

# **BVGer B-2565/2021 vom 27. Juli 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-07-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2565\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2565_2021)

FR: TAF B-2565/2021 du 27 juillet 2021

IT: TAF B-2565/2021 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 18. Dezember 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 18. Dezember 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.

Vorliegend erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 1'305'179.69 (inkl. MWST), weshalb sich die Frage stellt, ob der Schwellenwert für Bauwerke erreicht wurde. Die Beschwerdeführerin legt in diesem Zusammenhang dar, der Gesamtpreis des Bauauftrags überschreite gemäss der Einschätzung der Vergabestelle den für Bauaufträge massgeblichen Schwellenwert nach Art. 6 aBöB. Die Vergabestelle äussert sich in ihrer Vernehmlassung nicht zu dieser Frage, hat aber die am 11. Mai 2021 auf SIMAP publizierte Zuschlagsverfügung (wie auch die Ausschreibung vom 18. Dezember 2020) mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Zuständigkeit indessen von Amtes wegen zu prüfen.

#### **E. 1.4.3**

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. 1.4.4**

Vorliegend gibt es Anhaltspunkte für die Annahme, dass das vorliegende Projekt MÜLS zu einer Reihe von Ausschreibungen im Zusammenhang mit dem Projekt "N02, 190096, EP HAG AUG, N02, Erhaltungsprojekt Hagnau-Augst" gehört. Dieses umfasst auf der N02 zwischen den Verzweigungen Hagnau und Augst den Ausbau von 6 auf 8 Fahrsteifen sowie eine Gesamtinstandsetzung. Im Rahmen eines generellen Projekts wird mittels eines globalen Erhaltungskonzepts geprüft, welche Massnahmen zwingend vor der Gesamtinstandsetzung bis im Jahr 2027 ausgeführt werden müssen, um einen sicheren Betrieb zu gewährleisten (vgl. Ziff. 2.1 der SIMAP-Publikation vom 7. Januar 2021 des Zuschlags im Projekt "N02, 190096, EP HAG AUG, N02 Erhaltungsprojekt Hagnau-Augst / Bauherrenunterstützung", Projekt-ID 209501, Meldungsnummer 1172091). Bei dem vorliegend angefochtenen Zuschlag für die Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung von zwei MÜLS handelt es sich soweit ersichtlich bis anhin um den einzigen Bauauftrag, der bereits im Rahmen dieses Erhaltungsprojekts ausgeschrieben wurde und für welchen ein

Zuschlag erteilt worden ist. Daneben wurden aber bisher sieben Dienstleistungsaufträge ausgeschrieben und für sechs von ihnen Zuschläge im Gesamtwert von rund 16.8 Mio. Franken erteilt (Stand 30. Juni 2021). Ob und welche weiteren Bauaufträge im Rahmen des Erhaltungsprojekts noch ausgeschrieben werden oder ob ein hinreichender Zusammenhang zwischen diesen Dienstleistungsaufträgen und der vorliegend in Frage stehenden Beschaffung von MÜLS besteht, ist nicht erstellt und müsste vor einer Entscheidung noch abgeklärt werden.

### **E. 1.5**

Angesichts dessen, dass dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohnehin nicht stattzugeben ist - wie noch darzulegen sein wird - kann die Beantwortung der Frage, ob der Schwellenwert erreicht und damit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gegeben ist, auf das Hauptverfahren verschoben werden.

### **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

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 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 (BBI 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 BVGer 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. Die Vergabestelle habe die unzutreffende Auffassung vertreten, dass ihr MÜLS die Anforderung gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" nicht erfülle. Dies treffe nicht zu, denn die Beschwerdeführerin habe anhand des von ihr eingereichten EG-Konformitätszertifikates belegt, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle und habe in ihrer Beschwerde aufgezeigt, dass ihr MÜLS einen Anpralldämpfer aufweise. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei zudem das preislich günstigste gewesen. Sie habe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Es sei daher sehr wahrscheinlich, dass dem Angebot der Beschwerdeführerin der Zuschlag erteilt worden wäre, wenn es bewertet worden wäre.

### **E. 5.3**

Dass das Angebot der Beschwerdeführerin das preislich günstigste war, ergibt sich aus dem Evaluationsbericht. Wie das Angebot unter den Zuschlagskriterien Qualität, Ausrüstungen und Ausführungen sowie Montageablauf zu bewerten gewesen wäre, ist offen. Gemäss Ausschreibung hatte das Zuschlagskriterium Preis indessen eine Gewichtung von 60%, weshalb es plausibel ist, dass das Angebot der Beschwerdeführerin, wenn es nicht auszuschliessen wäre, sich als das wirtschaftlich günstigste erweisen könnte. Würde das Bundesverwaltungsgericht daher der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass ihr MÜLS zu Unrecht von der Bewertung ausgeschlossen worden sei, so hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

### **E. 5.4**

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. 5.5**

Abgesehen von der dargelegten Unklarheit bezüglich der Erreichung des Schwellenwerts (vgl. E. 1.4 hievor), spricht daher prima facie nichts gegen die Annahme, dass die Eintretensvoraussetzungen gegeben sind.

### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Es treffe nicht zu, dass ihr Angebot die Anforderung gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" nicht erfülle. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Die Beschwerdeführerin erklärt mit Verweis auf die entsprechenden Richtlinien der Vergabestelle, 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 Fahrzeug-Rückhaltesysteme, 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. Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin am 11. März 2021 Fragen zu ihrem Angebot gestellt. Frage 4 habe den Zweck gehabt sicherzustellen, dass das MÜLS der Beschwerdeführerin einen Anpralldämpfer oder eine kurze Absenkung aufweise. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Antwort vom 19. März 2021 angegeben, dass der Aufbau ihres MÜLS erlaube, dass ein Teil der Energie eines Frontalaufpralls absorbiert werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin dargelegt, dass ein abnehmbares Element an der Verriegelung ihres MÜLS angebracht werden könne, welches eine bessere Stossdämpfung ermögliche. Die Beschwerdeführerin habe ihrer Antwort in Beilage 11 ein Schema beigelegt, das zeige, weshalb sie diese Lösung gegenüber der kurzen Absenkung bevorzuge. Die Beschwerdeführerin habe am 30. März 2021 zusätzliche Fragen der Vergabestelle beantwortet und erklärt, dass das abnehmbare Element im Preis inbegriffen sei und das Anbringen des Elements nicht länger als 20 Minuten dauere. Ihr Angebot erfülle somit voll und ganz die an das MÜLS gestellten Anforderungen. Die Vergabestelle habe diesbezüglich den Sachverhalt nicht richtig festgestellt. Die Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 sei daher aufzuheben. 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 4.1.7 des Lastenhefts werde einzig verlangt, dass das MÜLS eine Kurzabsenkung 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 dar, gemäss Kapitel 4 des Lastenhefts sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer unter anderem mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) im vordersten MÜLS-Element oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Das von der Beschwerdeführerin angebotene System verfüge jedoch weder über eine kurze Absenkung noch über einen fixen Anpralldämpfer und erfülle damit die Anforderungen gemäss Lastenheft, insbesondere gemäss Ziffer 4.1.7, nicht. Die Vergabestelle habe daher explizit bei der Beschwerdeführerin nachgefragt. Die Beschwerdeführerin habe geantwortet, dass ihr System nicht über einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element verfüge, dass es aber möglich sei, das System mit einem zusätzlichen, abnehmbaren Element zu ergänzen. Dieses Element müsse jedoch bei jeder Öffnung/Schliessung montiert respektive demontiert werden. Zudem müsse das System im Boden verankert werden, was selbst aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht möglich sei. Zudem sei das System der Beschwerdeführerin mit abnehmbarem Anpralldämpfer nicht nach der Norm SN 640 567 respektive EN 1317 zertifiziert. Die Beschwerdeführerin halte demnach selber fest, dass sie lediglich über ein zertifiziertes MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung verfüge. Indessen müssten alle Rückhaltesysteme zertifiziert sein, was auch die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde festhalte. Die Einhaltung einschlägiger Normen könne nur mit einer Zertifizierung nachgewiesen werden. Im Ergebnis verfüge die

Beschwerdeführerin über kein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element oder kurzer Absenkung. Das zertifizierte System der Beschwerdeführerin erfülle die Anforderungen gemäss Lastenheft nicht. Es bestünden daher sachliche Gründe für den Ausschluss der Beschwerdeführerin.

### **E. 6.1**

Die Vergabestelle hat die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technische 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 Leistungsbeschreibung (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 Schutz-einrichtung für den Verkehr, welche geschlossen (Richtungsverkehr) oder geöffnet (Gegenverkehr) werden kann. Die technischen Spezifikationen wurden durch die Vergabestelle im Lastenheft, das Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet, vorgegeben (Dok. 4.2 Lastenheft). Das Lastenheft sieht in Kapitel 4. Technische Lösung unter anderem Folgendes vor: "Der MÜLS-Schenkel muss die Rückhaltstufe H2 aufweisen und nach EN 1317 geprüft sein." (Dok. 4.2 Lastenheft, Kap. 4.1.1.1).

### **E. 6.3**

Weiter stellte das Lastenheft in Kapitel 4.1.7 die folgenden Bedingungen an die "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" auf: "Als Schutzvorrichtung in Kombination der Verriegelung sind folgende zwei Lösungen zulässig und müssen zwingend umgesetzt werden. \* Kurzabsenkung oder \* Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element"

### **E. 6.4**

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den in den Kapiteln 4.1.1.1 und 4.1.7 des Lastenhefts festgelegten Anforderungen an die technische Lösung des MÜLS um zwingende Anforderungen handelt.

### **E. 6.5**

Aus den Akten ergibt sich, dass das von der Beschwerdeführerin eingereichte Zertifikat für das von ihr angebotene MÜLS lediglich eine Rückhaltstufe H1 statt der geforderten Stufe H2 ausweist. Die Beschwerdeführerin führte im Rahmen der technischen Bereinigung auf

die entsprechende Frage der Vergabestelle aus, ihr System erfülle die Rückhaltstufe H2 und könnte diese Zertifizierung erhalten, wenn dies erforderlich sei. Die Vergabestelle war anscheinend mit dieser Antwort befriedigt, denn sie thematisierte diesen Punkt weder anlässlich der Begründung des Ausschlusses noch in ihrer Vernehmlassung. Insofern ist prima facie davon auszugehen, dass die Einhaltung dieser technischen Spezifikation durch das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS vorliegend nicht bestritten ist.

## **E. 6.6**

Bestritten ist indessen, ob das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS auch die - kumulativ zu erfüllende - Anforderungen an eine Kurzabsenkung oder einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element erfüllt. Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich, sie habe in ihrer Offerte angegeben, dass sie die in Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts aufgestellten Anforderungen erfülle und ihre Schranke über einen Anpralldämpfer verfüge. Auch habe sie die Fragen der Vergabestelle beantwortet und bestätigt, dass ihr MÜLS den Anforderungen gemäss Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts entspreche. Die Beschwerdeführerin habe die Anforderungen gemäss Lastenheft eingehalten, insbesondere durch Einreichen des EG-Konformitätszertifikats vom 5. November 2010, aus dem hervorgehe, dass ihr MÜLS die Norm EN 1317-5 einhalte. Zu Unrecht behaupte die Vergabestelle, das MÜLS der Beschwerdeführerin halte das Lastenheft nicht ein, weil der Anpralldämpfer nicht zertifiziert sei. Das entsprechende Erfordernis existiere weder in der Ausschreibung noch im Lastenheft. In Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts werde einzig verlangt, dass das MÜLS eine Kurzabsenkung oder einen Anpralldämpfer besitzen müsse, nicht aber, dass diese Elemente 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 Kurzabsenkung oder Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element erbracht. Auch mit dem von der Beschwerdeführerin auf Nachfrage angebotenen System könne das Ziel nicht erreicht werden, da eine Montage/Demontage sowie eine Verankerung erforderlich sei. Durch den manuellen Eingriff bei der Montage/Demontage sei zudem nicht sichergestellt, dass das geforderte Zeitfenster von 20 Minuten für die Einrichtung und das Anhalten des Verkehrs von unter 5 Minuten erreicht werden könne, womit eine weitere Vorgabe gemäss Ausschreibung nicht eingehalten sei. 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 indessen nicht. Die Beschwerdeführerin verfüge über kein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element oder kurzer Absenkung. Das zusätzliche, abnehmbare Element (Anpralldämpfer) sei nicht zertifiziert. Auch mit dieser Ergänzung vermöge die Beschwerdeführerin die Anforderungen nicht zu erfüllen. Ein System, das nicht in Verkehr gebracht werden dürfe, sei für die Vergabestelle nutzlos. Weil die von der Beschwerdeführerin angebotene Lösung weder über eine kurze Absenkung noch über einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element verfüge, entspreche sie nicht den Anforderungen gemäss Lastenheft, insbesondere erfülle sie die Anforderungen gemäss Ziffer 4.1.7 nicht.

### **E. 6.6.1**

Die Beschwerdeführerin hat mit ihrer Offerte ihr EG-Konformitätszertifikat Nr. 1826-CPD-10-02-09 vom 5. November 2010 eingereicht, welches bescheinigt, dass das von ihr angebotene MÜLS den Standard EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfüllt.

### **E. 6.6.2**

Das EG-Konformitätszertifikat der Beschwerdeführerin, das sie mit ihrem Angebot eingereicht hat, enthält im Anhang eine Abbildung des zertifizierten MÜLS sowie die Daten zur Leistungsfähigkeit des MÜLS bei einem Aufprall. Aus dieser Abbildung des verriegelten MÜLS geht hervor, dass das zertifizierte MÜLS der Beschwerdeführerin weder über eine Kurzabsenkung noch einen Anpralldämpfer aufweist. Die Beschwerdeführerin behauptet dies auch gar nicht.

### **E. 6.6.3**

Anlässlich der technischen Bereinigung forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin am 11. März 2021 auf, zu verschiedenen Fragen Stellung zu nehmen. Darunter befand sich auch die folgende Frage: "Als Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS in Kombination der Verriegelung sind folgende zwei Lösungen zulässig und müssen zwingend umgesetzt werden. - Kurzabsenkung oder - Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element. Welche Lösung wird umgesetzt? Bitte eine Skizze mitsenden. Bitte das zugehörige Prüfzertifikat mitsenden." (Fragekatalog Frage 4) Die Beschwerdeführerin kreuzte auf diese Frage die Antwort "ja" und begründete ihr Antwort vom 19. März 2021. Die Vergabestelle stellte daraufhin am 23. März 2021 die folgende Anschlussfrage: "1. Können Sie bitte bestätigen, dass das von Ihnen entwickelte abnehmbare Element im Angebotspreis enthalten ist? 2. Können Sie bitte bestätigen, dass der Vorgang zum Einrichten der Verkehrsführung dieses halbautomatischen MÜLS mit dem Anbringen des abnehmbaren Elements an dem MÜLS-Schenkel nicht länger als 20 Minuten dauern wird? Siehe Kap. 2.1 LH mit folgenden Text "Das Einrichten des Gegenverkehrs muss auf eine Zeit von unter 20 Minuten zu liegen kommen und das Anhalten des Verkehrs muss geringer als 5 Minuten sein." Die Beschwerdeführerin kreuzte wiederum die Antwort "ja" an und erklärte, dass diese Elemente in ihrem Preis enthalten seien und dass die Installation der Elemente nicht länger als 20 Minuten dauere. Diese Elemente seien am Verriegelungssystem des MÜLS befestigt und erforderten kein Werkzeug für die Installation. Gleichzeitig legte die Beschwerdeführerin 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. 6.6.4**

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 Kurzabsenkung erfülle.

#### **E. 6.6.5**

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. 6.6.6**

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 wirft der Vergabestelle auch eine Verletzung von Art. 21 aBöB vor. Diese Bestimmung sehe vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Vorliegend habe die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu Unrecht mit der Begründung, ihr Angebot erfülle die im Lastenheft aufgestellten Anforderungen nicht, ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin habe das preislich günstigste Angebot eingereicht. Es sei das wirtschaftlich günstigste. Indem die Vergabestelle den Zuschlag nicht der Anbieterin erteilt habe, habe sie Art. 21 aBöB verletzt. Die Vergabestelle legt dar, der Preis sei aufgrund der Komplexität des Vorhabens mit 60% gewichtet. Die übrigen Zuschlagskriterien hätten damit ein erhebliches Gewicht. Sie seien aufgrund des Ausschlusses der Beschwerdeführerin nicht bewertet worden. Gestützt auf den Preis könne deshalb nicht direkt auf die theoretische Platzierung geschlossen werden. 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 das Angebot der Beschwerdeführerin, das, wie dargelegt, die technischen Spezifikationen nicht erfüllt und daher zu Recht ausgeschlossen wurde, möglicherweise wirtschaftlich günstiger ist als das Angebot der Zuschlagsempfängerin, das diese Spezifikationen erfüllt, ist daher kein Anlass, an der Rechtmässigkeit des Zuschlags zu zweifeln.

#### **E. 8**

Prima facie erscheint die Beschwerde daher als offensichtlich aussichtslos, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

**E. 9**

Dem Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher nicht stattzugeben, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsste.

**E. 10**

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

**E. 11**

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.