Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

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-4450/2024
whs/ret/bni

Zwischenverfügung vom 18. Februar 2025

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richterin Mia Fuchs, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Thomas Reidy.

In der Beschwerdesache

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwältinnen
Claudia Schneider Heusi und/oder Zara El Tawil,
Schneider Rechtsanwälte AG,
Seefeldstrasse 60, Postfach, 8034 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Infrastruktur - Einkauf, Supply Chain und Produktion,
Einkauf Bauprojekte - Beschaffungsmanagement Bau,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65 SBB,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb, und/oder Lucina Herzog,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,
Vergabestelle,

B._____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Simon T. Oeschger und/oder Benjamin Hundius,
Suffert Neuenschwander & Partner,
Rotfluhstrasse 91, Postfach, 8702 Zollikon,
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "23-406 Holzschwellensanierung",
Los-Nr. 4;
SIMAP-Projekt-ID: 260036;
SIMAP-Meldungsnummer: 1429179,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.
Am 12. März 2024 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur / Einkauf (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform Simap (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Dienstleistungsauftrag unter dem Projekttitel "23-406 Holzschwellensanierung" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1345665; Projekt-ID 260036). Diese Ausschreibung soll der Auftragsvergabe für die Dienstleistung der Holzschwellensanierung und für die Dienstleistung der Behandlung von Holzschwellen gegen Pilzbefall dienen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Ausschreibung wurde in insgesamt 18 Lose aufgeteilt. Der hier interessierende Auftrag (Los-Nr. 4) betrifft die "Dienstleistung der Holzschwellensanierung – Luzern" und sieht eine Vertragslaufzeit von Juli 2024 bis Ende Juni 2026 mit einer maximal dreimaligen Verlängerungsoption von jeweils einem Jahr vor (Ausschreibung, Ziff. 2.4). Die Angebote waren bis zum 22. April 2024 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

Fragen konnten bis am 8. April 2024 gestellt werden und wurden im Rahmen einer Fragerunde beantwortet.

B.
In der Folge gingen für das hier interessierende Los 4 insgesamt vier Angebote ein, wovon eines der A._____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin), welche bis anhin in 14 von 16 Losen die bisherige Leistungserbringerin war. Nach der Offertöffnung nahm die Vergabestelle mit allen Anbieterinnen Kontakt auf und forderte sie auf, das im Rahmen des Zuschlagskriteriums 3 geforderte "hinreichende Qualitätssicherungskonzept" zu präzisieren sowie die prozentualen Anteile für die Preisgleitformel anzugeben. Zudem wurde der Beschwerdeführerin die Gelegenheit gegeben, ihr Angebot zu korrigieren, da dieses nach Auffassung der Vergabestelle Vorbehalte und Fehler enthalten hatte.

C.
Am 19. Juni 2024 erteilte die Vergabestelle der B._____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin), den Zuschlag zum Preis von Fr. 2'557'799.44 (ohne MwSt.).

Die Vergabestelle veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 24. Juni 2024 auf SIMAP (Meldungsnummer 1429179). Zur Begründung führte sie aus, dass durch die strategische Losvergabe eine Anbieterin in jeder Region

maximal alle Lose ausser eines erhalten könne. Aus diesem Grund gehe der Zuschlag im hier interessierenden Los Nr. 4 an die zweitplatzierte Anbieterin. Ausschlaggebend sei insbesondere das Zuschlagskriterium ZK 1 gewesen, bei dem die Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu den schlechter klassierten Anbieterinnen eine hohe Punktzahl erreicht habe (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.3).

D.
Im Anschluss an die Zuschlagspublikation führte die Vergabestelle auf Wunsch der Beschwerdeführerin am 4. Juli 2024 ein Debriefing durch. Darin wurden der drittplatzierten Beschwerdeführerin die Punktevergabe für die einzelnen Zuschlagskriterien sowie die wesentlichen Gründe für die Nichterteilung des Zuschlags für das Los Nr. 4 erläutert.

E.
Gegen den am 24. Juni 2024 auf SIMAP publizierten Zuschlag erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. Juli 2024 (Posteingang: 16. Juli 2024) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte in materieller Hinsicht, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und es seien die Angebote der weiteren Anbieterinnen auszuschliessen und ihr der Zuschlag zu Los 4 zu erteilen. Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und es sei die Vergabestelle anzuweisen, die ausgeschriebenen Leistungen aufgrund einer erneuten, korrekten Beurteilung der Angebote gemäss den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie Mindestanforderungen zu vergeben. Eventualiter zu diesen Anträgen sei die Vergabestelle anzuweisen, die Beschaffung neu auszuschreiben. Subeventualiter sei festzustellen, dass die Zuschlagsverfügung der Vergabestelle rechtswidrig sei.

Die Beschwerdeführerin beantragte in prozessualer Hinsicht unter anderem, der Beschwerde sei (zunächst superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Vergabestelle für die Dauer des Beschwerdeverfahrens zu untersagen, jegliche Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich einen Vertragsabschluss, vorzunehmen. Weiter verlangt sie Einsicht in die vollständigen Verfahrensakten sowie die Gelegenheit zur Stellungnahme und Ergänzung der Beschwerde. Schliesslich sei das vorliegende Beschwerdeverfahren inhaltlich und zeitlich mit dem parallelen Beschwerdeverfahren bezüglich diverser anderer Lose abzustimmen.

Sie rügte unter anderem, dass das Gleisbau-Harz der anderen Anbieterinnen zwingende Spezifikationen nicht erfülle. Zudem erfülle die Beschwerdegegnerin aufgrund mangelnder Erfahrung weder das Eignungskriterium 1 noch die Anforderungen an die Kapazitäten.

F.
Ebenfalls mit Eingabe vom 12. Juli 2024 ging beim Bundesverwaltungsgericht eine zweite Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsverfügungen der Vergabestelle vom 19. Juni 2024 zu den Losen 1, 2, 3, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15 und 16 betreffend das Projekt "23-406 Holzschwellensanierung" ein. Diese Beschwerde wird im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-4460/2024 behandelt.

G.
Mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Juli 2024 ordnete der Instruktionsrichter unter anderem an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

H.
Mit Vernehmlassung vom 22. August 2024 beantragte die Vergabestelle, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen und der Beschwerde sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Eventualiter sei der Vergabestelle zu erlauben, zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit während der Verfahrensdauer die in Los 4 ausgeschriebenen Leistungen bei der Zuschlagsempfängerin zu den Bedingungen gemäss der Zuschlagsverfügung zu beziehen. Es sei über den Entzug der aufschiebenden Wirkung ohne weiteren Schriftenwechsel zu entscheiden. Schliesslich sei die von der Beschwerdeführerin anbegehrte Akteneinsicht, soweit diese über die mit der Stellungnahme zugestellten Beilagen hinausgehe, erst nach dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu gewähren, soweit keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen entgegenstünden.

Die Vergabestelle legte unter anderem dar, dass die drittplatzierte Beschwerdeführerin keine reelle Chance auf den Zuschlag habe, weswegen ihr die materielle Beschwer fehle. Im Übrigen bestünden keine Zweifel am

vergabekonformen Angebot der Zuschlagsempfängerin, zumal die technischen Spezifikationen eingehalten würden, das Eignungskriterium EK1 nachweislich erfüllt sei und keine Anhaltspunkte für Kapazitätsengpässe bestünden.

I.
Die Zuschlagsempfängerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) reichte am 23. August 2024 eine Stellungnahme ein, mit dem Antrag, die Beschwerde sei abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei. In der Begründung führte sie insbesondere aus, ihr Verfahren zur Holzschwellensanierung erfülle sämtliche zwingenden Spezifikationen.

J.
Mit Eingabe vom 2. Oktober 2024 replizierte die Beschwerdeführerin und hielt an den in der Beschwerde vom 12. Juli 2024 gestellten Rechtsbegehren und Verfahrensanträgen vollumfänglich fest. Zudem sei das Gesuch der Vergabestelle auf Vorabbezug bei der Beschwerdegegnerin abzuweisen. Hingegen sei der Vergabestelle zu erlauben, bei der Beschwerdeführerin während der Verfahrensdauer die zu den Bedingungen gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin vom 17. April 2024 für das Los 4 offerierten Leistungen zu beziehen.

K.
Mit Eingabe vom 17. Oktober 2024 stellte die Vergabestelle einen dringlichen Antrag auf Vorabbezug. Es sei ihr zu erlauben, bei der Beschwerdegegnerin die Sanierung von maximal 482 Rippenplatten im Sinne eines dringenden Notbedarfs vorab zu beziehen, unter der Auflage, dass der Bezug zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 24. Juni 2024 erfolge.

Die Beschwerdeführerin beantragte in der Kurzstellungnahme vom 24. Oktober 2024 die vollumfängliche Abweisung des von der Vergabestelle beantragten Vorabbezugs bei der Beschwerdegegnerin.

Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerin hielten in den Dupliken vom 7. November 2024 je an den bisher gestellten Rechtsbegehren und Ausführungen fest.

Mit Zwischenverfügung vom 18. November 2024 erlaubte der Instruktionsrichter der Vergabestelle, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, insgesamt maximal 482 Rippenplatten entweder von der Zuschlagsempfängerin oder von der Beschwerdeführerin im Sinne

eines Notbedarfs vorab zu beziehen, wie sie in der am 24. Juni 2024 publizierten Zuschlagsverfügung definiert wurden.

Am 19. November 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine weitere Kurzstellungnahme und die Kostennote ein.

L.
Mit Eingabe vom 10. Januar 2025 stellte die Vergabestelle einen weiteren dringlichen Antrag auf Vorabbezug. Es sei ihr zu erlauben, bei der Beschwerdegegnerin die Sanierung von weiteren 3'316 Rippenplatten im Sinne eines dringenden Notbedarfs vorab zu beziehen, unter der Auflage, dass der Bezug zu den Bedingungen gemäss Zuschlagsverfügung vom 24. Juni 2024 erfolge.

Die Beschwerdeführerin bestritt in der Stellungnahme vom 17. Januar 2025 die Dringlichkeit der Sanierung der betroffenen 3'316 Rippenplatten nicht, beantragte jedoch die vollumfängliche Abweisung des von der Vergabestelle beantragten Vorabbezugs bei der Beschwerdegegnerin. Hingegen sei der Vergabestelle zu erlauben, die dringend benötigten zusätzlichen Rippenplatten bei der Beschwerdeführerin zu beziehen.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Januar 2025 erlaubte der Instruktionsrichter der Vergabestelle, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens, insgesamt maximal 3'316 weitere Rippenplatten entweder von der Zuschlagsempfängerin oder von der Beschwerdeführerin im Sinne eines Notbedarfs vorab zu beziehen.

M.
Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

1.1 Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) unter Berücksichtigung der

einschlägigen Schwellenwerte die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 53 Abs. 1 Bst. e und Bst. h BöB). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 54 Abs. 2 BöB).

1.2 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II"; vgl. dazu auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340 mit Hinweisen).

1.3 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

2.

2.1 Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Der subjektive Geltungsbereich ist Gegenstand von Art. 4 BöB und der objektive von Art. 8 f. BöB, wobei Art. 8 BöB eine Legaldefinition der öffentlichen Beschaffung enthält. Die Ausnahmen zum Geltungsbereich sind in Art. 10 BöB geregelt.

2.2 Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden. Ein Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist indessen nur im Staatsvertragsbereich zulässig (Art. 52 Abs. 2 BöB). Demnach gilt im Staatsvertragsbereich wie nach altem Recht Primärrechtsschutz, wogegen für die neu rechtsschutzunterstellten Vergaben nur Sekundärrechtsschutz zur Verfügung steht (Botschaft zur Totalrevision des BöB vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., [im Folgenden: Botschaft BöB], S. 1977 zu Art. 52 Abs. 2 BöB).

2.3 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-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Dabei genügt es, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.4 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 158; DANIEL ZIMMERLI, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [nachfolgend: Handkommentar BöB], 2020, Art. 4 Rz. 54 f.; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.7, B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.3 "Weichenschleifmaschinen", B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2.1 "Produkte zur Aussenreinigung III").

2.4 Die zu beurteilende Vergabe dient der Auftragsvergabe für die Dienstleistung der Holzschwellensanierung und für die Dienstleistung der Behandlung von Holzschwellen gegen Pilzbefall in der Region Luzern. Der Vertrag hat eine Laufzeit vom 1. Juli 2024 bis 30. Juni 2026. Die Vergabestelle hat zudem die Option, den Vertrag dreimal um ein Jahr zu verlängern (Ziff. 2.4 der Ausschreibung). Die das Beschaffungsobjekt umfassenden Tätigkeiten weisen einen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bereich Verkehr der SBB auf. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe auch unter diesem Gesichtspunkt prima facie in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB).

2.5 Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wird vorliegend ein Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben. Ein solcher fällt gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB in den Staatsvertragsbereich, soweit er von Annex 5 GPA 2012 bzw. Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird. Massgebend ist insoweit die zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; BVGE 2011/17 E. 5.2.2 "Personalverleih"). In Ziffer 2.5 der Ausschreibung wird

von Bauarbeiten und Überholungs- und Sanierungsarbeiten gesprochen, was für Bauarbeiten im Sinne der CPC-Gruppe 531 spricht. Ob die in Frage stehenden Leistungen als Gleisbauarbeiten oder als Dienstleistung zu beurteilen sind, kann im vorliegenden Zusammenhang offenbleiben. Im Bereich der Dienstleistungskategorien gemäss der provisorischen Produkteklassifikation der Vereinten Nationen gibt es im Unterschied etwa zu Maschinen (Referenznummer 886) jedenfalls keine "maintenance" oder "repair services" für Schwellen. Demnach erscheint jedenfalls prima facie plausibel, dass die Klassifikation – wovon offenbar auch die Vergabestelle ausgeht (Ziffer 1.9 der Ausschreibung) – systematisch interpretiert so zu verstehen ist, dass Holzschwellensanierungen so oder anders in den Staatsvertragsbereich fallen (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 2.4 und B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.4 "Weichenschleifmaschinen"). Im Übrigen wird denn auch weder seitens der Vergabestelle noch der Beschwerdegegnerin geltend gemacht, die vorliegende Beschaffung falle nicht in den Staatsvertragsbereich.

2.6 Der Schwellenwert für Beschaffungen von Dienstleistungen durch eine Auftraggeberin nach Art. 4 Bst. f BöB beträgt Fr. 640'000.– (Ziff. 1.2 Anhang 4 zum BöB). In der vorliegenden Ausschreibung beträgt die Zuschlagssumme für die 18 Lose mehr als Fr. 40 Mio., weshalb der Wert des in Frage stehenden Auftrags über dem Schwellenwert für Dienstleistungen liegt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB). Zugleich wäre aber auch der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8'000'000.– erreicht (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB).

2.7 Eine Ausnahme vom Geltungsbereich im Sinne von Art. 10 BöB liegt nicht vor. Auch handelt es sich beim vorliegenden Auftrag nicht um eine öffentliche Beschaffung gemäss Anhang 5 Ziff. 1 Bst. c und d BöB, bei welchen kein Rechtsschutz besteht (Art. 52 Abs. 5 BöB).

2.8 Nach dem Gesagten liegt eine gemäss Art. 53 Abs. 1 BöB anfechtbare Verfügung vor und die in Frage stehende Vergabe fällt prima facie sowohl in den Anwendungsbereich des BöB als auch in den Staatsvertragsbereich. Entsprechend ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig. Ausserdem ist das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zulässig (Art. 52 Abs. 2 i.V.m. 54 Abs. 2 BöB).

3.

3.1 Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 54 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 54 Abs. 2 BöB).

3.2 Das revidierte BöB nennt die Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind: Das Bundesverwaltungsgericht kann einer Beschwerde bei einem Auftrag im Staatsvertragsbereich auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung gewähren, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen (Art. 54 Abs. 2 BöB). Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts können die Grundsätze übernommen werden, 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; Zwischenentscheide des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; 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, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"; Zwischenentscheid des BVGer B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"). In der Botschaft zum BöB (BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1981 f.) wird festgehalten, dass weder nach altem noch nach neuem Recht ein automatischer Suspensiveffekt vorgesehen ist und im Übrigen auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verwiesen.

3.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder

bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind 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 Vergabestelle wahrzunehmen hat. So wird in der Botschaft zum BöB namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1982; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). 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 1994/2001) – heute Art. 54 Abs. 2 der revidierten IVöB vom 15. November 2019 – 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. XVIII Ziff. 1 und Ziff. 7 Bst. a GPA 2012 – 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"; BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen"; Zwischenentscheide des BVGer 5341/2024 vom 19. Dezember 2024 E. 3.3, B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 3.2 "Weichenschleifmaschinen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

4.

4.1 Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach mangels Legitimation nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheide des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli

2022 E. 5.1 "Tunnelfunkanlagen I" und B-3580/2021 vom 30. November 2021 E. 4 "Identity and Access Management"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 mit Hinweisen).

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

4.2.1 Die Beschwerdeführerin macht in der Beschwerde bezüglich ihrer Legitimation geltend, dass die Beschwerdegegnerin und die weiteren Anbieterinnen vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien und der Zuschlag ihr zu erteilen sei. Als Begründung bringt sie vor, das Gleisbau-Harz der anderen Anbieterinnen erfülle zwingende Spezifikationen nicht.

Die Vergabestelle beantragt demgegenüber, dass auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin nicht einzutreten sei, da sie als drittplatzierte Beschwerdeführerin keine reelle Chance auf den Zuschlag habe. Gemessen an den Anforderungen, die die Beschwerdeführerin an die technischen Spezifikationen zum Gleisbau-Harz stelle, hätte auch ihr eigenes Angebot ausgeschlossen werden müssen.

4.2.2 Die Frage, ob die beschwerdeführende Anbieterin eine reelle Chance gehabt hätte, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihr gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1; 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rendre vraisemblable"), dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihr platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1, m.w.H.). Zu berücksichtigen ist dabei auch die Beweiserschwernis, die sich für die nicht berücksichtigte Anbieterin aufgrund einer fehlenden Einsicht in die Verfahrensakten zum Zeitpunkt der Beschwerde ergeben kann (vgl. zum Ganzen die Urteile des

BVGer B-7463/2016 vom 31. Oktober 2017 E. 4.8; B-3596/2015 vom 3. September 2015 E. 4.1).

4.3 Würde der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt, und die Beschwerdegegnerin sowie die zweitplatzierte Anbieterin würden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, dann wäre der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Die Beschwerdeführerin kann somit als drittplatzierte Anbieterin mit ihren Anträgen und entsprechender Begründung glaubhaft machen, dass ihre Aussichten auf die Erteilung des Zuschlags nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung bzw. nach Ausschluss der vor ihr liegenden Mitanbieterinnen zumindest bei der diesbezüglichen Überprüfung im Stadium der Eintretensvoraussetzungen intakt sind. Das bedeutet, dass der Beschwerdeführerin prima facie aufgrund der Rügen die Legitimation zuzuerkennen ist.

4.4 Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.5 Prima facie ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

5.
In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, das Gleisbau-Harz der Beschwerdegegnerin und der weiteren Anbieterinnen erfülle zwingende Spezifikationen nicht. Zudem erfülle die Beschwerdegegnerin das EK 1 aufgrund mangelnder Erfahrung und Anforderungen an die Kapazitäten nicht.

Sowohl die Vergabestelle als auch die Beschwerdegegnerin halten dem entgegen, dass sowohl dieses Eignungskriterium als auch die übrigen Mindestanforderungen sehr wohl erfüllt würden.

5.1 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl. Art. 2 Bst. b und c BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht

bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel").

5.2 Gemäss Art. 27 Abs. 1 BöB legt die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die Kriterien zur Eignung der Anbieterin abschliessend fest. Die Kriterien müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein. Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen (Art. 27 Abs. 2 BöB). Diese Bestimmung wird durch Art. 4 Abs. 4 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 der VöB genannten Unterlagen oder Nachweise erheben und einsehen kann. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. dazu grundlegend das Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 "Privatisierung Alcosuisse I", auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58, E. 2.1 mit Hinweisen). Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (vgl. Art. 27 Abs. 2 BöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.1 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Als Nachweise gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin in Erfahrung bringen kann, ob die Anbieterin ihre bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht hat (vgl. Art. 27 BöB und Anhang 3 Ziff. 12 VöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.3 und E. 5.4 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

5.3 Demgegenüber prüft die Vergabestelle die Angebote der geeigneten Anbieter anhand leistungsbezogener Zuschlagskriterien (Art. 29 Abs. 1 BöB). Gemäss Art. 40 Abs. 1 BöB werden die Angebote, sofern die Eignungskriterien und die technischen Spezifikationen erfüllt sind, nach Massgabe der Zuschlagskriterien objektiv, einheitlich und nachvollziehbar geprüft und bewertet. Indessen hat die Rechtsprechung bereits unter altem Recht die Berücksichtigung der sogenannten Mehreignung insbesondere in Bezug auf Schlüsselpersonen als rechtskonform anerkannt (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Mehreignung"; BVGE 2011/58 E. 12.2 "Baustellensicherheit Cornavin/Annemasse"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 5.8.5 "Mehreignung"). Das gilt nach neuem Recht umso mehr, als nach Art. 41 BöB das vorteilhafteste Angebot den Zuschlag erhält, was die Bedeutung der Qualität betont. Wird

den Vergabestellen die Möglichkeit eröffnet, die Mehreignung zu berücksichtigen, verringert das im Ergebnis die Bedeutung des Preises (MARC STEINER, Die Berücksichtigung der Mehreignung aus beschaffungsrechtlicher Sicht – ein Beitrag aus der Schweiz, in: European Law Reporter 2010, S. 189 ff., insb. S. 192 mit Hinweis in Fn. 49). Bei dieser Vorgehensweise handelt es sich nicht um eine (unzulässige) Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Mehreignung" mit Hinweis auf MARTIN BEYELER, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, S. 208 f.; vgl. zur Doppelprüfung auch LOCHER/OECHSLIN, in: Handkommentar BöB, Art. 29 BöB Rz. 14 f.).

5.4 Ferner ist bei der Auslegung von Anforderungen bzw. der Würdigung entsprechender Eignungsnachweise zu beachten, dass das Vergaberecht unter anderem den wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken soll (Art. 2 Bst. d BöB) und daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.7.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Dasselbe gilt auch für Eignungskriterien. Es liegt zwar in der Natur der Sache, dass durch restriktiv formulierte Eignungskriterien der Anbietermarkt enger wird. Insbesondere führt das Betonen der Bedeutung von Referenzprojekten dazu, dass sich neue Anbieter, die auf den Markt drängen, nicht beteiligen können. Auch im Rahmen der Festsetzung der Eignungsanforderungen ist indessen darauf zu achten, dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.12.4 "Tunnelreinigung Gotthard Basistunnel"; siehe zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.3 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

5.5 Im vorliegenden Fall wurden in der SIMAP-Ausschreibung vom 12. März 2024 in Ziff. 3.7 die Eignungskriterien und unter Ziff. 2.4, soweit hier das Los 4 interessierend, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festgehalten. In den Ausschreibungsunterlagen (Dokument 1: Ausschreibungsbedingungen) fanden sich sodann die Eignungskriterien sowie die zu erfüllenden Mindestanforderungen (MA) jeweils mit den zu erbringenden Nachweisen. Sowohl bei den Eignungskriterien als auch bei den geforderten Mindestanforderungen wurde angedroht, dass das Angebot im

Fall der nicht vollständigen Erfüllung nicht in die Bewertung einbezogen werde (Ziff. 2.10.2 und Ziff. 2.10.3 der Ausschreibungsbedingungen).

6.

6.1 Technische Spezifikation / Gleisbau-Harz

6.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt, dass das von der Beschwerdegegnerin und weiteren Anbieterinnen verwendete Gleisbau-Harz zwingende Spezifikationen nicht erfülle. Denn das nach Auffassung der Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin in der Offerte angegebene Harz "[…]" oder "[…]" könne nur bei Temperaturen von +10°C bis +30°C sowie lediglich bei Anwendungsbedingungen "trocken bis feucht", aber nicht "nass" verarbeitet werden.

6.1.2 Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin verkenne, dass das Lastenheft Anforderungen an das Verfahren und nicht an das verwendete Material stelle. Zudem werde das angebotene Harz seit Jahren im Schienennetz der SBB verwendet. Schliesslich habe auch die Beschwerdeführerin als bisherige Leistungserbringerin genau diese Harze verwendet, welche sie jetzt bemängle. Auch hätten bei Minustemperaturen bis -6.6° bereits Holzschwellensanierungen inkl. Verfüllung der Schraublöcher mit dem erwähnten Harz "[…]" durchgeführt werden können.

6.1.3 Die Beschwerdegegnerin weist ebenfalls darauf hin, dass das bei der Auftragserfüllung verwendete Harz die zwingenden Spezifikationen der Ausschreibung erfülle. Auch gehe aus dem aktuellen Produktdatenblatt hervor, dass der Hersteller garantiere, dass das Harz "[…]" bei einer Oberflächentemperatur von +2°C bis +35°C angewendet werden könne, was selbst bei kältesten Temperaturen durch ein kurzes Erwärmen der Oberfläche erreicht werden könne. Der Hersteller empfehle zudem offiziell dieses Vorgehen zur Erwärmung der Oberfläche von Holzschwellen bei Minustemperaturen.

6.1.4 Gemäss den Ausschreibungsunterlagen wurde unter der Mindestanforderung MA1 die Erfüllung und vollumfängliche Einhaltung der technischen Spezifikationen und Vorgaben der SBB verlangt. Dabei hatte die Anbieterin zu bestätigen, sämtliche technischen Spezifikationen (Lastenheft, Zeichnungen, Reglemente, weitere) und Vorgaben der SBB verstanden zu haben, diese vollumfänglich einzuhalten und zu erfüllen. Als Nachweis mussten die Anbieterinnen die Spezifikationen (Lastenheft) und Vorgaben

der SBB AG rechtsgültig unterzeichnen (Dokument 1: Ausschreibungsbedingungen, Ziff. 2.10.3.1).

Im Zusammenhang mit der Schraubenlochsanierung wurde an die Verfahren zur Gewährleistung der Anwendbarkeit unter anderem gefordert, dass die Schadensbehebung bei trockener oder nasser Witterung (ausgenommen Schnee und Hagel) im Temperaturbereich von -5°C bis +30°C vorgenommen werden kann (Ziff. 4.2 des Lastenhefts). Damit soll sichergestellt werden, dass die Sanierungsarbeiten ganzjährig durchgeführt werden können.

6.1.5 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungs- und Zuschlagskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk A9"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 4.3 "Erneuerung Videoanlage I"; Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2 "Privatisierung Alcosuisse I"), den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 56 Abs. 3 BöB; vgl. in Bezug auf Art. 16 IVöB (2001) das Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen "piscine publique" und zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Je mehr sich die Ausschreibungsunterlagen als auslegungsbedürftig erweisen, desto eher stellt sich auch die Frage, ob die Bedeutung der entsprechenden Anforderungen erkennbar war im Sinne von Art. 53 Abs. 2 BöB.

6.1.6 Wie die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerinnen prima facie zu Recht geltend machen, enthält das Lastenheft keine technischen Spezifikationen an das zu verwendende Gleisbau-Harz, sondern stellt Anforderungen an das Verfahren zur Holzschwellensanierung als Ganzes auf. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut im Lastenheft, wo im Titel von Ziff. 4.2 die "Anforderungen an die Verfahren zur Schadensbehebung" aufgeführt sind. Auch in den Tabellenspalten wird zwischen dem "einfachen" und dem "kompletten" Verfahren unterschieden (Ziff. 4.2 des Lastenhefts). Auch Sinn und Zweck dieser technischen Spezifikation lassen nicht darauf schliessen, dass die Gewährleistung der Anwendbarkeit bei trockener oder nasser Witterung sowie im Temperaturbereich von -5°C bis +30°C explizit für jedes eingesetzte Produkt erfüllt werden muss. Die Anbieterinnen haben vielmehr mit einem geeigneten Verfahren sicherzustellen, dass die Durchführung der Sanierungsarbeiten auch in den Witterungs- und Temperaturverhältnissen gemäss Ausschreibung gewährleistet sind.

6.1.7 Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sieht die Verwendung des Produkts "[…]" des Herstellers C._____ vor. Gemäss eingereichtem Produktdatenblatt beträgt die Mindesthärtungs- bzw. Objekttemperatur zwar +10°C und die maximale Verarbeitungs- bzw. Objekttemperatur +30°C. Die Beschwerdegegnerin bestätigte jedoch mit der Unterzeichnung des Pflichtenhefts, dass Sanierungsarbeiten auch bei Minustemperaturen (bis zu -5°C) und nasser Witterung durchgeführt werden können. Die Beschwerdegegnerin führt zur Vorgehensweise bei kühleren, unter die im alten Datenblatt empfohlenen + 10°C, Temperaturen aus, dass sich in diesem Falle die Oberflächentemperatur beispielsweise mit einem Propanbrenner erwärmen lasse. Dieses seit Jahren angewandte praxisübliche Vorgehen sei weder den Holzschwellen, noch dem Harz oder sonstig eingesetzten Materialien abträglich. Auch die Herstellerin des hier interessierenden Harzes bestätigt im Schreiben vom 19. August 2024 (Beilage 3 der Beschwerdeantwort), dass das Harz bei geeigneten Massnahmen (vorwärmen der Oberfläche mittels Brenner) auch bei Temperaturen unter -2 Grad eingesetzt werden könne. Es sei ein standardisiertes Verfahren, das auch schon in der Vergangenheit von der […] und den […] eingesetzt worden sei und zu keinerlei Qualitätsmängeln geführt habe.

6.1.8 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass das Harz der Beschwerdegegnerin die Anforderungen an die Witterungsbedingungen nicht erfülle, da dieses nicht – wie im Lastenheft gefordert – bei nasser Witterung verarbeitet werden könne.

Dem Produktedatenblatt zum eingesetzten Harz der Beschwerdegegnerin (Beschwerdebeilage 6) lässt sich entnehmen, dass dieses von trockener bis feuchter Umgebung eingesetzt werden kann. Eine Verarbeitung scheint somit selbst bei Regen möglich. Selbst wenn der Argumentation der Beschwerdeführerin gefolgt würde, wonach "feucht" nicht mit "nass" gleichzusetzen wäre, besteht ohne Weiteres die Möglichkeit, die Holzschwellen vor dem Ausgiessen abzudecken und zu trocknen. Zudem vermag die Beschwerdegegnerin mit der aufgezeigten Einbauanleitung glaubhaft darzulegen, dass das vorgesehene Verfahren zur Schadensbehebung auch bei regnerischen Bedingungen gewährleistet werden kann. Dies auch weil die Bohrlöcher (Durchmesser zwischen 19 bis 23 mm) eher klein sind. Auch die von der Beschwerdegegnerin aufgezeigte Möglichkeit eines gezielten raschen Arbeitens, damit die Bohrlöcher nie gänzlich mit Wasser volllaufen und dadurch "nass" werden würden, kann als probates Mittel angesehen werden, damit die Arbeiten auch bei Regen durchgeführt werden können.

Auch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die von der Beschwerdegegnerin vorgesehenen "Behelfsmethoden" die notwendige vorgängige Planung der Baustellen für die Holzschwellensanierung verhindere, erscheint nicht stichhaltig. Wie die Vergabestelle zurecht erwidert, gehören die zur Erwärmung oder Trocknung des Harzes oder der Oberfläche benötigten Materialien zum Standardrepertoire der Baustellenausrüstung, weshalb nicht einsehbar ist, inwiefern durch deren Einsatz die Durchführung der Sanierungsarbeiten verzögert werden könnte.

6.1.9 Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin mit der Unterzeichnung des Lastenhefts bestätigt, dass die Sanierungsarbeiten auch bei Minustemperaturen (bis zu -5°C) möglich sein sollen. Die Vergabestelle führt in der Vernehmlassung dazu unter anderem aus, dass sie keinen Anlass gesehen habe, an der Selbstdeklaration der Beschwerdegegnerin zu zweifeln, da sich das angebotene Harz seit Jahren im Schienennetz der SBB im Einsatz befinde. Auch die bisherige Leistungserbringerin habe die von der Beschwerdeführerin bemängelten Harze eingesetzt.

Die Vergabestelle hat die Angebote zwar zu prüfen, d.h. diese zumindest einer Plausibilitätsüberprüfung zu unterziehen. Ohne konkrete Hinweise kann aber vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die Selbstdeklarationen in den Offerten in jedem Detailpunkt durch aussenstehende Experten verifiziert werden müssen, insbesondere dann nicht, wenn es sich um Deklarationen handelt, die sich auf die Eigenschaften des Produkts selber beziehen (Urteil des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3;

Urteil des BVGer B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 11.3 ff.). Denn es ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3, Urteil des BGer 2C_346/2013 E. 1.3.3; Urteil B-1714/2022 E. 11.3 ff.).

Vorliegend hat die Vergabestelle bereits Erfahrungen mit dem Einsatz der hier interessierenden Harze gemacht, da diese bereits seit Jahren im Schienennetz der SBB eingesetzt werden. Schliesslich kann das angebotene Harz nach Angaben der Herstellerin auch bei Minustemperaturen eingesetzt werden, wenn z.B. die Oberflächen vorgewärmt werden. Entsprechend ist prima facie nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle auf die Selbstdeklaration der Beschwerdegegnerin vertraut und keine weiteren Abklärungen vorgenommen hat.

6.1.10 Gestützt auf diese Ausführungen ist prima facie nicht ersichtlich, inwiefern das von der Beschwerdegegnerin eingesetzte Gleisbauharz bzw. das für die Schraubenlochsanierung vorgesehene Verfahren im Widerspruch zu den geforderten technischen Spezifikationen stehen sollte. Dies wird schliesslich auch durch die Aussage der Vergabestelle gestützt, wonach das fragliche Harz seit mehreren Jahren bei ganz unterschiedlicher Witterung bei Instandsetzungsarbeiten auf dem Schienennetz der SBB eingesetzt werde.

6.2 Eignungskriterium EK1

6.2.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Beschwerdegegnerin erfülle das EK1 aufgrund mangelnder Erfahrung nicht, denn sie verfüge voraussichtlich nicht über die benötigten Qualifizierungsschreiben der SBB Stufen 2 oder 3. Um das EK 1 zu erfüllen, müsse die Beschwerdegegnerin über zwei erfolgreich durchgeführte und abgeschlossene Referenzprojekte innerhalb der letzten fünf Jahre bei Vollbahnen (Normalspur) im EU-Raum verfügen, welche mit dem ausgeschriebenen Auftrag hinsichtlich Lieferumfangs (technische Spezifikation und Menge) und

Komplexität vergleichbar seien. Erst seit Februar 2024 bezwecke die Beschwerdegegnerin gemäss ihren Statuten die Ausführung von Gleisbau- und Gleistiefbauarbeiten.

6.2.2 In der Ausschreibung wurde als EK1 hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung zur Auftragserfüllung gefordert (Ausschreibung Ziff. 3.7). Als Nachweis wurde ein vollständig ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Dokument "Beilage 2.1", resp. "Beilage 2.2" inkl. weiterer Nachweise gem. Vorgabe verlangt (Ausschreibung Ziff. 3.8).

6.2.3 Für die Schraubenlochsanierung (Lose 1-17) wurde als Beschreibung und Erfüllung (Nachweise) Folgendes gefordert (vgl. Ziff. 2.10.2 der Ausschreibungsbedingungen):

1. **Beschreibung: Qualifizierte Anbieterin:** Abgabe des Qualifizierungsschreibens der SBB Stufen 2 oder 3 nicht älter als 5 Jahre, d.h. nicht älter als aus dem Jahr 2019.

   Einreichung Nachweise: Vollständig ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Dokument "Beilage 2.1" inkl. weiterer Nachweise gem. Vorgabe.

2. **Beschreibung: Nicht qualifizierte Anbieterin:** Nachweis von zwei erfolgreich durchgeführten und abgeschlossenen Referenzprojekten innerhalb der letzten 5 Jahre bei Vollbahnen (Normalspur) im EU-Raum, welche mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Lieferumfangs (technische Spezifikation und Menge) und Komplexität vergleichbar sind. […]

   Einreichung Nachweise: Vollständig ausgefülltes und rechtsgültig unterzeichnetes Dokument "Beilage 2.1" inkl. weiterer Nachweise gem. Vorgabe.

Dass es sich bei den beiden erwähnten Nachweismöglichkeiten um Optionen handelt, ergibt sich prima facie aus der Beilage 2.1 zu den Ausschreibungsbedingungen. Darin hatte sich jede Anbieterin entweder für Option I ("Die Anbieterin ist eine qualifizierte Anbieterin") oder für die Option II ("Die Anbieterin ist keine qualifizierte Anbieterin") zu entscheiden und die entsprechenden Angaben zu machen.

6.2.4 Aus den Akten ergibt sich, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin um eine "qualifizierte Anbieterin" gemäss Ziff. 2.10.2 der Ausschreibungsbedingungen handelt, zumal sie über ein von der Vergabestelle ausgestelltes Qualifizierungsschreiben vom 13. September 2023 verfügt (vgl. Beilage 4 zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 23. August 2024).

6.2.4.1 Die Vergabestelle umschreibt das Vorgehen für eine Qualifizierung wie folgt:

Zur Qualifikation der Zuschlagsempfängerin sei zunächst eine Laborprüfung durchgeführt worden. Dabei seien Schraubenauszugsversuche an vier von ihr instandgesetzten Holzschwellen unternommen worden. Die Schraubenlöcher seien aufgebohrt und die Schrauben von der Zuschlagsempfängerin eingeklebt worden. Danach sei eine Zuglast vertikal auf die Schwellenschrauben mit steigender Belastungsgeschwindigkeit angewendet worden. In einem nächsten Schritt habe die Zuschlagsempfängerin am 9. September 2023 unter der Aufsicht der Mitarbeiter der Vergabestelle einen Feldversuch durchgeführt, bei dem sie die Holzschwellensanierungsarbeiten an einem Gleis durchgeführt habe. Zur Auswertung seien sodann alle Arbeiten (produktiv und nicht produktiv) auf der Baustelle der Prüfung unterzogen worden, von der Vorbereitung bis zum Abschluss der Arbeiten.

Da die Beschwerdegegnerin beide Tests erfolgreich absolviert habe, sei ihr die entsprechende Qualifizierung erteilt worden.

6.2.4.2 Mit der Möglichkeit der Qualifizierung wollte die Vergabestelle auch neuen Anbieterinnen ohne Referenzprojekte den Marktzutritt ermöglichen, ohne Abstriche an die Qualität der Arbeiten machen zu müssen. Diese gewählte Vorgehensweise ist prima facie nicht zu beanstanden, entspricht sie doch dem Gesetzeszweck, einen wirksamen und fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen zu fördern (Art. 2 Bst. d BöB).

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, ein solches Qualifizierungsschreiben sei mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz nicht vereinbar, ist ihr zu entgegnen, dass es jeder Anbieterin freigestellt war, ein solches Qualifizierungsverfahren zu durchlaufen. Eine Ungleichbehandlung oder Diskriminierung ist somit prima facie auszuschliessen.

6.2.4.3 Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang noch, die Qualifizierungsmöglichkeit sei aus Gründen der Anbietergleichbehandlung zu unterbinden.

Die Beschwerdeführerin bringt diese Rüge erstmals im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag vor. Die beiden Optionen zum Nachweis des EK1 waren jedoch schon in den Ausschreibungsunterlagen klar ersichtlich (Ziff. 2.10.2 der Ausschreibungsbedingungen). Dies war der Beschwerdeführerin jedenfalls klar, zumal sie sich für die Option mit den

Referenzprojekten entschieden hat. Die Bedeutung, dass diese zwei möglichen Optionen unterschiedliche Voraussetzungen mit sich bringen, musste für die Beschwerdeführerin prima facie ebenfalls erkennbar sein.

Entsprechend ist prima facie mit der Vergabestelle davon auszugehen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen von Art. 53 Abs. 2 BöB erfüllt und die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin mangels rechtzeitiger Anfechtung zusammen mit der Ausschreibung verwirkt sind.

6.2.5 Das von der Beschwerdegegnerin am 13. September 2023 erworbene Qualifizierungsschreibens ist nicht älter als 5 Jahre. Entsprechend handelt es sich bei ihr um eine qualifizierte Anbieterin im Sinne der Ausschreibungsbedingungen. Nachweise zu vergleichbaren Referenzprojekten waren von ihr nicht mehr zu leisten. Im Ergebnis erfüllt die Beschwerdegegnerin somit prima facie die Anforderungen des EK1.

6.3 Mindestanforderung MA1 im Hinblick auf die Kapazitäten

6.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, es sei fraglich, dass die Beschwerdegegnerin über die verlangte Anzahl an ausgebildetem Fachpersonal verfüge, da sie bis anhin lediglich in geringem Umfang Holzschwellen saniert habe. Die Beschwerdegegnerin sei daher auch deshalb vom Verfahren auszuschliessen, sofern sie die Anforderungen an die personellen Kapazitäten nicht erfülle.

6.3.2 Als Mindestanforderung an die zu erbringende Leistung und an die eingesetzten Produkte wurde unter MA1 die Erfüllung und vollumfängliche Einhaltung der technischen Spezifikationen und Vorgaben der SBB gefordert. Jede Anbieterin hatte zu bestätigen, sämtliche technischen Spezifikationen (Lastenheft, Zeichnungen, Reglemente, weitere) und Vorgaben der SBB verstanden zu haben, diese vollumfänglich einzuhalten und zu erfüllen (Ziff. 2.10.3.1 der Ausschreibungsbedingungen).

In Bezug auf die Kapazitäten und die Verfügbarkeit wurde weiter verlangt, dass ein Leistungserbringer über genügend personelle Kapazitäten verfügen müsse, so dass die nachfolgend aufgeführte Anzahl Baustellen parallel/zeitgleich abgewickelt werden könnten. Pro Baustelle waren 1 Arbeitsleiter (mit Mindestqualifikation "Vorarbeiter") und 4 Gleisbauer gefordert. Bei einem Los muss 1 Baustelle abgewickelt werden, bei 2 bis 5 Losen 2 Baustellen parallel und bei mehr als 5 Losen 3 Baustellen parallel (Ziff. 4.4 des Lastenhefts).

6.3.3 Es ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin den Zuschlag nur für das Los 4 (Luzern) der insgesamt 17 Lose der Holzschwellensanierung erhalten hat. Die Beschwerdegegnerin wird daher nur 1 Baustelle zu betreuen haben und nicht mehrere Baustellen parallel abwickeln müssen. Für die Abwicklung von einer Baustelle sind ein Arbeitsleiter (Vorarbeiter) sowie 4 Gleisbauer gefordert. Gemäss ihren Ausführungen beschäftigt die Beschwerdegegnerin rund […] Mitarbeitende und verfüge über genügend Poliere, Vorarbeiter und Gleisbauer, um die geforderten Arbeiten zu verrichten. Mit der Unterzeichnung des Lastenhefts bestätigte die Beschwerdegegnerin die Einhaltung dieser Anforderung. Wie die Vergabestelle zu Recht geltend macht, durfte sie mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auf die Selbstdeklaration und Angaben zur Erfüllung der Mindestvoraussetzungen vertrauen und war nicht verpflichtet, diese nachzuprüfen (BGE 141 II 14 E. 10.3; Urteil B-1714/2022 E. 11.3 ff.).

6.4 Im Ergebnis erfüllt die Beschwerdegegnerin somit prima facie auch die Mindestanforderung MA1 im Hinblick auf die Kapazitäten. Diese werden denn von der Beschwerdeführerin in der Replik auch nicht mehr in Frage gestellt.

7.

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin, die Beschwerdegegnerin habe mehrere Nachweise für die Erfüllung von technischen Spezifikationen, Eignungskriterien und Mindestanforderungen nicht erfüllt, prima facie als offensichtlich unbegründet. Die Beschwerde erweist sich demnach prima facie als offensichtlich unbegründet.

8.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss (vgl. E. 3.3 hiervor). Damit fallen auch die superprovisorischen Anordnungen der Zwischenverfügung vom 16. Juli 2024 betreffend das Unterbleiben aller Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Abschluss des Vertrags mit der Beschwerdegegnerin, dahin.

9.

Schliesslich verlangt die Beschwerdeführerin vollumfängliche Einsicht in die Akten der Vergabestelle.

Mit Blick auf das bis zum Ergehen des Zwischenentscheids über die aufschiebende Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot ist die Gewährung der Akteneinsicht teilweise ins Hauptverfahren zu verschieben (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 9 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, da der Beschwerdeführerin im Rahmen der Zustellung der Vernehmlassung der Vergabestelle sowie der Zustellung weiterer Vorakten bereits verschiedene Aktenstücke, wenn auch teilweise in geschwärzter Form, zugestellt wurden.

Aufgrund der erhaltenen Unterlagen kann sich die Beschwerdeführerin demnach ohne Weiteres ein Bild von der Ausgangslage machen, namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5941/2019 vom 16. Dezember 2019 E. 5.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I" sowie die Zwischenverfügung des BVGer B-3526/2013 vom 16. August 2013 E. 6 "HP-Monitore"). Ein weitergehendes Akteneinsichtsbegehren ist demzufolge einstweilen abzuweisen, soweit diesem im Rahmen der Instruktion nicht bereits entsprochen worden ist. Die Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

10.
Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid wird mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein.

11.
Dieser Zwischenentscheid ergeht am gleichen Tag und mit dem gleichen Spruchkörper wie der Zwischenentscheid im Parallelverfahren mit der Verfahrensnummer B-4460/2024.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

3.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

4.
Dieser Entscheid geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Christian Winiger	Thomas Reidy

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 19. Februar 2025