

BVGer B-3156/2021 vom 29. September 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3156_2021

FR: TAF B-3156/2021 du 29 septembre 2021

IT: TAF B-3156/2021 del 29 settembre 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

E. 1.2

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 23. Oktober 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. 1.3

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a aBöB).

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin ficht vorliegend die am 18. Juni 2021 publizierte Zuschlagsverfügung vom 15. Juni 2021 an. Mit Schreiben vom 18. Juni 2021 machte die Vergabestelle die Beschwerdeführerinnen auf die Veröffentlichung des Zuschlags auf der Internetplattform SIMAP aufmerksam und verwies für die Rechtsmittelbelehrung auf die elektronische Publikation. Dieses Schreiben ist nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-5941/2019 vom 19. Februar 2020 E. 1.3 mit Verweis auf Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 1271). Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist demnach die publizierte Zuschlagsverfügung vom 18. Juni 2021.

E. 1.5

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 aBöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2.1

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. Alle übrigen Beschaffungen sind in der aVöB geregelt. Die Art. 32 ff. aVöB (im 3. Kapitel: "Übrige Beschaffungen") regeln Aufträge des Bundes, die entweder die Schwellenwerte des GPA nicht erreichen oder aus anderen Gründen nicht dem aBöB unterstehen (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"; Urteile des BVGer B-5941/2019 E. 2.1, B-8141/2015 vom 30. August 2016 E. 3 "Übersetzungen ZAS"). Das aBöB ist demnach anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 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. 2.2

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA 1994).

E. 2.3

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, dass der massgebliche Schwellenwert von Fr. 8'700'000.- vorliegend unterschritten sei (Vernehmlassung der Vergabestelle vom 26. Juli 2021, Rz. 3 ff.), was von der Beschwerdeführerin bestritten wird (Replik vom 25. August 2021 zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 6 ff.).

E. 3.1

Die Vergabestelle geht in den Ziffern 1.8 und 2.1 ihrer Ausschreibung vom 23. Oktober 2020 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA 1994. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB i.V.m. 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. 960'972.64 (inkl. MWST), weshalb sich die Frage stellt, ob der Schwellenwert für Bauwerke erreicht wurde.

E. 3.2

Vorliegend ist das Beschaffungsobjekt "N02, 150002, N2-6 EM, Tunnel Schlund und Spier EM Bau/BSA / Los 4.4 Mittelstreifenüberleitsystem MÜLS" zu beurteilen. Gegenstand und Umfang des Auftrags bilden der Ersatz der zwei Mittelstreifenüberleitsysteme im Bereich Schlund Nord und Spier Süd, inkl. Steuerung, Verkabelung und Anbindung an das

übergeordnete System, sowie Rückbau und Entsorgung der bestehenden Mittelstreifenüberleitsysteme (Ziff. 2.1 der Zuschlagsverfügung). Es handelt sich dabei offensichtlich und unbestrittenermassen um einen Bauauftrag, der in den (sachlichen) Anwendungsbereich des aBöB fällt.

E. 3.2.1

Für die Berechnung des Schwellenwertes ist nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags massgebend. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so ist nach Art. 7 Abs. 2 aBöB deren (geschätzter) Gesamtwert massgebend. Entscheidend ist damit, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens zu sehen ist (sog. Bauwerksregel; Urteile des BVGer B-5941/2019 E. 3.1, B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.2.1 "Lärmschutzwände Kloten" mit weiteren Hinweisen und B-4657/2009 vom 20. Juli 2010 E. 2.7 "Travaux de réfection N9"; Zwischenentscheid des BVGer B-3311/2009 vom 16. Juli 2009 E. 3.5 "Baumeisterarbeiten Vorausmassnahmen Unterhaltsplanung N3"). Die Bestimmung eines (einzigen) Bauwerks ist in der Regel unproblematisch. Anders kann es sein, wenn Bauaufträge zu verschiedenen Zeitpunkten und an verschiedenen Orten ausgeführt werden. Es kann jedoch kaum eine allgemeingültige Formel gefunden werden, die für alle möglichen Fälle zum Voraus eine präzise Antwort auf die Frage bereithielte, wann ein bestimmter Bauauftrag einem einheitlichen Werk zuzurechnen ist und wann er vergaberechtlich isoliert zu behandeln ist (Martin Beyeler, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerksregel und Bagatellklausel, in: Anwaltsrevue 2008, S. 267).

E. 3.2.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bereits eingehend zur Bauwerksregel geäussert (vgl. Urteil B-5941/2019 E. 3.2 ff.). Es hat festgehalten, dass die Bauwerksregel weder im GPA noch im Bilateralen Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68) vorzufinden ist, sondern sich aus Art. 7 Abs. 2 aBöB ergibt (vgl. neu: 16 Abs. 4 BöB; Martin Beyeler, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerksregel und Bagatellklausel, a.a.O., S. 267; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 948 ff.). Gemäss der GATT-Botschaft 2 zu Art. 7 aBöB wird für die Berechnung des Schwellenwerts bei Bauten auf das System des EU-Richtlinienrechts verwiesen (vgl. Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde] notwendigen Rechtsanpassungen Öffentliches Beschaffungswesen [GATT-Botschaft 2], in: BBl 1994 IV 1183 f.). Das Bundesverwaltungsgericht hat vor diesem Hintergrund zum besseren Verständnis der Bauwerksregel in konstanter Praxis die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zum Begriff des "Bauwerks" berücksichtigt (vgl. Urteile des BVGer B-3260/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 2.2.3 und BVGer B-913/2012 vom 28. März 2012 E. 4.2.1 "Lärmschutzwände Kloten"; BVGE 2009/18 E. 2.4.1 "place d'armes Drogens (FR)"). Nach dieser ist für die Beurteilung, ob ein Bauwerk vorliegt, die wirtschaftliche und technische Gesamtfunktion eines Vorhabens zu betrachten (vgl. Urteil des EuGH vom 5. Oktober 2000 C-16/98 Kommission/Frankreich, ECLI:EU:C:2000:541 Rn. 36; vgl. ferner Urteil des EuGH vom 15. März 2012 C-574/10 Kommission/Deutschland, ECLI:EU:C:2012:145 Rn. 37 ff.; vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L

94 vom 28. März 2014 S. 65). Auch die kantonale Praxis zur Bauwerksregel gemäss Art. 7 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 stützt sich auf die Rechtsprechung des EuGH (IVöB; vgl. etwa LGVE 2013 IV Nr. 1 E. 4.2.1). Die Lehre hat sich dieser Sichtweise angeschlossen (vgl. Galli/Lang/Moser/Steiner, a.a.O., Rz. 215; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, Rz. 221; HANS RUDOLF TRÜEB, *BöB-Kommentar*, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], *Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011, Rz. 9 zu Art. 7 BöB). In einem neueren Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die streitgegenständlichen Renovierungsarbeiten zur Erhaltung von historisch schützenswerten Perrondächern des Bahnhofs Vevey erfolgten und darum nicht mit den übrigen Bauaufträgen (z.B. Verlängerung der Perrons) technisch zusammenhängen würden. Die Projekte würden funktionell unabhängig voneinander ihren Zweck erfüllen, womit die Renovierungsarbeiten bezüglich der Perrondächer ein einziges Bauwerk darstellten (Urteil des BVGer B-3260/2019 vom 3. Oktober 2019 E. 2.2.3). Spezifisch zum Bau von Lärmschutzwänden hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-913/2012 vom 28. März 2012 dahingehend geäußert, dass diese Bauprojekte in den verschiedenen Gemeinden unabhängig voneinander ausführbar seien. Es könne bei den Bauprojekten für Lärmschutzwände in der Region Ost nicht darauf geschlossen werden, dass sämtliche dazugehörenden Einzelaufträge in ein einziges Bauwerk zu integrieren wären. Es bestehe für jedes Bauprojekt eine einzelne Plangenehmigungsverfügung, was für deren Einzelbetrachtung spreche. Zum gleichen Resultat kam das Bundesverwaltungsgericht im bereits mehrfach erwähnten Urteil B-5941/2019 (E. 3.5.5), als es davon ausging, dass die fraglichen Bauprojekte betreffend Erstellung von Lärmschutzwänden räumlich und verfahrenstechnisch eigenständige Bauwerke und nicht als Teile eines (grösseren) Gesamtbauwerks für die Lärmsanierungen aller Nationalstrassenabschnitte zu verstehen seien. Zentral sei in diesem Zusammenhang, dass die verschiedenen Bauaufträge unabhängig voneinander ausführbar und von Nutzen seien.

E. 3.2.3

Die Vergabestelle veröffentlichte auf SIMAP sowohl die Ausschreibung vom 23. Oktober 2020 als auch die Zuschlagsverfügung vom 15. Juni 2021 im offenen Verfahren nach GATT/WTO jeweils versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens macht sie nun geltend, die Ausschreibung im offenen Verfahren nach GATT/WTO sei irrtümlich erfolgt. Für das vorliegende Projekt "N02, 150002, N2-6 EM, Tunnel Schlund und Spier EM Bau/BSA / Los 4.4 Mittelstreifenüberleitsystem (MÜLS)" sei ein Massnahmenprojekt erstellt worden. Die Gesamtkosten seien auf rund Fr. 6.4 Mio. exkl. MWST veranschlagt worden. Gestützt auf das genehmigte Massnahmenprojekt sei sodann das Beschaffungskonzept erstellt worden. Dabei seien die verschiedenen BSA-Massnahmen des Projekts in verschiedene Beschaffungen unterteilt worden, wobei das vorliegend zur Diskussion stehende Los 4.4 mit veranschlagten Kosten von Fr. 1.999 Mio. das grösste Los ausmache. Da der geschätzte Auftragswert für das ganze BSA-Projekt Fr. 6.4 Mio. betrage, werde der für Bauleistungen geltende Schwellenwert von Fr. 8.7 Mio. nicht erreicht, weshalb es für die Vergabestelle keine Verpflichtung gegeben habe, ein offenes Beschaffungsverfahren nach dem aBöB durchzuführen. Die Beschwerdeführerin legt in diesem Zusammenhang dar, das gegenständliche Projekt sei Teil des Gesamtprojekts Bypass Luzern, weshalb der Gesamtpreis des Bauauftrags den für Bauaufträge massgeblichen Schwellenwert nach Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB überschreite. Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen. Dabei

stellt sich insbesondere die Frage, ob das Bauwerk richtig abgegrenzt worden ist. Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendbarkeit des aBöB zu umgehen (Art. 7 Abs. 1 BöB).

E. 3.3

Nachfolgend gilt es demnach zu prüfen, ob das streitgegenständliche Objekt als Teil des Gesamtvorhabens Bypass Luzern anzusehen ist und unter die Bauwerkregel fällt.

E. 3.3.1

Gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibung wird der Gegenstand und der Umfang des Auftrags wie folgt umschrieben: "Ersatz der zwei Mittelstreifenüberleitsysteme im Bereich Schlund Nord und Spier Süd, inkl. Steuerung, Verkabelung und Anbindung an das übergeordnete System, sowie Rückbau und Entsorgung der bestehenden Mittelstreifenüberleitsysteme."

E. 3.3.2

Aus Ziff. 2.7 der Ausschreibung geht hervor, dass der Ort der Ausführung (nebst dem Ort des Unternehmens und den Sitzungen mit der Vergabestelle) die Nationalstrasse N02 im Bereich Schlund Nord und Spier ist.

E. 3.3.3

In Ziff. 1.1.1 des Lastenhefts vom 3. September 2020 (Beschwerdebeilage 10) wird das Gesamtprojekt wie folgt umschrieben: Das Projekt Nr. 15002, Nationalstrassen N02 / Tunnel Schlund/Spier EM Bau/BSA, TP BSA Etappe 4 bezieht sich auf die Nationalstrasse N02 in den Gemeinden Kriens und Horw im Kanton Luzern. Die Nationalstrasse erster Klasse verfügt über 6 bzw. 4 Fahrspuren im Richtungsverkehr sowie durchgehend über einen Pannestreifen pro Fahrtrichtung. Kernstücke des Abschnitts und damit des Projekts bilden die beiden Tunnel Schlund und Spier. Die Sanierung der Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen BSA erfolgt in mehreren Etappen, die zeitlich nach ihrer Dringlichkeit oder Priorität gestaffelt wurden. Aktuell finden die Vorbereitungsarbeiten für die vierte und letzte Etappe statt, welche insbesondere den Ersatz der Mittelstreifenüberleitsysteme (MÜLS), der Verkehrssteuerung (VER) und der Brandmeldezentrale (BMT) umfasst. Es werden keine baulichen Massnahmen umgesetzt. Bereits saniert wurden Teile der Beleuchtung, Lüftung und der Überwachungsanlagen. Mit der aktuellen Beschaffung sollen die Mittelstreifen-überleitsysteme (MÜLS), die Verkehrssteuerung sowie die Lokalsteuerungen der Brandmeldeanlagen saniert werden. Diese Arbeiten haben zum Ziel, den sicheren Betrieb der Anlagen solange zu gewährleisten, bis die Gesamtsanierung der Tunnel Schlund und Spier im Rahmen des Projekts "Bypass Luzern" erfolgt. Daher sollen die bestehenden MÜLS durch neue ersetzt werden (Ziff. 1.1 des Technischen Berichts vom 12. Juni 2020 zum Massnahmenprojekt BSA; Vernehmlassungsbeilage 4).

E. 3.3.4

Die Beschwerdeführerin weist zurecht darauf hin, dass das streitgegenständliche Objekt Berührungspunkte zum Projekt "Bypass Luzern" hat. So wird beispielsweise die Instandsetzung der bestehenden Autobahn-Tunnel Schlund und Spier inkl. Ersatz BSA (Betriebs- und Sicherheitsausrüstung) explizit im Gesamtprojekt "Bypass Luzern" in der Verkehrsphase 1 aufgeführt (vgl. <https://bypasslu.ch/gesamtprojekt/bauphasen/>). Auch aus dem Lastenheft geht hervor, dass die MÜLS für das Projekt "Bypass Luzern" von grosser Bedeutung sein werden (vgl. Beschwerdebeilage 10, S. 7): "In den kommenden Jahren

werden das MÜLS intensiv genutzt werden, wenn die Arbeiten im Projekt Bypass Luzern beginnen. Für Bauarbeiten werden voraussichtlich verschiedene Verkehrsregimes notwendig sein, bei denen der Verkehr u.a. mit Hilfe der MÜLS geleitet wird. Einerseits trifft das für Massnahmen an den Tunneln Schlund und Spier selber zu, andererseits wird das MÜLS Arsenal auch bei Sperrungen der Tunnel Reussport und Sonnenberg verwendet. Daher ist es unerlässlich, dass zuverlässige Systeme vorhanden sind, welche in den kommenden Jahren einwand- und störungsfrei funktionieren." Eine gewisse Verbundenheit der vorliegend zu beurteilenden MÜLS mit dem "Bypass Luzern" wird ebenfalls aus Ziff. 2.1 des technischen Berichts deutlich, wenn steht: "Das Projekt Tunnel Schlund/Spier EM Bau/BSA, TP BSA hat als wichtigstes Ziel, die korrekte und zuverlässige Funktion der betroffenen Anlagen für die nächsten Jahre zu gewährleisten. Der Zeithorizont ist dabei vom Projekt "Bypass Luzern" definiert. Dieses sieht in seinem Teilprojekt 4 "Ergänzung Süd" (TP4) vor, die Tunnel Schlund und Spier zu sanieren und die Anzahl Fahrspuren innerhalb des bestehenden Strassen- und Tunnelraums zu erhöhen. Die Umsetzung dieser Massnahmen hängt vom weiteren Planungs- und Bewilligungsverfahren des Projekts Bypass Luzern ab; aktuell wird mit der Umsetzung des TP4 frühestens ab dem Jahr 2026 oder 2027 gerechnet. Unter Berücksichtigung einer allfälligen zeitlichen Verschiebung erfolgt die Massnahmendefinition unter dem Vorzeichen, dass die betroffenen Anlagen bis zum Jahr 2030 weiter funktionieren müssen." Die Beschwerdeführerin schliesst daraus, dass die streitgegenständliche Beschaffung wirtschaftlich und technisch Teil des Gesamtprojekts "Bypass Luzern" sei und folglich unter die Bauwerkregel falle. Da der Gesamtwert dieses Projekts mit über einer Milliarde Franken beziffert werde, sei der Schwellenwert überschritten und auf die Beschwerde sei einzutreten.

E. 3.3.5

Die Vergabestelle macht demgegenüber geltend, für die Berechnung des Auftragswerts bzw. für die Frage der Erreichung des massgebenden Schwellenwerts sei nicht vom Projekt "Bypass Luzern" als Ganzes auszugehen, sondern es seien einzig die BSA-Massnahmen massgebend. Bei dieser Sichtweise ergebe sich ein Auftragswert von Fr. 6.4 Mio. exkl. MWST., welcher unter dem Schwellenwert liege.

E. 3.3.6

Die von dieser Beschaffung direkt betroffenen Objekte (Tunnel Schlund, Tunnel Spier, Technikzentren und offene Strecken) wurden in den Jahren 1998 bis 2001 neu gebaut und etappenweise in Betrieb genommen (Ziff. 1.4 Technischer Bericht). Der Zustand der bestehenden Anlagen wird bezüglich Signalisation, Überwachungs- und Kabelanlagen als durchwegs schadhaft beschrieben (vgl. Ziff. 1.5 Technischer Berichts). Die Vergabestelle begründet die vorgesehenen Sanierungsmassnahmen wie folgt (Ziff. 1.6 Technischer Bericht; Ziff. 1.1.2.2 ff. Lastenheft): Ersatz der MÜLS: Die bestehenden MÜLS würden im Betrieb immer wieder zu Störungen beim Aufbauen und Abbauen von Gegenverkehrsregimes führen. Dabei hätten die Störungen verschiedene Ursachen, wie z.B. Schäden an der Pneumatik oder Probleme in der Steuerung. Weil die Bewegungen der MÜLS in das Auf- und Abbauen der Betriebszustände der Verkehrssteuerung integriert seien, behinderten die Störungen die entsprechenden Arbeiten oder mache eine intensive Betreuung bei der Bedienung der MÜLS notwendig. Auch mit Blick auf den Baubeginn im Bauprojekt "Bypass Luzern" sei es unerlässlich, dass zuverlässige Systeme vorhanden seien, welche in den kommenden Jahren einwand- und störungsfrei funktionieren würden. Ersatz der Verkehrssteuerung Schlund / Spier: Die gemeinsame Verkehrssteuerung der

beiden Tunnel bzw. die Software des "Verkehrsrechners" stamme aus der Zeit des Baus der Tunnel. Die Steuerung und Bedienung sei mittels einer nicht mehr zeitgemässen Grundsoftware aufgebaut, die nicht auf Rechnern mit aktuellen Betriebssystemen funktioniere. Ersatz der Brandmeldezentrale: Die Brandmeldekabel in den Fahrräumen der Tunnel sowie die zugehörigen Auswerteeinheiten seien zwar in den letzten Jahren ersetzt worden. Hingegen werde die Brandmeldezentrale, welche für das Zusammenfassen und Verteilen der Alarme und Störungsmeldungen zuständig sei, von deren Herstellern nicht mehr unterstützt. Daher sei es notwendig, als Ersatz der bestehenden Brandmeldezentralen neue Lokalsteuerungen zu erstellen. Aufgrund des aktuellen Zustands dieser Objekte ist davon auszugehen, dass die vorgesehene Sanierung auch unabhängig vom Projekt "Bypass Luzern" hätte vorgenommen werden müssen. Für diese Auffassung sprechen auch die Ausführungen im technischen Bericht (vgl. Ziff. 3.1.2), wo auf das Projekt "Bypass Luzern" wie folgt direkt Bezug genommen wird: "Das ASTRA plant das Projekt Bypass Luzern, das auch Auswirkungen auf den Abschnitt Schlund/Spier haben wird. Im vorliegenden Projekt erfolgen jedoch keine Vorbereitungen für das Projekt Bypass Luzern. Vielmehr wird sichergestellt, dass die vorhandenen Systeme im IST-Zustand zuverlässig funktionieren, bis die Realisierung des Projekts Bypass Luzern erfolgt." Gestützt darauf ist das Bauprojekt "N02, 150002, N2-6 EM, Tunnel Schlund und Spier, EM Bau/BSA, Los 4.4 Mittelstreifenüberleitsystem (MÜLS)" verfahrenstechnisch als eigenständiges Bauwerk und nicht als Teil des (grösseren) Gesamtbauwerks "Bypass Luzern" zu verstehen. Zentral ist in diesem Zusammenhang, dass die verschiedenen Bauaufträge unabhängig voneinander ausführbar und von Nutzen sind. Die Instandstellung der BSA der Tunnel Schlund und Spier ist nämlich nicht erst dann von Nutzen, wenn alle Bauaufträge im Rahmen des Grossprojekts "Bypass Luzern" durchgeführt sind. Die nachvollziehbar begründete verfahrenstechnische, zeitliche und räumliche Zuordnung trägt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dazu bei, diese Sichtweise zu bestätigen (vgl. E. 3.2.2 hiervor).

E. 3.3.7

Schliesslich handelt es sich beim streitgegenständlichen Objekt nicht um eine Gesamtanierung der Tunnel Schlund und Spier im Rahmen des Projekts "Bypass Luzern", sondern - wie die Vergabestelle zu Recht geltend macht - um die sicherheitsrelevante Erneuerung der Verkehrstechnik BSA an beiden Tunneln. Mit Bezug auf den Unterhalt und die Erneuerung bestehender Bauten ist hinsichtlich des Bauwerksbegriffs grundsätzlich die bestehende Baute massgeblich. Entsprechend sind alle mehr oder minder im gleichen Zeitabschnitt geplanten und ausgeführten Unterhalts- oder Erneuerungsarbeiten an Bauten, die, würden sie neu errichtet, insgesamt als einziges Bauwerk gälten, als einziges (Unterhalts- bzw. Erneuerungs-)Bauwerk zu betrachten (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, a.a.O., Rz. 954). Aus den Vernehmlassungsbeilagen 4-6 kommt zum Ausdruck, dass für die Sanierung der sicherheitsrelevanten Verkehrstechnik der Tunnel Schlund und Spier ein Massnahmenprojekt erstellt wurde. Nach Genehmigung desselben wurde das Beschaffungskonzept gutgeheissen und alsdann in verschiedene Beschaffungen unterteilt. Das vorliegend zu beurteilende Beschaffungsobjekt machte dabei mit veranschlagten Kosten von Fr. 1.999 Mio. das grösste Los des veranschlagten Gesamtpaktes von Fr. 6.4 Mio. exkl. MWST aus. Aufgrund der vorherigen Überlegungen ist es zufolge des engen sachlichen Zusammenhangs sachgerecht, die Beschaffungen im Zusammenhang mit der Verkehrstechnik BSA der Tunnel Schlund und Spier unter dem Gesichtspunkt der Bauwerkregel und für die Bestimmung des

Schwellenwerts als Gesamtheit für sich, nicht aber als Teil des (grösseren) Gesamtbauwerks "Bypass Luzern" anzusehen. Zudem lassen sich die Werte zukünftiger Bauetappen des Projekts "Bypass Luzern" gegenwärtig ohnehin nicht abschätzen, zumal nach der öffentlichen Auflage dieses Ausführungsprojekts im Frühjahr 2020 diverse Einsprachen erhoben wurden, weshalb zurzeit noch das Einsprachebereinigungsverfahren läuft. Ohnehin sollen die Vorarbeiten zu diesem Projekt erst im Jahre 2024 beginnen und sich die Arbeiten bis ins Jahr 2035 hinziehen (vgl. Vernehmlassungsbeilage 3).

E. 3.3.8

Zusammenfassend hängen das streitgegenständliche Projekt sowie das Gesamtprojekt BSA, bei dem sicherheitsrelevante BSA an beiden Tunneln erneuert werden sollen, in sachlicher Hinsicht zwar (teilweise) mit dem Gesamtprojekt "Bypass Luzern" zusammen, sind aber zeitlich und räumlich sowie verfahrenstechnisch klar voneinander abgrenzbar, was gegen die Annahme eines übergeordneten Bauwerks und im Übrigen auch gegen eine unzulässige Zerstückelung spricht. Die Vergabestelle hat einen gewissen Spielraum, wenn es darum geht, Unterhalts- und Sanierungsarbeiten zu etappieren und damit in mehrere Aufträge aufzuteilen oder gesamthaft zusammenzufassen, sofern weder das Zerstückelungsverbot gemäss Art. 7 Abs. 1 aBöB noch die Bauwerkregel nach Art. 7 Abs. 2 Satz 1 aBöB verletzt werden (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-5941/2019 E. 3.5.7 m.w.H. sowie zum Ganzen Martin Beyeler, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, a.a.O., S. 263 ff., insb. S. 267). Der (hinreichend sorgfältig) geschätzte Preis liegt somit bei den genannten Fr. 1.999 Mio. bzw. bei Fr. 6.4 Mio.- für das veranschlagte Gesamtprojekt (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 4-6). Demzufolge ist der erforderliche Schwellenwert von Fr. 8'700'000.- nicht erreicht.

E. 3.4.1

Zu prüfen bleibt nach dem Gesagten einzig, ob eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts dadurch gegeben ist, dass sowohl die Ausschreibung als auch die Zuschlagspublikation eine Rechtsmittelbelehrung enthalten, wobei die Vergabestelle im an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 23. Oktober 2020 auf die Rechtsmittelbelehrung der Zuschlagspublikation ausdrücklich hingewiesen hat.

E. 3.4.2

Massgebend für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist die Anwendbarkeit des aBöB (vgl. E. 2 hiervor). Die Begründung der Zuständigkeit durch Einverständnis zwischen Behörde und Partei ist dagegen ausgeschlossen (Art. 7 Abs. 2 VwVG; Urteile des BVGer B-5941/2019 E. 3.6.2 und B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt"). Die Vergabestelle kann zwar freiwillig unerschwellig ein offenes oder selektives Verfahren durchführen, hat aber nicht die Möglichkeit, die Ausschreibung oder den Zuschlag für eine Beschaffung, die dem Regime aBöB bzw. des GPA 1994 nicht untersteht, freiwillig durch entsprechende Bezeichnung zu einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 29 aBöB zu machen, wenn sie beispielsweise weiss, dass die einschlägigen Schwellenwerte nicht erreicht sind. Der Anwendungsbereich des aBöB wird durch das Gesetz selbst abschliessend geregelt. Auch eine Ausschreibung und Zuschlagserteilung nach den für den Staatsvertragsbereich geltenden Regeln und die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung können praxisgemäss nicht zur Bejahung der Eintretensfrage trotz fehlender Zuständigkeitsvoraussetzungen führen (Urteile des BVGer B-5941/2019 E. 3.6.2, B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2

"Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt", B-1687/2010 vom 21. Juni 2011 E. 1.2
"Personalverleih", B-1773/2006 vom 25. September 2008 E. 1.2 "Areal- und
Gebäudeüberwachung PSI" und B-3060/2010 vom 27. August 2010 E. 1.2
"Entwicklungshilfe"; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1219 mit Hinweisen).
Das gilt sogar dann, wenn die Vergabestelle die Zuständigkeit des
Bundesverwaltungsgerichts zunächst bejaht und diese erst im Rahmen einer zweiten
Stellungnahme bestreitet, wobei ein allfälliger Verstoss gegen Treu und Glauben in diesem
Zusammenhang bei den Kostenfolgen allenfalls zu berücksichtigen ist (Urteil des BVGer
B-2192/2018 vom 12. Juni 2018 E. 3.2 "Umweltbaubegleitung Murg-Walenstadt";
Zwischenentscheid B-93/2007 vom 8. Juni 2007 E. 3.2.1 "Sanierung Rietliareal"). Damit
braucht hier auch nicht vertieft zu werden, ob die Vergabestelle bewusst oder versehentlich
ein offenes Verfahren eingeleitet hat. Jedenfalls ist festzustellen, dass die
Beschwerdeführerin aus der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung in Bezug auf die
Eintretensfrage nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Da der massgebliche Schwellenwert
nicht erreicht wird, fällt die in Frage stehende Vergabe nach dem hier anwendbaren Recht
nicht in den Anwendungsbereich des aBöB (vgl. allerdings neu: Art. 52 Abs. 2 BÖB). Das
Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache somit nicht
zuständig. Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 4

Die am 9. Juli 2021 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass
des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags
auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der übrigen Rechtsbegehren.

E. 5.1

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt in der Entscheidformel die Verfahrenskosten der
unterliegenden Partei (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da auf die Beschwerde nicht einzutreten ist,
gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Angesichts des Vergabevolumens wären in
Anwendung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die
Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2)
grundsätzlich Verfahrenskosten in der Höhe von ca. Fr. 7'000.- zu erheben. Einer
Bundesbehörde können dagegen nach den Bestimmungen des VwVG selbst für den Fall des
Unterliegens keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Jedoch
kann auf die Auferlegung der Verfahrenskosten gemäss Art. 6 Bst. b VGKE ganz oder
teilweise verzichtet werden, wenn Gründe in der Sache oder in der Person der Partei es als
unverhältnismässig erscheinen lassen, sie ihr aufzuerlegen (vgl. Urteil des BVGer
B-1687/2010 vom 21. Juni 2011 E. 10.1 "Personalverleih"). Dabei ist erstens der geringere
Aufwand zu berücksichtigen, den ein einfacher Nichteintretensentscheid mit sich bringt.
Zweitens kann auch eine nicht ohne weiteres als unrichtig erkennbare fehlerhafte
Rechtsmittelbelehrung bei der Bemessung der Verfahrenskosten von Bedeutung sein, wenn
die Beschwerdeführerin in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass die Verfügung
anfechtbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-5941/2019 E. 4.1 m.w.H.).

E. 5.2

Vorliegend war die fehlende Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit Blick auf
die Bauwerksregel nicht ohne Weiteres erkennbar (vgl. E. 3 hiervor), sondern eine
zuverlässige Berechnung des Schwellenwerts ergab sich erst aus den in der
Vernehmlassung vorgebrachten Argumenten der Vergabestelle (vgl. zum Ganzen

Abschreibungsentscheid des BVGer B-5983/2019 vom 6. Februar 2020 S. 4 f. "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 II"). Da die Beschwerdeführerin in der Replik vom 25. August 2021 an ihren Anträgen festgehalten hat, kann auf die Erhebung von Verfahrenskosten nicht vollständig verzichtet werden. Vielmehr führen die geltend gemachten Umstände sowie die Tatsache, dass nur die Eintretensfrage zu beurteilen ist, zur Festsetzung einer reduzierten Spruchgebühr. Zusammenfassend rechtfertigt es sich, Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000. zu erheben. Der verbleibende Restbetrag des Kostenvorschusses ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

E. 5.3

Schliesslich hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zulasten der Vergabestelle ausnahmsweise einen Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten wegen falscher Rechtsmittelbelehrung (vgl. BGE 126 II 145 E. 5b, Urteil des BVGer B-6203/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.2). Die Parteientschädigung wird mangels einer Kostennote von Amtes wegen und nach Ermessen aufgrund der Akten festgelegt (vgl. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]). Mit Blick auf die besonderen Umstände des Verfahrens erscheint dem Gericht eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- als angemessen.

E. 5.4

Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1443). Eine solche wurde im Übrigen auch nicht beantragt.

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