

BVGer B-2560/2021 vom 27. Juli 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-07-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2560_2021

FR: TAF B-2560/2021 du 27 juillet 2021

IT: TAF B-2560/2021 del 27 luglio 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

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

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 24. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]).

E. 1.2

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 aBöB).

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des aBöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

E. 1.4

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von

Art. 3 aBöB gegeben ist.

E. 1.4.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB).

E. 1.4.2

Die Vergabestelle geht in den Ziffern 1.8 und 2.1 ihrer Ausschreibung vom 24. Juni 2020 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen des aBöB unterstehen. Er bestimmt, welchen prozentualen Anteil sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen (Art. 7 Abs. 2 aBöB). Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 309).

E. 1.4.3

Gemäss der auf der Homepage der Vergabestelle publizierten Projektübersicht des Projekts "Gesamterneuerung Kerenzerbergtunnel" ist zwischen 2020 und 2026 eine umfassende Gesamterneuerung der gesamten Tunnelanlage vorgesehen. Zuerst wird ein Sicherheitsstollen realisiert, der nördlich respektive seeseitig vom bestehenden Tunnel zu liegen kommt und über Querstollen mit dem Fahrraum verbunden ist. Anschliessend werden umfangreiche Instandsetzungsarbeiten am Autobahntunnel vollzogen, in deren Rahmen die Bausubstanz saniert und die Betriebs- und Sicherheitstechnik erneuert wird. Die Gesamtkosten für diese Massnahmen belaufen sich auf rund 436 Mio. Franken (Bundesamt für Strassen ASTRA, Projektübersicht Gesamterneuerung Kerenzerbergtunnel <https://www.kerenzerbergtunnel.ch/media/pages/medien-und-information/d9227c86ce-1621956898/20210310-ker_projektuebersicht_web.pdf, letztmals besucht 21. Juli 2021). Das vorliegend ausgeschriebene Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 - Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West" bildet Los 5 der insgesamt 24 Lose umfassenden "Losaufteilung Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen" (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Dok. 4.1 "Besondere Bestimmungen BSA", Pos.-Nr. 133.100). Es ist unbestritten, dass die Beschaffung des MÜLS Teil dieses grösseren Bauvorhabens ist. Der Schwellenwert für Bauwerke ist damit überschritten.

E. 1.5

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des aBöB.

E. 1.6

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 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-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H. "Microsoft"; dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 m.H.).

E. 3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG).

E. 4

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"). 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 Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September

1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009, 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) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m.H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA 1994 - 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"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341). Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVerger B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

E. 5

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

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil sie vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde.

E. 5.2

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"). Die Frage, ob der unterlegene, Beschwerde führende Anbieter eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten, ist aufgrund der von ihm 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 (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag

erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"). Vorliegend bemängelt die Beschwerdeführerin, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Anlässlich der Evaluation vor dem ersten Zuschlag, bevor die Vergabestelle aufgrund der Beschwerde einer anderen Anbieterin zum Schluss kam, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die technischen Anforderungen nicht erfülle und daher auszuschliessen sei, rangierte sie dieses Angebot auf dem zweiten Platz, vor demjenigen der Y. _____ AG der Empfängerin des vorliegend angefochtenen zweiten Zuschlags. Das im ersten Rang platzierte Angebot der Z. _____ AG wurde im Rahmen der zweiten Evaluation mit einer anderen Begründung ausgeschlossen als dasjenige der Beschwerdeführerin. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin im Rahmen der zweiten Evaluation zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen habe, so würde dies den Ausschluss des Angebots der Z. _____ AG nicht tangieren, so dass lediglich die Angebote der Beschwerdeführerin und der Y. _____ AG zu vergleichen wären. Von diesen beiden Angeboten ist dasjenige der Beschwerdeführerin gemäss Evaluation das wirtschaftlich günstigere. In diesem Fall hätte die Beschwerdeführerin daher eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

E. 5.3

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 5.4

Prima facie ist daher davon auszugehen, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt, es treffe nicht zu, dass ihr MÜLS die Anforderungen gemäss Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts nicht erfülle. Die beiden Normen SN 640 560 und SN 640 561 stellten die massgeblichen Richtlinien der Vergabestelle für Fahrzeug-Rückhaltesysteme dar. Damit die Anforderungen der Norm SN 640 561 erfüllt seien, müssten diejenigen der Norm EN 1317 erfüllt sein (vgl. ASTRA-Richtlinie Fahrzeugrückhaltesysteme, Teil A, S. 11). Die Beschwerdeführerin sei sich dieser Anforderungen bewusst gewesen und habe ihrem Angebot eine EG-Konformitätsbescheinigung beigelegt, welche bestätige, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317 - 5: 2007 + A1: 2008 erfülle. Ihr Zertifikat bestätige, dass ihr MÜLS die Aufhaltstufe H1, die Anprallheftigkeitsstufe B1 und den Wirkungsbereich Klasse W8 aufweise. Im Lastenheft verlange die Vergabestelle die Erfüllung genau dieser Werte. Die Beschwerdeführerin habe bereits in ihrer Offerte dargelegt, dass sie die verlangten Anforderungen erfülle und dass ihre MÜLS einen Anprallschutz aufweise. Die Vergabestelle habe insofern den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Die Beschwerdeführerin kritisiert überdies, die Vergabestelle gehe zu Unrecht davon aus, dass das Vorhandensein eines Anpralldämpfers oder einer Kurzabsenkung zertifiziert sein müsse. Diese Anforderung ergebe sich weder aus der Ausschreibung noch aus dem Lastenheft. In Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts werde zwar verlangt, dass das MÜLS eine kurze Absenkung oder einen Anpralldämpfer besitzen müsse, nicht aber, dass diese zertifiziert sein müssten. Die Begründung der Vergabestelle, wonach das MÜLS der Beschwerdeführerin keinen zertifizierten Anpralldämpfer aufweise, stelle somit eine unzulässige Änderung der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen dar. Die Vergabestelle legt ihrerseits dar, gemäss Lastenheft, Kapitel 2.1.3, müsse das MÜLS

verschiedene Anforderungen, insbesondere im Bereich Sicherheit, erfüllen. Es seien diverse Anforderungen gemäss den Normen SN 640 561 (Passive Sicherheit im Strassenraum) und 640 567-2 (Fahrzeugrückhaltesysteme) zu erfüllen. Die Normengruppe SN 640 567 übernehme die europäische Normengruppe EN 1317 mit einem nationalen Vorwort, was ihr den Status einer Schweizer Norm gebe. Die SN-Norm sei somit inhaltlich identisch mit der EN-Norm. Zu Recht halte die Beschwerdeführerin fest, dass alle Rückhaltesysteme zertifiziert sein müssten. Aus dem Lastenheft ergäben sich weitere Anforderungen, insbesondere aus Kapitel 2.1.3. Unter anderem sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Die kurze Absenkung diene dazu, dass ein Fahrzeug nicht frontal auf das MÜLS pralle, sondern angehoben und abgelenkt werde. Der fixe Anprallschutz (Anpralldämpfer) sei vor dem Hindernis angeordnet und solle die Wucht des Aufpralls mindern. Das von der Beschwerdeführerin angebotene System verfüge weder über eine kurze Absenkung noch über einen fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer). Die Evaluation sei auf der Basis des offerierten und zertifizierten Systems ohne Anpralldämpfer erfolgt. Die Beschwerdeführerin halte selber fest, dass sie lediglich über ein zertifiziertes MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung verfüge. Dieses erfülle die Anforderungen gemäss Lastenheft daher nicht. Sie verfüge auch nicht über ein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer oder kurzer Absenkung. Das integrierte Element (Anpralldämpfer) sei nicht zertifiziert und dürfe damit nicht in Verkehr gebracht werden. Eine wichtige technische Anforderung an die Leistung sei damit nicht erfüllt, was zum Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem vorliegenden Vergabeverfahren führe.

E. 6.1

Die Vergabestelle hat die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technischen Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu umschreiben und in jedem Fall mitzuteilen, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 aVöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung (Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 BöB N. 1 f., Art. 18 BöB N. 13 f.; ders. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020 [im Folgenden: Trüeb 2020], Art. 30 BöB N. 7 f.).
Produktanforderungen sind - soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt - absolute Kriterien. Ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-6295/2017 vom 18. Juni 2018 E. 4.7 m.w.H. "Produkte zur Aussenreinigung"; TRÜEB 2020, a.a.O., Art. 30 N. 7 f.).

E. 6.2

Gegenstand des vorliegend umstrittenen Vergabeverfahrens ist ein Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS). Dieses ist definiert als eine Schutzeinrichtung für den Verkehr, welche geschlossen (Richtungsverkehr) oder geöffnet (Gegenverkehr) werden kann. Die technischen Spezifikationen wurden durch die Vergabestelle im Lastenheft BSA, das Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet, vorgegeben (Dok. 4.2 "Lastenheft BSA" [im Folgenden: Lastenheft]). Das Lastenheft sieht in Kapitel 2.1 unter anderem

Folgendes vor: "Die MÜLS ist mit einem fixen Anprallschutz oder einer kurzen Absenkung zu versehen. [...] Es gelten folgende Sicherheitsanforderungen für die geschlossene MÜLS: * Aufhaltstufe H1 (oder höher), zertifiziert gemäss SN 640 561 * Wirkungsbereich: Klasse W6 - W8 * Anprallheftigkeit muss der Stufe B gemäss SN 640 567-2 entsprechen * [...]." (Lastenheft Kap. 2.1.3).

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts festgelegten Anforderungen an die Konstruktion des MÜLS um zwingende Anforderungen handelt.

E. 6.4

In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS die Anforderungen für den geschlossenen Zustand erfüllt und entsprechend zertifiziert ist.

E. 6.5

Bestritten ist indessen, ob sie auch die - kumulativ zu erfüllende - Anforderung an einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung erfüllt. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich, sie habe in ihrer Offerte angegeben, dass sie die in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts aufgestellten Anforderungen erfülle und ihre Schranke über einen Anpralldämpfer verfüge. Auch habe sie die Fragen der Vergabestelle vom 1. September 2020 beantwortet und bestätigt, dass ihr MÜLS den Anforderungen gemäss Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts entspreche und vollautomatisch funktioniere. Aus Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts gehe hervor, dass nur gewisse Eigenschaften zertifiziert sein müssten. Beispielsweise müsse die Aufhaltstufe H1 gemäss der Norm SN 640 561 geprüft sein. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin ein EG-Konformitätszertifikat vom 5. November 2010 eingereicht, welches belege, dass ihr MÜLS die in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts genannten Anforderungen erfülle. Im Lastenheft werde demgegenüber nicht verlangt, dass auch die Elemente des Anprallschutzes oder der kurzen Absenkung zertifiziert sein müssten. Indem die Vergabestelle eine Zertifizierung für den Anpralldämpfer der Beschwerdeführerin verlange, ändere sie das Lastenheft, was gegen die Grundsätze des Vergaberechts (Transparenzgrundsatz) verstosse. Die Vergabestelle ist dagegen der Meinung, die Beschwerdeführerin habe den Nachweis für ein MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung erbracht. Das integrierte Element (Anpralldämpfer) sei gemäss Überlegungen der Beschwerdeführerin nicht zertifiziert und dürfe damit nicht in Verkehr gebracht werden. Die Integration eines Anpralldämpfers entspreche einer tiefgreifenden technischen Änderung. Die Zugfestigkeit der Verriegelung werde damit massgeblich verändert, weshalb eine Neuzertifizierung nötig wäre. Die Beschwerdeführerin habe das selber korrekt festgehalten. Ihr MÜLS dürfe ohne Neuzertifizierung gar nicht in Verkehr gebracht werden. Auch wenn eine Zertifizierung des Systems der Beschwerdeführerin in Zukunft denkbar wäre, seien die Anforderungen gemäss der vorliegenden Ausschreibung nicht erfüllt.

E. 6.5.1

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen müssen die Anbieter einen technischen Bericht einreichen, in welchem sie eine fachtechnische Beschreibung des MÜLS erarbeiten. Es sind darin alle Anlageteile zu beschreiben, die zum Einsatz gelangen, darunter die Anlagbeschreibung MÜLS und in dieser Rubrik die Leitschranelemente und den

Aufbau. Gemäss der Vergabestelle dienen diese Angaben dem Nachweis der Erfüllung der Anforderungen aus dem Lastenheft und Fachhandbuch. Abweichungen sind mit Begründung zu beschreiben (Dok. 5 "Unternehmerangaben", Kap. 3.2.1.1 "Technischer Bericht des Anbieters").

E. 6.5.2

Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem technischen Bericht auch ihr EG-Konformitätszertifikat Nr. 1826-CPD-10-02-09 vom 5. November 2010 eingereicht, welches bescheinigt, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS den Standard EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle. Das Zertifikat enthält im Anhang eine Abbildung des zertifizierten MÜLS sowie die Daten zur Leistungsfähigkeit des MÜLS bei einem Aufprall. Auf dieser Abbildung des verriegelten MÜLS ist weder eine Kurzabsenkung noch ein Anpralldämpfer erkennbar. Die Beschwerdeführerin behauptet dies auch gar nicht.

E. 6.5.3

Anlässlich der technischen Bereinigung forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin am 1. September 2020 auf, zu verschiedenen Fragen Stellung zu nehmen. Darunter befand sich auch folgende Frage: "Gemäss Lastenheft Kap. 2.1.3 Konstruktion ist eine MÜLS mit einem fixen Anprallschutz oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Sie muss so konstruiert sein, dass der Betrieb im Normalfall vollständig automatisiert stattfinden kann. Teile oder Prozesse, welche im Rahmen des normalen automatisierten Betriebsprozesses manuell / händisch zu montieren resp. vorzunehmen sind, sind nicht zulässig. Bestätigen Sie, dass das offerierte System diese Anforderung erfüllt" (Fragekatalog, Frage 5) Die Beschwerdeführerin kreuzte auf diese Frage die Antwort "ja" an. Gleichzeitig legte sie aber noch eine Notiz bei, betitelt mit "Mobiles Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS), GMA09800 EG Homologation 1826-CPD-10-02-09, Überlegungen über den Anbau eines Anpralldämpfers", welche vom 8. Oktober 2012 datiert. Darin erörterte sie die Frage der Zweckmässigkeit des Anbaus eines Anpralldämpfers am Riegel einer offenen Leitschranke. Die Beschwerdeführerin erklärte, sie habe einer im normalen Betriebszustand offenen Halbschranke ein leicht abnehmbares System am Riegel hinzugefügt. Es handle sich um eine abgerundete Verschalung, die Schutz für Personen biete, die während eines Unfalls auf die Fahrbahn geschleudert worden seien. Auch habe sie auf einem System GM07 auf Antrag eines Kunden einen Frontkasten mit integrierter Stauchzone entwickelt und installiert. Dieser Kasten sei Bestandteil der mobilen Leitschranke. Die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit, einen Kasten mit Stauchzone auf ihren früheren GM07 zu installieren. Diese könnten aber nicht mehr homologiert werden. Für ihre neue MÜLS (GMA09800) habe sie die Möglichkeit, einen Frontkasten mit integrierter Stauchzone zu installieren, doch würde die MÜLS damit ihre heute gültige Homologation verlieren. Die Beschwerdeführerin komme zum Schluss, dass es keine Norm für den Zusatz am offenen Ende der mobilen Systeme gebe. Sie könne die Notwendigkeit nicht rechtfertigen, einen Anpralldämpfer auf ihren GMA09800 in offener Position hinzuzufügen.

E. 6.5.4

Aus diesen Ausführungen, insbesondere dem Satz "Für unsere neue MÜLS (GMA09800), haben wir die Möglichkeit, dieselbe Vorrichtung zu installieren, sie würde aber ihre heute gültige Homologation verlieren" geht nicht nur hervor, dass das zertifizierte MÜLS der Beschwerdeführerin keinen Anprallschutz aufweist, sondern auch, dass die Beschwerdeführerin selber davon ausgeht, dass, wenn sie ihr MÜLS mit einem

Anpralldämpfer ausstatten würde, dieses nicht mehr mit dem zertifizierten MÜLS übereinstimmen würde, sondern neu zertifiziert (homologiert) werden müsste. Mit diesen ergänzenden Ausführungen widersprach die Beschwerdeführerin somit selbst ihrer vorher angekreuzten Bestätigung, dass das von ihr angebotene MÜLS die Anforderung eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung erfülle.

E. 6.5.5

In ihrer Beschwerde widerlegt die Beschwerdeführerin diese Interpretation nicht. Auch die von ihr eingereichten "Réflexions sur l'installation d'un amortisseur de choc à l'extrémité d'une glissière mobile de déviation de trafic" zeigen nicht auf, dass das von ihr angebotene MÜLS über einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung verfügt, sondern legen lediglich dar, warum diese Anforderung nach Auffassung des Verfassers dieses Berichts gar nicht nötig sei.

E. 6.5.6

Erfüllt das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS somit diese zwingende technische Anforderung nicht, so ist prima facie davon auszugehen, dass die Vergabestelle es zu Recht aus diesem Grund vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

E. 7

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, indem die Vergabestelle den Zuschlag nicht derjenigen Anbieterin erteilt habe, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe, habe sie Art. 21 aBöB verletzt. Die Offerte der Beschwerdeführerin sei evaluiert worden, bevor die Vergabestelle am 4. November 2020 den ersten Zuschlag erteilt habe. In der Bewertung habe ihr Angebot - vor der Zuschlagsempfängerin Y. _____ AG - Rang zwei erreicht. Es sei widersinnig, dass das Angebot der Beschwerdeführerin zunächst bewertet worden sei, bevor es dann durch eine spätere Verfügung der Vergabestelle ausgeschlossen worden sei. Auch sei es angesichts dessen, dass die Y. _____ AG im ersten Durchgang auf Rang drei platziert worden sei, unverständlich, dass die Y. _____ AG nun den Zuschlag erhalten habe. Für die Beurteilung, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, können nur Angebote zum Vergleich herangezogen werden, welche die technischen Spezifikationen erfüllen und nicht aus einem anderen Grund auszuschliessen sind. Dass zwei Angebote, welche die technischen Spezifikationen nicht erfüllen, wirtschaftlich günstiger sind als ein drittes Angebot, das diese Spezifikationen erfüllt, ist daher kein Anlass, an der Rechtmässigkeit des Zuschlags an diesen dritten Anbieter zu zweifeln.

E. 8

Prima facie erscheint die Beschwerde als offensichtlich aussichtslos. Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsste.

E. 9

Die Beschwerdeführerin hat bisher keine Akteneinsicht beantragt, so dass keine entsprechenden Anträge im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheids näher behandelt werden müssten.

E. 10

Über die Kostenfolgen dieses Zwischenentscheids wird mit dem Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.