllten. Das heisse, dass keiner der im Verfahren verbliebenen Anbieter die Eignungskriterien erfülle. Die Vergabestelle breche daher das Verfahren ab.

A.h Am 15. April 2014 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 817831), dass sie das Vergabeverfahren abgebrochen habe. Zur Begründung führte sie an, es sei kein anforderungsgerechtes Angebot eingegangen. In Ziffer 4 "Bemerkungen" hielt die Vergabestelle fest:

"Nach der Überprüfung der Eignungskriterien gemäss den Erwägungen im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.03.2014 (B-4902/2013) erfüllt keiner der im Vergabeverfahren verbliebenen Anbieter die Eignungskriterien. Keine Rechtsmittelbelehrung. Die Verfügung wurde den Direktbetroffenen individuell eröffnet."

B.

Gegen diesen Abbruch des Ausschreibungsverfahrens erhoben die Beschwerdeführerinnen am 8. Mai 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die Verfügung betreffend Abbruch des Verfahrens sei aufzuheben und das Vergabeverfahren sei wieder aufzunehmen und mit einem Zuschlag abzuschliessen, wobei der Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen sei. Eventualiter beantragen sie, die Vergabestelle sei anzuweisen, das Verfahren unter Beizug des Angebots der Beschwerdeführerinnen wieder aufzunehmen und den Zuschlag jenem Angebot zu erteilen, das namentlich die Eignungskriterien gemäss

den Anforderungen im Urteil B-4902/2013 erfülle und das mit Bezug auf die Zuschlagskriterien am besten bewertet werde. Subeventualiter beantragen sie, es sei festzustellen, dass der Abbruch des Verfahrens rechtswidrig erfolgt sei.

In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen insbesondere, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei dies in einem ersten Schritt superprovisorisch zu geschehen habe, und es seien der Vergabestelle jene Handlungen zu untersagen, die den Abbruch bzw. eine Neuausschreibung präjudizieren könnten.

Die Beschwerdeführerinnen beantragen schliesslich umfassende Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens sowie nach erhaltener Akteneinsicht Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, sie erfüllten die Eignungskriterien auch gemäss Auslegung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 und hätten bei der Vergabestelle ein nach wie vor gültiges Angebot platziert, das auch alle anderen Grundvoraussetzungen erfülle und technisch als sehr gut beurteilt worden sei. Die von der Vergabestelle in der Verfügung vom 14./15. April 2014 vorgebrachte Begründung, wonach kein gültiges Angebot mehr im Verfahren bleibe, sei unhaltbar und geradezu willkürlich.

Gleichzeitig seien die Beschwerdeführerinnen auch aufgrund des bisherigen Verfahrensverlaufs zur vorliegenden Beschwerde legitimiert. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen sei daher bei Wiederaufnahme des Verfahrens und der neuen Zuschlagserteilung in die Auswertung mit einzubeziehen. Ihr Angebot erfülle alle Voraussetzungen, es liege kein Ausschlussgrund oder anderer Grund für den Abbruch des Verfahrens vor, und ihr Angebot sei von allenfalls weiteren noch im Verfahren verbleibenden Offerten am besten bewertet worden.

Anlässlich des Debriefings vom 21. August 2013 hätten die Vertreter der Vergabestelle den Eindruck vermittelt, der Zuschlag an die ARGE L. _____ sei in detaillierter Kenntnis aller Unterlagen und Informationen und somit in jeder Hinsicht fundiert und sorgfältig abgeklärt und auch rechtlich einwandfrei begleitet worden. Gemäss protokollierter Aussage der Vergabestelle am Debriefing habe das Angebot der Beschwerdeführerinnen (Amts- und Unternehmervariante) nur auf dem dritten Platz gelegen. Die Beschwerdeführerinnen hätten aufgrund der damals vorlie-

genden Informationen folgern müssen, dass die Vergabestelle wohl eine fundierte und rechtskonforme Abklärung, Prüfung und Einschätzung der Angebote zugesagt habe und dass auch die Eignung der Zuschlagsempfängerinnen ebenso wie das Preisangebot rechtssicher geprüft worden sein müsse. Sie habe den Schluss ziehen müssen, dass ihr Angebot auf dem dritten Platz ohne realistische Aussichten auf den Zuschlag sein würde. Die Beschwerdeführerinnen seien angesichts der ausdrücklichen Zusicherungen zur Prüfung der Zuschlagsempfängerinnen betreffend Eignung und der Information, dass das erstplatzierte Angebot preislich streng gemäss den Ausschreibungsunterlagen sorgfältig geprüft worden sei, veranlasst worden, auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag zu verzichten. Heute müssten die Beschwerdeführerinnen aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-4902/2013 vom 14. März 2014 feststellen, dass zentrale und ausschlaggebende am Debriefing abgegebene Begründungen bzw. Zusicherungen unzutreffend gewesen seien und die Vergabestelle die Angebotsüberprüfung mehrfach und in grober Weise fehlerhaft vorgenommen habe.

Es bestehe zwar eine Rechtsprechung, wonach bei Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag und Rückweisung an die Vergabestelle nur noch jene Angebote in die Neubewertung einbezogen werden sollten, die gegen den Zuschlag Beschwerde geführt hätten. In jüngeren Entscheidungen habe das Bundesverwaltungsgericht aber darauf hingewiesen, dass in besonderen Konstellationen und aufgrund konkreter Umstände der Einbezug von Angeboten in Frage komme, für die keine Beschwerde gegen den Zuschlag geführt worden sei. Es müssten namentlich auch die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag von Bedeutung sein. Auch in der Lehre werde überzeugend dafür argumentiert, dass in solchen Fällen die Beschwerdelegitimation anzunehmen sei.

C.

Mit Verfügung vom 9. Mai 2014 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend aufschiebende Wirkung einstweilen alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss, zu unterbleiben hätten.

D.

Die Vergabestelle äussert sich mit Vernehmlassung vom 19. Mai 2014 und beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, sowie, der

Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzuweisen. Gemäss der Rechtsprechung der früheren Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) und des Bundesverwaltungsgerichts seien in die Neubeurteilung nach Rückweisung nur die Zuschlagsempfängerinnen und die Beschwerdeführerinnen einzubeziehen. Vorliegend gebe es keinen Grund, die ständige Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in Zweifel zu ziehen. Das Vorgehen der Vergabestelle erweise sich als insgesamt rechtskonform. Mangels Anfechtung des Zuschlags vom 15. August 2013 sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerinnen sich mit diesem abgefunden hätten und der Zuschlag ihnen gegenüber partiell rechtskräftig geworden sei. Sie seien daher nicht mehr am Vergabeverfahren beteiligt und daher nicht beschwert und zur Beschwerde nicht legitimiert.

Zu berücksichtigen sei zudem, dass die Beschwerdeführerinnen eine Offerte eingereicht hätten, die mit ihrem bereinigten Offertpreis weit über denjenigen der übrigen Konkurrenten gelegen sei. Es sei davon auszugehen, dass eine Neuausschreibung des Auftrags, an welcher sich auch die Beschwerdeführerinnen beteiligen könnten, zu preislich vorteilhafteren Angeboten führen werde. Zudem sei die Eignung der Beschwerdeführerinnen im Lichte der durch das Bundesverwaltungsgericht im Entscheid vom 14. März 2014 festgelegten Grundsätze noch nicht geprüft worden, weshalb nicht feststehe, ob die Beschwerdeführerinnen tatsächlich geeignet seien oder allenfalls aufgrund submissionswidriger Vorbehalte aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssten.

Der Umstand, dass die Vergabestelle im Debriefing den Standpunkt vertreten habe, die Eignungs- und Angebotsevaluation der verschiedenen Anbieter und Offerten sorgfältig und rechtskonform durchgeführt zu haben, könne nicht eine besondere Vertrauensgrundlage dafür bilden, von einer Beschwerde abzusehen. Die Vergabestelle sei vom Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts überrascht worden; von einer gezielten Irreführung oder Verschleierungstaktik könne keine Rede sein. Dass die Vergabestelle durch den Entscheid einer oberen Instanz ins Unrecht versetzt werde, sei notorisch und könne nicht dazu führen, dass nicht beschwerdeführende Parteien im Nachhinein in den Stand versetzt werden, als hätten sie sich am Beschwerdeverfahren beteiligt.

Es stehe nicht fest, ob die Eignung der Beschwerdeführerinnen im Licht des neuen Massstabs gemäss Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts tatsächlich gegeben sei; dies umso mehr, als die Auslegung der Eig-

nungsanforderungen durch das Bundesverwaltungsgericht Gegenstand von zwei Beschwerden vor Bundesgericht bilde. Damit sei nicht rechtskräftig entschieden, ob betreffend die Eignungsprüfung der vom Bundesverwaltungsgericht oder der von der Vergabestelle vertretene Standpunkt massgebend sei, und die Argumentation der Beschwerdeführerinnen gehe fehl, wenn sie sich auf Umstände berufen würden, die nicht feststünden. Bestritten werde zudem, dass die Vergabestelle falsche Angaben gemacht habe.

Die Beschwerde sei mangels Legitimation der Beschwerdeführerinnen als aussichtslos zu beurteilen, und selbst wenn die Legitimation wider Erwarten bejaht werden solle, sei nicht klar, ob die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Eignungskriterien als geeignet anzusehen seien. Das private Interesse der Beschwerdeführerinnen habe vor dem ausserordentlich gewichtigen öffentlichen Interesse zurückzutreten. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei daher abzuweisen und die der Beschwerde superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung sei aufzuheben.

E.

Die Bietergemeinschaft X. _____ teilt mit Eingabe vom 26. Mai 2014 mit, dass sie keine Parteirechte geltend mache.

F.

Mit Replik vom 28. Mai 2014 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren mit Beschwerde vom 8. Mai 2014 gestellten Anträgen und an ihren Ausführungen fest. Sie halten daran fest, einen Anspruch auf Zulassung im wieder aufzunehmenden Verfahren zu haben. Es sei davon auszugehen, dass die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerinnen der schnellste Weg sei. Dass der Angebotspreis weit über demjenigen der übrigen Konkurrenten gelegen habe, sei offensichtlich falsch bzw. ein Verschieb der Vergabestelle; das Angebot der Beschwerdeführerinnen habe gemäss den Ausführungen der Vergabestelle am Debriefing auf Platz 3 von insgesamt 5 Angeboten gelegen, und die Wirtschaftlichkeit des Angebots der Beschwerdeführerinnen sei nie beanstandet worden. Die Vergabestelle wäre also verpflichtet gewesen, es unter dem Titel des wirtschaftlichen Mitteleinsatzes wieder mit einzubeziehen.

G.

Die ARGE L. _____ (nachfolgend: Beschwerdegegnerinnen) teilt mit

Eingabe vom 3. Juni 2014 mit, dass sie als Partei im Verfahren teilnehmen möchte.

H.

Die Vergabestelle hält mit Stellungnahme vom 4. Juni 2014 an ihren Anträgen fest. Mangels Legitimation der Beschwerdeführerinnen sei die Beschwerde prima facie als aussichtslos zu qualifizieren und die superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Rechtsmittelinstanz prüft von Amtes wegen und mit voller Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. Art. 7 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

1.1 Gegen den Abbruch eines Beschaffungsverfahrens durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, die dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1, mit Hinweisen). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und kein Ausnahmetatbestand nach Art. 3 BöB vorliegt.

Im vorliegenden Fall angefochten ist der Abbruch eines Beschaffungsverfahrens, für welches das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 die Unterstellung der im Verfahren B-4902/2013 angefochtenen Vergabe unter das BöB festgehalten hatte (vgl. Urteil B-4902/2013 vom 14. März 2014 E. 1.1).

Diese Beurteilung ist auch hier massgebend; das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

1.2 Die Vergabestelle bestreitet die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin.

Die Beschwerdeführerinnen dagegen machen geltend, sie seien zur Beschwerde legitimiert. Ihr nach wie vor gültiges Angebot, das nie rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei, werde durch den Abbruch wertlos. Sie seien durch die Abbruchverfügung unmittelbar betroffen.

In einem Verfahren gegen einen Abbruch müsse ein Beschwerdeführer lediglich glaubhaft darlegen, dass er bei einer allfälligen nachmaligen Zuschlagserteilung für den Zuschlag zumindest in Betracht komme. Nur diejenigen Anbieter seien durch eine Abbruchverfügung nicht materiell beschwert, deren Angebote sowieso aus bestimmten Gründen, z.B. Formfehler, aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien oder wären.

Das Bundesverwaltungsgericht sei zwar in mehreren Entscheiden zum Schluss gekommen, dass bei der Gutheissung einer Beschwerde gegen den Zuschlag und einer Rückweisung an die Vergabestelle nur noch jene Angebote in die Neubewertung mit einbezogen werden sollten, die gegen den Zuschlag Beschwerde geführt hätten. In zwei jüngeren Entscheiden habe es jedoch darauf hingewiesen, dass in besonderen Konstellationen und aufgrund konkreter Umstände der Einbezug von Angeboten in Frage komme, für die keine Beschwerde gegen den Zuschlag geführt worden sei. Namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag müssten dabei von Bedeutung sein. Auch gewichtige Stimmen der Lehre hätten festgehalten, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts Ergebnisse resultierten, die den Zielsetzungen des Vergaberechts widersprechen könnten. Zum einen werde in der Literatur darauf hingewiesen, dass mit der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts gerade nicht das beste Angebot gewählt würde. Auch werde mit einem Zuschlag in erster Linie entschieden, dass der ausgewählte Anbieter den Auftrag erhalten solle. Dass die übrigen Anbieter nicht zum Zug kämen, sei eher eine Reflexwirkung des Zuschlags als eine individuelle Zurückweisung jedes nicht berücksichtigten Anbieters. Bei einer Rücknahme, einem Widerruf oder einer gerichtlichen Aufhebung eines Zuschlags seien daher nur jene Bieter, die rechtskräftig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden seien, nicht mehr in das Verfahren mit einzubeziehen. Alle Anbieter, die noch ein gültiges Angebot "im Rennen" hätten, seien dagegen zu berücksichtigen, auch wenn sie den Zuschlag nicht angefochten hätten. Ein rechtskräftiger Ausschluss liege nur bei ei-

ner unangefochten gebliebenen oder erfolglos angefochtenen separaten Ausschlussverfügung vor, sowie eventuell dann, wenn die Vergabestelle einem Bieter im Rahmen der Zuschlagseröffnung ausdrücklich und unmissverständlich mitgeteilt habe, dass er ausgeschlossen werde.

Im vorliegenden Fall habe die Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen gerade nicht klar und unmissverständlich mitgeteilt, dass sie ausgeschlossen worden seien. Sowohl in der Mitteilung des Zuschlags als auch im Rahmen des Debriefings habe die Vergabestelle zwar darauf hingewiesen, dass Vorbehalte der Beschwerdeführerinnen noch (unbereinigt) vorhanden seien, sie habe aber nie substantiiert geltend gemacht, es bestünden Vorbehalte, die bei Nichtbereinigung zum Ausschluss führten.

Die Beschwerdeführerinnen hätten Angebote mit hoher technischer Qualität abgegeben und ihre Eignung habe die strengen Anforderungen der Vergabestelle erfüllt.

Anlässlich des Debriefings vom 21. August 2013 hätten die Vertreter der Vergabestelle den Eindruck vermittelt, der Zuschlag an die Beschwerdegegnerinnen sei in detaillierter Kenntnis aller Unterlagen und Informationen und somit in jeder Hinsicht fundiert und sorgfältig abgeklärt und auch rechtlich einwandfrei begleitet worden. Gemäss der protokollierten Aussage der Vergabestelle am Debriefing habe das Angebot der Beschwerdeführerinnen (Amts- und Unternehmervariante) nur auf dem dritten Platz gelegen. Die Vergabestelle habe versichert, dass sie eine fundierte und rechtskonforme Abklärung, Prüfung und Einschätzung der Angebote durchgeführt habe. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher den Schluss ziehen müssen, dass ihr Angebot auf dem dritten Platz ohne realistische Aussichten auf den Zuschlag sein würde. Durch die ausdrücklichen Zusicherungen, dass das erstplatzierte Angebot sorgfältig gemäss den Ausschreibungsunterlagen geprüft worden sei, seien sie veranlasst worden, auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag zu verzichten. Aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts B-4902/2013 vom 14. März 2014 müssten die Beschwerdeführerinnen aber feststellen, dass zentrale und ausschlaggebende am Debriefing abgegebene Begründungen bzw. Zusicherungen unzutreffend gewesen seien und die Vergabestelle die Angebotsüberprüfung mehrfach und in grober Weise fehlerhaft vorgenommen habe.

Anlässlich des Debriefings habe die Vergabestelle demnach eine nicht zutreffende Begründung für die Nicht-Berücksichtigung des Angebots der

Beschwerdeführerinnen abgegeben, Falschauskünfte bzw. im Vergleich zu anderen Debriefings widersprüchliche Aussagen gemacht, auf welche sich die Beschwerdeführerinnen hätten verlassen dürfen und welche für ihren Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag ursächlich gewesen seien. Bereits infolge des den Beschwerdeführerinnen zustehenden Vertrauensschutzes und aufgrund dieser fragwürdigen Umstände wäre eine Verneinung der Legitimation der Beschwerdeführerinnen rechtswidrig und rechtsmissbräuchlich.

1.2.1 Das BöB enthält keine speziell submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb sich diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes richtet (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] i.V.m. Art. 48 VwVG; vgl. BGE 137 II 313 E. 3.2.; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1296).

Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

1.2.2 Im vorliegenden Fall verfügte die Vergabestelle den Abbruch des Vergabeverfahrens, nachdem die Zuschlagsverfügung durch das Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden war. Die Vergabestelle stand somit im "reaktivierten Vergabeverfahren in der Phase vor der Zuschlagserteilung" (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2767 Fn. 2495). Die Frage stellt sich daher, ob die Beschwerdeführerinnen Teilnehmerinnen jenes "reaktivierten" Vergabeverfahrens in der Phase nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts waren bzw. als Teilnehmerinnen hätte angesehen werden müssen.

1.2.3 Bezüglich der Frage, ob nach einer Gutheissung der Beschwerde gegen einen Zuschlag und Rückweisung der Sache zur Neubewertung der Angebote nur die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter oder aber auch die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Submission, die den Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben, einzubeziehen sind, sind die Meinungen nicht einheitlich. Gewisse Lehrmeinungen und kantonale Gerichte tendieren eher zur

Auffassung, dass alle bisherigen Anbieter nochmals zu berücksichtigen seien, weil nur so das öffentliche Interesse daran, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot angenommen werde, gewährt werden könne (vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide, ZBl 104/2003 S. 27 f.; MARTIN BEYELER, a.a.O., Rz. 2784). Ein Teil der kantonalen Gerichte und insbesondere die BRK und in der Folge das Bundesverwaltungsgericht gehen indessen in ständiger Praxis von der Auffassung aus, dass in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur noch die Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind. Dies aufgrund der Überlegung, dass die anderen Teilnehmer der infrage stehenden Beschaffung den erfolgten Zuschlag nicht angefochten, sondern sich mit ihm abgefunden haben und sich – im Gegensatz zu den Beschwerdeführern und allenfalls auch zur Zuschlagsempfängerin – im Beschwerdeverfahren keinem Kostenrisiko ausgesetzt haben. Es wäre daher unbillig, wenn jene übrigen Anbieter dessen ungeachtet im Fall einer Rückweisung sozusagen als Trittbrettfahrer am nochmals aufzurollenden Verfahren wieder teilhaben könnten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4, mit Hinweisen; BRK 17/97 E. 3c; BRK 6/99 E. 6b; BRK 13/99 E. 4b; BRK 6/00 E. 3b; BRK 9/00 E. 5c; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1397).

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Urteil anerkannt, dass die Lehre zu Recht auf das Spannungsverhältnis hingewiesen hat, welches zwischen dieser prozessualen Sichtweise und dem Gesetzeszweck der Förderung des Anbieterwettbewerbs und allenfalls auch demjenigen des möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes bestehen kann, und die Frage aufgeworfen – aber offen gelassen – wie vorzugehen wäre, wenn die Offerte der im Rechtsmittelverfahren unterlegenen Zuschlagsempfängerin mit einem Mangel behaftet gewesen wäre (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 4).

1.2.4 Ob bzw. unter welchen Umständen allenfalls ausnahmsweise von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden darf, kann im vorliegenden Fall weiterhin offen gelassen werden. Klar ist indessen, dass eine allfällige derartige Ausnahme nur mit dem öffentlichen Interesse eines möglichst wirtschaftlichen Mitteleinsatzes begründet werden könnte. Dieses öffentliche Interesse ist

durch die Vergabestelle zu wahren; der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, ist dagegen nicht berechtigt, sich darauf zu berufen, um einen eigenen Rechtsanspruch zur Verfolgung seiner privaten Interessen daraus abzuleiten.

Selbst wenn daher möglicherweise in einer Ausnahmesituation von dem in ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erhärteten Grundsatz, dass in ein nochmals aufzurollendes Submissionsverfahren nur noch die im Rechtsmittelverfahren obsiegenden Beschwerdeführer und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen sind, abgewichen werden dürfte – was auch im vorliegenden Fall ausdrücklich offen gelassen wird – könnte daher lediglich die Vergabestelle eine derartige Möglichkeit wahrnehmen. Der nicht berücksichtigte Anbieter, der gegen den ersten Zuschlag kein Rechtsmittel ergriffen hat, könnte dagegen aus einer solchen Situation keinen Rechtsanspruch ableiten, am wieder aufgerollten Vergabeverfahren teilzunehmen. Dieser Anbieter hat vielmehr die im Zuschlag an einen anderen Anbieter enthaltene Nichtberücksichtigung seines Angebots, die er sich gegenüber in Rechtskraft erwachsen liess, weiterhin gegen sich gelten zu lassen.

1.2.5 Die Beschwerdeführerinnen behaupten, der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten habe, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen müsse, gelte nur bedingt. In einem jüngeren Entscheid habe das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass diesbezüglich namentlich die Umstände und die Motivation für den Verzicht auf eine Beschwerde gegen den Zuschlag von Bedeutung seien.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Grundsatz, dass der Anbieter, der den Zuschlag nicht angefochten hat, die Nichtberücksichtigung seines Angebots weiterhin gegen sich gelten lassen muss, wurde in dem von den Beschwerdeführerinnen angeführten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (B-536/2013) nicht in Frage gestellt. Dem Urteil lag eine wesentlich andere Konstellation zu Grunde: Angefochten war ein Abbruch, kein Zuschlag. Da der Abbruch nicht begründet war, durfte die in Frage stehende Mitbewerberin mit einer erneuten Ausschreibung rechnen, in der sie ihr Angebot erneut eingeben könnte (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-536/2013 vom 29. Mai 2013 E. 1.4.3.2). Sie musste den Abbruch daher nicht zwingend als für sich nachteilig auffassen, sondern durfte annehmen, dass ihre Chancen auf einen letztlichen Zuschlag nach wie vor intakt waren. Insofern stellte sich die Frage, ob ih-

re Situation in gewisser Weise nicht teilweise vergleichbar sei mit derjenigen einer Zuschlagsempfängerin, welche darauf verzichtet hat, im Rechtsmittelverfahren Parteirechte auszuüben. Eine derartige Zuschlagsempfängerin bleibt im wieder aufgerollten Vergabeverfahren, sofern sie nicht durch das Urteil ausgeschlossen wurde. Aus der angeführten Passage jenes Urteils des Bundesverwaltungsgerichts – in dem die aufgeworfene Frage im Übrigen ausdrücklich offen gelassen wurde – können die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren daher nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Konstellation wesentlich anders lag als im vorliegenden Fall. Im vorliegenden Fall war den Beschwerdeführerinnen unbestrittenermassen völlig klar, dass mit der am 15. August 2013 publizierten Zuschlagsverfügung ihr Angebot definitiv nicht berücksichtigt worden war.

1.2.6 Ob die von den Beschwerdeführerinnen dargelegten Gründe, warum sie gegen den am 15. August 2013 publizierten Zuschlag keine Beschwerde erhoben hatten, einen Anspruch auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist hätten begründen können, kann hier offen bleiben, da ein derartiges Begehren innert 30 Tagen zu stellen gewesen wäre (vgl. Art. 24 Abs. 1 VwVG). Auf ihre diesbezüglichen Vorbringen braucht daher nicht weiter eingegangen zu werden.

1.2.7 Die Beschwerdeführerinnen hatten somit keinen Rechtsanspruch darauf, an dem nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2014 neu aufgerollten Submissionsverfahren teilzunehmen. Aus diesem Grund sind sie auch nicht legitimiert, die in diesem Verfahren ergangene Abbruchverfügung anzufechten.

1.3 Auf ihre Beschwerde ist daher nicht einzutreten.

2.

Bei diesem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei, weshalb ihnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

3.

Die Beschwerdeführerinnen haben bei diesem Ausgang des Verfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Da die Beschwerdegegnerinnen noch keine eigentliche Rechtsschrift eingereicht haben und daher davon auszugehen ist, dass ihnen noch kein verhältnismässig hoher Aufwand im Sinn von Art. 64 Abs. 1 VwVG entstanden ist, steht ihnen ebenfalls keine Parteikostenentschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.

Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 50'000.– wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet und den Beschwerdeführerinnen werden Fr. 45'000.– zurück erstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 85690; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: 26. Juni 2014