

BVGer B-3296/2020 vom 30. Juli 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-07-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3296_2020

FR: TAF B-3296/2020 du 30 juillet 2020

IT: TAF B-3296/2020 del 30 luglio 2020

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

Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügung gilt nebst dem Zuschlag namentlich auch die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.3

Im vorliegenden Fall beanstandet die Beschwerdeführerin nicht nur die Ausschreibung selbst, sondern auch die Ausschreibungsunterlagen. Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheid des BVGer B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 mit Hinweisen "Suchsystem Bund"). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 mit Hinweisen "Produkte zur Innenreinigung I"). Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin unter anderem, dass die technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen rechtswidrig auf ein bestimmtes Markenprodukt eingeschränkt worden seien (vgl. E. 5 hiernach) und die Vergabestelle die Zulassung des Angebots gleichwertiger Produkte in den Ausschreibungsunterlagen unterlassen habe. Die Beschwerdeführerin rügt demnach, dass die Vergabestelle den Wettbewerb in einem ohnehin schon kleinen Anbietermarkt unnötig einschränke. Die Beschwerdeführerin rügt damit zweifelsfrei zentrale Punkte des gesamten Vergabeverfahrens, weshalb auch die

gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen prima facie grundsätzlich zu hören sind. Die Vergabestelle macht denn auch nicht geltend, auf die in Frage stehenden Rügen sei nicht einzugehen, sondern stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, dieselben seien materiell unbegründet.

E. 1.4

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 1.5

Gemäss ständiger Praxis ist über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags durch das Bundesverwaltungsgericht in Dreierbesetzung, über entsprechende Begehren bei der Anfechtung einer Ausschreibung oder eines Abbruchs dagegen einzelrichterlich zu entscheiden (vgl. Zwischenentscheide des BVGer B-4086/2018 vom 30. August 2018 E. 2.2 "Produkte zur Innenreinigung II", B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 1.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, nicht publizierte E. 1.2 mit Hinweisen "Microsoft").

E. 2

Im Folgenden ist prima facie zu prüfen, ob die strittige Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen fällt.

E. 2.1

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB 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 BöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA).

E. 2.3.1

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin 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 BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der

Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Bei der Vergabe von mehreren Bauaufträgen im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauwerks ist grundsätzlich ihr Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen des BöB unterstehen. Er bestimmt, welchen prozentualen Anteil sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen (Art. 7 Abs. 2 BöB). 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. Auflage, Zürich 2013, Rz. 309). Bei Bauwerken bestimmt die Bagatellklausel, dass, wenn eine Auftraggeberin im Rahmen der Realisierung eines Bauwerks, dessen Gesamtwert den massgebenden Schwellenwert erreicht, mehrere Aufträge vergibt, sie diese nicht nach den Bestimmungen des BöB zu vergeben braucht, wenn a) der Wert jedes einzelnen Auftrags 2 Mio. Franken nicht erreicht; und b) der Wert dieser Aufträge zusammengerechnet höchstens 20 Prozent des Gesamtwertes des Bauwerkes ausmacht (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Der Auftraggeber hat in diesem Fall die Möglichkeit, bestimmte Lose ausserhalb des BöB zu vergeben (BVGE 2009/18 E. 2.4.2 "place d'armes Drognens/FR"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 311 mit Hinweisen).

E. 2.3.2

Der ausgeschriebene Auftrag "N05, 090091, N5VOMA BSA, VOMA BSA Lengnau - Luterbach / Los 501 - AS ED" wird im Rahmen eines Gesamtwerks vergeben, welches den Nationalstrassenabschnitt N05/84 umfasst. Zum Projektperimeter gehören nebst den vier Tunnelobjekten Witi, Lüsslingen, Spitalhof und Birchi auch die Galerie Leuzigen sowie der Tunnel Lackenhof im Anschluss Solothurn West. Mit dem strittigen Auftrag zum Los 501 sollen unter anderem die Kameras in den Tunnels und an den offenen Streckenabschnitten der N05 die Ausrüstungen der Betriebs- und Sicherheitsausrüstung (BSA) erneuert werden. Ferner werden im Rahmen des Gesamtprojekts Massnahmen in 23 Entwässerungsanlagen ausgeführt (Ziff. 1.2 Lastenheft). Der Gesamtwert des Projekts überschreitet damit prima facie den für Bauwerke geltenden Schwellenwert von 8.7 Mio. Franken. Zwar liegt der geschätzte Auftragswert für das Los 501 unter dem Betrag von 2 Mio. Franken gemäss der Bagatellklausel im Sinne von Art. 14 VöB. Indessen hat sich die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht auf die Bagatellklausel berufen, womit das BöB prima facie anwendbar ist (BVGE 2009/18 E. 2.4.2 "place d'armes Drognens/FR"). Dasselbe würde im Übrigen auch gelten, wenn die vorliegend nachgefragte Leistung als Lieferung zu qualifizierten wäre.

E. 2.4

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die angefochtene Ausschreibung fällt daher prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache prima facie zuständig.

E. 3.1

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 (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 3.2

Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle, da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert (BVGE 2009/17 E. 2 mit Hinweisen "Hörgeräte"). Die Legitimation zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach Art. 48 Abs. 1 VwVG und setzt voraus, dass die Beschwerdeführerin durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Abänderung hat (BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft").

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin ist regelmässige Anbieterin in Vergabeverfahren des relevanten Marktes. Die Vergabestelle gibt an, im betroffenen Auftragssegment würden regelmässig dieselben 4 bzw. 5 Unternehmen, worunter auch die Beschwerdeführerin zu zählen sei, Angebote einreichen. Damit tritt die Beschwerdeführerin offensichtlich im relevanten Markt auf, weshalb sie ohne Weiteres als potenzielle Anbieterin zu qualifizieren ist (vgl. zur freihändigen Vergabe grundlegend BGE 137 II 313 E. 3.3.2 "Microsoft" und zur Anfechtung der Ausschreibung etwa das Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E. 1.3 "Produkte zur Innenreinigung I"). Damit ist die Beschwerdelegitimation grundsätzlich gegeben und wird von der Vergabestelle auch nicht bestritten.

E. 3.4

Im Übrigen wurde die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Ebenso wurde der Kostenvorschuss innerhalb der gesetzten Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 4.1

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

E. 4.2

Das BöB 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 mit Hinweisen "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser

Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

E. 4.3

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). 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 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" 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 des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). 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 mit Hinweisen "Telefonanlage Universitätsspital Basel"; 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 - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie"; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 3.3 "Mobile Warnanlagen").

E. 5.1.1

Materiell rügt die Beschwerdeführerin, die technischen Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistungen seien zum einen nicht produkteneutral erfolgt, und zum anderen habe es die Vergabestelle in vergaberechtswidriger Weise unterlassen, gleichwertige Angebote bzw. Leistungen zuzulassen. Dadurch werde der Wettbewerb übermässig beschränkt. Die technischen Spezifikationen seien derart ausformuliert, dass

zum einen nur ein bestimmtes Produkt, nämlich FLIR VIP-IP Baugruppen, angeboten werden könne und dieses zum anderen bloss unter Einschränkungen von anderen Anbietern als den Vertriebspartnern dieses Herstellers angeboten werden könne. Dies führe zu einer übermässigen Beschränkung des Wettbewerbs (Beschwerde, III/Ziff. 1). Ferner handle es sich bei der ausgeschriebenen Systemtechnik um eine veraltete Technik, welche heutzutage kaum noch Verwendung geschweige denn Wartung fände. In dem die Vergabestelle auf eine veraltete Technik setze, verschwende sie die öffentlichen Mittel (Stellungnahme vom 7. Juli 2020, Ziff. 9).

E. 5.1.2

Die Vergabestelle ihrerseits bestreitet nicht, dass die technischen Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen anhand eines bestimmten Produkts beschrieben worden sind. Ebenso wird nicht bestritten, dass der Zusatz, wonach gleichwertige Produkte zulässig seien, in den Unterlagen fehlte. Dazu gibt die Vergabestelle an, der fehlende Verweis auf die Möglichkeit des Angebots von Alternativprodukten sei vergessen bzw. aus Versehen nicht in die Unterlagen aufgenommen worden. Ausserdem seien die interessierten Anbieterinnen im Rahmen der Beantwortung der Fragen über dieses Missgeschick informiert worden. Entsprechend seien die Ausschreibungsunterlagen mit der Beantwortung der Fragen präzisiert worden, und allen Interessierten sei mitgeteilt worden, dass ein gleichwertiges Hardwareprodukt angeboten werden dürfe. Sollten die Ausschreibungsunterlagen mit einem Mangel behaftet gewesen sein, so sei dieser spätestens ab dem 30. Juni 2020 mit der Mitteilung der Antworten auf die eingereichten Fragen beseitigt worden.

E. 5.2.1

Der öffentlichen Vergabebehörde steht es zu, frei darüber zu bestimmen, was sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität stellt (BGE 137 II 313 E. 3.3.1 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, E.3.2 "Produkte zur Innenreinigung I"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 "Rohre für Kühlwasser"; Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in: VPB 66.38 E. 5a). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf Hubert Stöckli, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

E. 5.2.2

Entschliesst sich die Vergabestelle für die Beschaffung einer Ware, so hat sie diese im Rahmen der Leistungsbeschreibung nach Massgabe von Art. 16a VöB in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu umschreiben, wobei der Präzisierungs- und Detaillierungsgrad eines Ausschreibungstextes jeweils von der Art des zu vergebenden

Auftrages abhängt (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"; vgl. auch GALLI/MOSER/ LANG/Steiner, a.a.O., Rz. 384 ff.).

E. 5.2.3

Um eine übermässige Beschränkung des Wettbewerbs zu verhindern, soll das gewünschte Produkt nicht unter Bezugnahme auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen oder einen bestimmten Ursprung umschrieben werden (Art. VI Ziff. 3 GPA; vgl. zum Hinweis "oder gleichwertig" Art. 16a Abs. 4 VöB und zum Ganzen den Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38, E. 5b/bb). Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.4 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1 mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser"; Galli/Moser/ Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 mit Hinweisen).

E. 5.3

Zunächst ist auf den Beschrieb des ausgeschriebenen Projektes einzugehen.

E. 5.3.1

Im detaillierten Projektbeschrieb der Ausschreibung (Ziff. 2.6) legt die Vergabestelle fest, dass für den Abschnitt 84 der Nationalstrasse N05 mit den Tunnelobjekten Witi, Lüsslingen, Spitalhof und Birchi Massnahmen an der VTV-Anlage (Verkehrsfernsehen) geplant sind. Diese umfassen den Ersatz der Kameras und des Bildauswertesystems (BAS). In Bezug auf den Ersatz des Bildauswertesystems hat der Auftragnehmer die Leistungen "4 Stück BAS Rechner für die Ereignisdetektion" sowie die "Integration der 4 Stück BAS Rechner in das bestehende Netzwerk der Videoüberwachung" durchzuführen.

E. 5.3.2

Im Lastenheft "Los 501 Anlagensteuerung (AS) und Ereignisdetektion (ES)" wird dieser Beschrieb wiederholt und dahingehend präzisiert, dass die bestehenden Signalträger der offenen Streckenabschnitte zwischen den Tunnels neu mit Kameras ausgestattet werden, und das BAS komplett zu erneuern und in das Betriebsleitsystem (BLS) zu integrieren ist. Das im Rahmen des strittigen Loses 501 zu erstellende neue BAS "besteht aus einem virtuellen Rechner und für die Ereignisdetektion eingesetzten Hardware Karten des Herstellers FLIR VIP-IP (siehe Kap. 3.8.2)" (Lastenheft, Ziff. 2.2.10, S. 21). Ausserdem hält die Vergabestelle fest, dass sofern nichts anderes vermerkt ist, die Angaben für sämtliche ausgeschriebenen Lieferungen und Arbeiten gelten und die Grundlage für das Leistungsverzeichnis bilden.

E. 5.3.3

Zu den Rahmenbedingungen wird im Lastenheft ausgeführt, dass die Vorgaben der Gebietseinheit VIII (GE VIII) einzuhalten seien, wobei deren Dokumenten die Hierarchiestufe II zukomme (vgl. Lastenheft, Ziff. 2.1.11, S. 10 f.). Weiter wird präzisiert,

dass die bestehende Infrastruktur der Tunnelzentralen für das vorliegend strittige Los 501 nicht übernommen wird und der Aufbau der neuen IP Kameras stattdessen parallel zum laufenden Verkehr und zur bestehenden analogen Videoanlage erfolgt (vgl. Lastenheft, S. 15). Ebenso soll die Steuerung und Überwachung der Anlagen im Projektperimeter in das übergeordnete Leitsystem der GE VIII, das BLS GE VIII, integriert werden. Dabei stelle die GE VIII zentrale Dienste/Protokolle zur Verfügung, die zwingend zu verwenden seien (vgl. Lastenheft, Ziff. 2.2.4, S. 16). Zum Leitsystem hält das Lastenheft fest (vgl. Lastenheft, Ziff. 2.2.4, S. 16): "Die Anlagensteuerungen (AS) werden neu als virtuelle Maschine (AS MMI) mit Web-MMI-Schnittstelle und OPC-UA-Schnittstelle auf dem Abschnittsrechner virtuell betrieben. Die Anlagensteuerung Prozess (AS SPS) resp. im Fall der Ereignisdetektion die Flir Module werden als Hardware realisiert. [...]"

E. 5.4

Für das Bildauswertesystem (BAS) zur Ereignisdetektion werden "eigens dafür konzipierte Hardwarekarten" verwendet (Lastenheft, Ziff. 2.2.9, S. 19). Dabei sind grundsätzlich die technischen Vorgaben des Faktenblatts "GEVIII_IKT_Faktenblatt_VTV_und_BAS-ED" gemäss Beilage A10 einzuhalten (Lastenheft, Ziff. 2.2.9, S. 19). Auf dieses Faktenblatt ist nachfolgend einzugehen.

E. 5.4.1

Im Lastenheft (vgl. Ziff. 2.2.9, S. 19) wird auf die Beilage A10 der Ausschreibung, das Faktenblatt "GEVIII_IKT_Faktenblatt_VTV_und_BAS-ED", verwiesen. Mittels dieses Faktenblatts soll eine technische Koordination aller Projekte auf den Autobahnen der GE VIII ermöglicht werden. Dies in Anbetracht des Umstands, dass in den nächsten Jahren auf den Autobahnen der GE VIII sämtliche Videokameras und Bildauswertesysteme ersetzt oder neu aufgebaut werden. Damit in allen Projekten einheitliche Konzepte in der Realisierung angewendet werden, werden in diesem Faktenblatt alle betroffenen Komponenten beschrieben (Beilage A10, Ziff. 1.1, S. 2). Entsprechend sind die technischen Vorgaben des Faktenblattes - so die Verweise im Lastenheft - von den Offerenten auch strikt einzuhalten (vgl. Lastenheft, Ziff. 2.2.9, 3.3.1 und 4.5.2).

E. 5.4.2

In Bezug auf Bildauswertesysteme und Ereignisdetektion (BAS/ED) wird im massgebenden Faktenblatt festgehalten, dass grundsätzlich drei Ausführungsvarianten möglich sind, nämlich a) Lokal in Kamera (sog. Onboard, Variante 1), b) Zentral im Abschnitt mit dedizierter Hardware (Variante 2) sowie c) zentral im Abschnitt reine Softwarelösung (Variante 3) (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.1, S. 21 f.). Gemäss Ziff. 7.1.5.5 hat sich die Vergabestelle für den Einsatz von Variante 2, d.h. BAS/ED mit zentraler Hardware-Lösung im Abschnitt, entschieden (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5, S. 24). Obschon Variante 1 die wohl effektivste und zurzeit durch die Industrie stark forcierte Ausführungsvariante sei, habe sie den Nachteil, dass nur die vorgesehenen Kameras des Systemanbieters eingesetzt werden können und damit keine Auswahl bei den Kameras bestehe und die bestehenden auch nicht integriert werden können (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5, S. 23). Variante 2 hingegen habe den Vorteil, dass bereits bestehende Kameras für das BAS/ED genutzt werden können und bei der Wahl der Produkte für neue Kameras unter Einhaltung der technischen Vorgaben keine Einschränkungen vorhanden seien (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5, S. 24).

E. 5.4.3

Im Faktenblatt selbst wird die Variante 2 "Hardware" (vgl. Ziffer 7.1.5.3, S. 23) wie folgt beschrieben: "Die heute mehrfach verwendete Baugruppe ist FLIR VIP-IP (Multifunktionale Videoerkennungsbaugruppe) als Beispiel. * Kodierungsformat H.264, MPEG-4, MJPEG * Maximale Anzahl von Streams 4 Multicast oder Unicast * Platinen pro 19"-Rack 8 Karten * Abmessung 130 × 41 × 190 mm Abbildung 7-3: Baugruppe FLIR VIP-IP "

E. 5.4.4

Die strittige Baugruppe FLIR VIP-IP wird im Faktenblatt als "Beispiel" aufgeführt (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.3, S. 23). Dabei wird die "heute mehrfach verwendete Baugruppe" nicht nur abgebildet, sondern auch genauestens beschrieben (Abmessung, Anzahl Platinen, Maximale Anzahl von Streams, Kodierungsformate). Dabei ist nicht ganz klar, ob "heute mehrfach verwendet" in dem Sinne zu verstehen ist, dass die Vergabestelle diese Baugruppe bereits andernorts im Einsatz hat, oder ob es sich um ein marktgängiges Produkt handelt. Jedenfalls ist festzustellen, dass das Faktenblatt selber klar die Baugruppe FLIR VIP-IP beschreibt. Zudem wird - anders als zum Beispiel in Bezug auf die zu beschaffenden Kameras, wo unmissverständlich und komplett produktneutral aufgeführt wird, was für Profile die Kameras zu erfüllen haben (Beilage A10, Ziff. 4.1.4, S. 7) - ein spezifisches Produkt unter Nennung des Markennamens sowie dessen Abbildung genauestens beschrieben. Damit ist wohl davon auszugehen, dass die Vergabestelle sich bei der Ausarbeitung der zu koordinierenden technischen Vorgaben in der Gebietseinheit (GE) VIII im Sinne einer Standardisierung dieses Modell gewünscht hat. Gerade weil dieses Faktenblatt als Grundlage und damit der Koordination zwischen allen Projekten auf diesem Strassenabschnitt dient, kommt ihm eine grosse Wichtigkeit zu. Das Faktenblatt enthält insoweit keine weiteren Angaben, welche auf die Möglichkeit existierender Alternativen hinweist. Dass an einer von vielen Stellen, in welchen die Baugruppe beschrieben wird, der Begriff «Beispiel» verwendet wird, macht mit Blick sowohl auf die Auslegung des Faktenblatts insgesamt wie auch mit Blick auf das Erfordernis der Klarheit im Sinne von Art. 16a Abs. 1 VöB (vgl. E. 5.2.2 hiervor) prima facie nicht hinreichend deutlich, dass mit diesem Faktenblatt produktneutrale Ausschreibungen ermöglicht werden sollen.

E. 5.5.1

Im Lastenheft (S. 7) für das vorliegende Projekt beschreibt die Vergabestelle in Bezug auf die Bildauswertung BAS die Leistungen und Lieferungen wie folgt und präzisiert zudem, dass die auszuführenden Arbeiten und Lieferungen im Leistungsverzeichnis detailliert aufgeführt werden: "BAS Bildauswertung mit eigens vorgesehener Hardware FLIR VIP-IP Baugruppen zur Aufbereitung der Reflexe Baugruppenträger der FLIR VIP-IP Baugruppen der BAS Hardware Anlagensteuerung (AS) virtualisiert als Schnittstelle zwischen den FLIR-Baugruppen und zum Abschnittsrechner (AR)"

E. 5.5.2

Auch im Beschrieb zur BAS Tunnelzentrale (Lastenheft, Ziff. 2.2.10) wird festgehalten: "Die BAS besteht aus einem virtuellen Rechner und für die Ereignisdetektion eingesetzten Hardware Karten des Hersteller FLIR VIP-IP (siehe Kap. 3.8.2). Während die FLIR Baugruppe den Verkehr überwacht und detektiert, bildet der virtueller Rechner mit der Anlagensteuerung (AS) die Schnittstelle zu dem Abschnittsrechner (AR) gemäss Vorgaben der GE VIII. Der AR ist auch die Schnittstelle zu dem übergeordneten Video Management (UeVM) und dem Betriebsleitsystem (BLS). Über ihn erfolgt der externe Zugriff auf FLIR

Karten, der AS und der Kameras zur Parametrierung und Störungsbehebung. Die BAS/ED besteht aus Virtuellen Rechner - Anlagensteuerung (AS) - Schnittstelle zum Anlagenrechner (AR) - Tools für die Parametrierung der FLIR VIP-Karten - Tools für die Parametrierung der Kameras (lokal) - Schnittstelle zu den FLIR VIP-Karten - Bereitstellung der Videostreams an die Übergeordneten Systeme (UeVM, VMZ-CH) - Konfiguration und Parametrierung der Kameras, BAS von den übergeordneten Systemen (XML Schnittstelle) - Rückfallebene für den direkten Unterhalt FLIR VIP-IP Baugruppe - Automatische Ereigniserkennung (Verkehrsdetektion) - Verkehrsdatenerfassung [...] Die Flirmodule werden über die AS, ausgeführt als virtuelle Maschine z.B. Vmware in das Leitsystem integriert. Die Kommunikation der AS zum AR erfolgt mittels Datenpunkte über die Schnittstelle OPC UA. Die Datenpunkte werden im AR mit der hinterlegten Reflexmatrix ausgewertet. Den Austausch von Reflexen erfolgt zentral über den AR. [...]"

E. 5.5.3

Das Prinzipschema der Architektur stellt sich wie folgt dar (Lastenheft, Abbildung 6, S. 23):

E. 5.5.4

Ebenso wird im Lastenheft die Anzahl der Datenpunkte bezüglich der FLIR VIP-IP Baugruppen bestimmt (Lastenheft, S. 23).

E. 5.5.5

Zum Bildauswertesystem (BAS) hält das Lastenheft fest, dass das BAS in der Tunnelzentrale über das Netzwerk die Videostreams der Kameras zur Auswertung erhält (Lastenheft, Ziff. 3.8.1, S. 33). Ebenso ist festgehalten: "Die Leistungsfähigkeit und die Funktionalität des BAS ist durch die Hardware der FLIR VIP-IP Karte vorgegeben. Entsprechend folgt in den Kapitel 3.8.5 und 3.8.6 eine Auflistung der zu implementierenden Funktionen."

E. 5.5.6

Die FLIR Baugruppe selber wird in Ziffer 3.8.2 des Lastenhefts wie folgt beschrieben: "Für die Bildauswertung ist eine autonome Hardware bestehend aus FLIR VIP-IP Baugruppen (siehe Abbildung 10) vorgesehen. Die FLIR Baugruppe vereint die automatische Ereigniserkennung, Datenerfassung, Aufzeichnung von ereignisrelevanten Vorher- und Nachher-Bildsequenzen und das Videostreaming in einer Platine. [Abbildung 10: FLIR VIP-IP Baugruppe] Jede Kamera ist eine Baugruppe zugordnet. Für den Tunnel [...] mit 19 IP-Kameras sind entsprechend 19 Baugruppen erforderlich, die separat parametrierbar und sich in ihrer Funktion nicht gegenseitig beeinträchtigen."

E. 5.5.7

Gemäss Ziff. 3.8.3 des Lastenhefts sind die Baugruppen und ihre Spannungsversorgung auf einem 19" Rack unterzubringen, wobei ein solches Rack mit 8 Slots 8 Karten aufzunehmen hat. Die FLIR Baugruppenträger sind zusammen mit dem BAS-Rechner im gleichen Schrank der Tunnelzentrale unterzubringen (Lastenheft, Ziff. 3.8.3, S. 33). In der Abbildung 11 des Lastenhefts ist ein 19" Rack mit FLIR Baugruppenträger dargestellt:

E. 5.5.8

Die Hardware Schnittstelle wird in Ziff. 3.8.4 unter erneuter Nennung des Produktnamens "FLIR VIP-IP" beschrieben: "FLIR VIP-IP Jede Karte ist mit einem Digitaleingang und

zwei Digitalausgängen ausgestattet, die über den Baugruppenträger auf der Backplane zur Verfügung stehen. Die Ein-Ausgänge werden nicht verwendet. Alle Funktionen der Detektion, des Videostreams und den Störungs- und Zustandmeldungen erfolgen via Netzwerk."

E. 5.5.9

Ebenso wird in Ziff. 3.8.8 zur Konfiguration und Parametrierung erneut auf das Produkt "FLIR VIP-IP" Bezug genommen: "Der BAS Rechner stellt eine Bedienoberfläche zur Konfiguration und Parametrierung der Kameras und der FLIR VIP-IP Baugruppen zur Verfügung. [...]"

E. 5.5.10

In Bezug auf die zu erbringenden Leistungen wird im Lastenheft zur Tunnelzentrale (Ziff. 4.2.1, S. 38) festgehalten, dass die Montage der FLIR Baugruppenträger, der Einbau der FLIR Karten sowie der komplette BAS Rechner zu installieren sind.

E. 5.5.11

Schliesslich werden im Leistungsverzeichnis die Lieferungen von FLIR VIP-IP Videoerkennungsplatinen (Automatische Ereigniserkennung Verkehrsdatenerfassung) mit den Positionsnummern Nr. 103.031, Nr. 104.011, Nr. 104.021, Nr. 104.031, Nr. 104.041, sowie die Lieferungen von FLIR VIP-Lizenzen (FLIR Management Server, mit Schnittstellen und Lizenzen Drittanbieter wie VLC-Player) mit den Positionsnummern Nr. 104.013, Nr. 104.023, Nr. 104.033, Nr. 104.043 aufgeführt. Demnach haben die Anbieter nicht nur FLIR VIP-IP Videoerkennungsplatinen, sondern auch die entsprechenden Lizenzen zum Produkt FLIR zu liefern. Letzteres wird im Lastenheft unter Ziff. 4.4.5 explizit aufgeführt: "FLIR Allfällige Lizenzen für die VIP-IP Hardware und für die Software zur Konfiguration und Datenbereitstellung sind zu berücksichtigen."

E. 5.5.12

Damit ist prima facie festzustellen, dass die Vergabestelle basierend auf dem koordinierenden Faktenblatt (Beilage A10 der Ausschreibung; vgl. dazu E. 5.4.4 hiervor) bei der Projektplanung (siehe das Prinzipschema der ausgeschriebenen Architektur in E. 5.5.3 hiervor) gänzlich auf das Produkt "FLIR VIP-IP" gesetzt hat. Sämtliche Beschreibungen und die in Frage stehenden Leistungen sind mit dem strittigen Produkt angeschrieben.

E. 5.6

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht hervorhebt, dürfen Aufträge nicht mit technischen Spezifikationen umschrieben werden, die ungerechtfertigte Handelshemmnisse beinhalten. Einzig unter restriktiven Voraussetzungen ist eine Umschreibung der Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen unter Rückgriff auf ein bestimmtes Produkt zulässig: Nämlich dann, wenn es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt (vgl. E. 5.2.3 hiervor). In solch einem Fall muss in den Ausschreibungsunterlagen allerdings der Vermerk "oder gleichwertig" hinzugefügt werden (Art. 16a Abs. 4 VöB; vgl. E. 5.2.3 hiervor). Wie die Beschwerdeführerin rügt und die Ausführungen in den Erwägungen E. 5.4.4 und E. 5.5 zeigen, hat die Vergabestelle prima facie die Beschaffung der spezifischen Baugruppe "FLIR" ausgeschrieben. Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Anforderungen und Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen

verstanden werden konnten und mussten; insbesondere bei technisch geprägten Begriffen ist dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerkkomponenten"). Vor diesem Hintergrund ist vorliegend angesichts der Tatsache, dass der Beschaffungsgegenstand in Bezug auf den in Frage stehenden Leistungsbestandteil ohne erläuternden Hinweis auf gleichwertige Produkte anhand des Markenprodukts "FLIR VIP-IP" beschrieben wird (vgl. E. 5.4.4 hiervor), prima facie davon auszugehen, dass gerade Fachpersonen die Anforderungen an das ausgeschriebene Produkt nicht anders als nicht produktneutral ausgeschrieben verstehen. Gerade weil das BAS anhand "eigens dafür vorgesehener Hardware FLIR VIP-IP Baugruppen" zu liefern ist (vgl. E. 5.5.1 hiervor), kann vorliegend in Bezug auf die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen prima facie nicht von einer produktneutralen Ausschreibung gesprochen werden.

E. 5.7

Die Vergabestelle bestreitet denn auch vorliegend nicht, dass in den gesamten Ausschreibungsunterlagen das strittige Baugruppen Modell genannt und beschrieben wird (Vernehmlassung, Ziff. 15). Ebenso bestreitet sie nicht, dass in den Ausschreibungsunterlagen selber kein Hinweis zu finden ist, wonach die Anbieter gleichwertige Alternativen zum ausgeschriebenen Produkt offerieren dürfen (Vernehmlassung, Ziff. 10 und 13 ff.). Entsprechend seien die technischen Spezifikationen im Rahmen der Beantwortung der Fragen der Interessenten präzisiert worden (Vernehmlassung, Ziff. 10 f.). So habe die Vergabestelle den möglichen Anbietern mitgeteilt, dass sie nicht nur ein bestehendes, demjenigen von FLIR ähnliches oder gleichwertiges Produkt anbieten dürfen, sondern ein solches auch entwickeln lassen oder selber herstellen können (Vernehmlassung, Ziff. 11; Vernehmlassungsbeilage 2).

E. 5.8

Die im Rahmen der Fragenbeantwortung vorgenommene Präzisierung der Ausschreibung durch die Vergabestelle stellt sich wie folgt dar (Vernehmlassungsbeilage 2): Frage Antwort Kap. 3.8.2 FLIR Baugruppe, Kap. 3.8.3 FLIR Baugruppenträger. Muss das Produkt der Firma FLIR sein? Nein, ein gleichwertiges Hardwareprodukt ist auch möglich, eine PC-basierte Softwarelösung ist nicht erlaubt. Die FLIR Systems, Inc. liefert Ihre Systeme in der Schweiz erfahrungsgemäss nur an wenige Vertriebspartner und gibt anderen Anbietern kein oder nur überteuerte Angebote ab. Vielen Anbietern ist es daher verwehrt, mit konkurrenzfähigen Preisen an der vorliegenden Ausschreibung teilzunehmen, da sie aufgrund geschäftspolitischer Massnahmen von vorgegebenen Lieferanten nicht oder nur sehr erschwert an spezifisch angeforderte Produkte gelangen können. Wie garantiert die Vergabestelle, dass alle geeigneten Anbieter an der Vergabe teilnehmen können und ein vollständiges Angebot zu gleichen Wettbewerbsbedingungen einreichen können? Als Anbieter bleibt es Ihnen überlassen von wem sie die Komponenten beziehen. Unter Berücksichtigung dessen, dass die FLIR Systems, Inc. verschiedene Anbieter nicht oder nur zu überhöhten Preisen beliefert, können Anbieter ein Teilangebot unter Auslassung der von FLIR Systems, Inc. hergestellten Produkte (Positionen Nr. ...) einreichen? Das eingereichte Angebot muss vollständig sein. Ein Teilangebot unter Auslassung der Position ist nicht erlaubt (simap 2.12), ein gleichwertiges Hardwareprodukt anstelle des FLIR Systems ist zulässig. Kann ein gleichwertiges System angeboten werden, um nicht an den Hersteller

FLIR gebunden zu sein? Ja, ein gleichwertiges Hardwareprodukt ist auch möglich, eine PC-basierte Softwarelösung ist nicht erlaubt. Sind Generalimporteure des Herstellers FLIR Systems, Inc. vom Vergabeverfahren ausgeschlossen? Das Los 501 ist eine Ausschreibung im offenen Verfahren. Eignungskriterien sind klar definiert, es sind keine Firmen ausgeschlossen, siehe Submission Simap. Damit ist festzustellen, dass die Vergabestelle gegenüber den interessierten Anbietern zu den technischen Spezifikationen im Rahmen der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen präzisiert hat, dass ein "gleichwertiges Hardwareprodukt" zur FLIR Baugruppe angeboten werden darf.

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Beschwerde, die von der Vergabestelle vorgenommene Präzisierung der technischen Spezifikationen seien als wesentliche Änderung der Ausschreibung zu qualifizieren, was einen Abbruch des Vergabeverfahrens und dessen Neuausschreibung zur Folge haben müsse. Ausserdem helfe die Präzisierung «oder gleichwertig» mangels auf dem Markt verfügbarer Hardwarealternativen im vorliegenden Fall nicht.

E. 6.1.1

Zunächst gilt es in Erinnerung zu rufen, dass eine Vergabestelle ihre Ausschreibung und deren Unterlagen unter gewissen Bedingungen bis zum Termin der Offerteingabe präzisieren, konkretisieren oder abändern darf (Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, Bd. 43, N. 127, S. 88; Christoph Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, Zürich 2018, S. 359 ff., N. 8 S. 363). Allerdings sind die vorgenommenen Änderungen, Konkretisierungen oder Präzisierungen, unter Erstreckung der Eingabefrist, in der selben Form zu verbreiten wie es die ursprünglichen Unterlagen bzw. Angaben wurden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2019.00109 vom 23. Mai 2019 E. 3.5; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern 7H 18 205 vom 6. November 2018 E. 3.3.5.4, Urteil des Kantonsgericht Waadt MPU.2019.0012 vom 7. Oktober 2019 E. 3b; Jäger, a.a.O., Fn. 5 mit Hinweis auf Stefan Suter, Der Abbruch im Vergabeverfahren, Basel 2010, Rz. 240). Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern geht ausserdem davon aus, dass bei grundlegenden Anpassungen die Ausschreibung selbst entsprechend zu berichtigen ist (a.a.O., E. 3.3.5.4).

E. 6.1.2

Vorliegend hat die Vergabestelle die Präzisierung bzw. Konkretisierung der technischen Spezifikation vor dem Offerteingabetermin vom 10. August 2020 vorgenommen. Damit verstösst eine Präzisierung der Ausschreibung durch die Vergabestelle jedenfalls in Bezug auf den Zeitpunkt der Präzisierung nicht gegen das Prinzip, wonach die Ausschreibung nach Ablauf des Offerteingabetermins fixiert ist (Jäger, a.a.O., N. 8 S. 363). Dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot wurde durch die Mitteilung der Fragen mitsamt den Antworten jedenfalls in Bezug auf jene interessierten Anbieter, welche die Ausschreibungsunterlagen bezogen haben, Genüge getan. Prima facie unzutreffend erscheint ausserdem die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Präzisierung dazu führt, dass der Beschaffungsgegenstand im Sinne eines Aliud verändert wird. Dafür spricht auch die in Art. 1 Bst. b BÖB verankerte Wettbewerbszielsetzung, welcher derartige Präzisierungen gerecht werden können (vgl. mutatis mutandis das Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2019.00109 vom 23. Mai 2019 E. 3.5). Welche

Auswirkungen in Bezug auf die Frage nach dem Abbruch des Verfahrens die Ausdehnung des Kreises der potenziellen Anbieter hat und ob die Berichtigung, soweit sich eine solche ohne Abbruch als zulässig erweist, in Form der Berichtigung der Ausschreibung selbst vorgenommen werden müsste, kann indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offen bleiben. Unbestreitbar ist jedenfalls, dass für den Fall, dass sich durch die Präzisierung der Kreis der potenziellen Anbieter nicht verändert, dieser Umstand dafür sprechen würde, dass eine Berichtigung ohne Abbruch zulässig ist.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin macht materiell geltend, dass die Präzisierung der Vergabestelle den Markt faktisch gar nicht öffne (Stellungnahme vom 7. Juli 2020, Ziff. 9, S. 3). Selbst wenn nunmehr formell «gleichwertige Produkte» angeboten werden dürfen, sei festzustellen, dass diese in casu auf dem Markt gar nicht existieren. Das ausgeschriebene Produkt FLIR VIP-IP sei das Letzte seiner Art, und werde - was die Vergabestelle bestreitet (Vernehmlassung, Ziff. 33 f.) - selbst vom Hersteller nicht mehr hergestellt (Replik, Ziff. 7). Das von der Vergabestelle vorgebrachte Argument, wonach nunmehr klargestellt sei, dass die Anbieterinnen auch eine selbsthergestellte Hardware offerieren könnten, solange diese gleichwertig zum Produkt FLIR sei, könne in Anbetracht der horrenden Produktionskosten sowie des Zeitdrucks bis zur Offerteingabefrist nur als utopisch bezeichnet werden (Replik, Ziff. 8). In diesem Zusammenhang rügt die Beschwerdeführerin ausserdem, die öffentlichen Mitteln würden aufgrund der gewählten Variante 2 nicht im Sinne der Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BöB verwendet (Stellungnahme vom 7. Juli 2020, Ziff. 9, S. 3 f.). In dem die Vergabestelle weder eine Onboard (Variante 1 gemäss Faktenblatt), noch eine Softwarebasierte Lösung (Variante 3 gemäss Faktenblatt) zulasse, verschliesse sie sich dem technischen Fortschritt und setze auf eine technische Lösung, welche bereits heute veraltet sei. Die Beschwerdeführerin macht jedenfalls geltend, dass die die Konzentration auf ein - in ihren Augen - veraltetes System mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB) ungünstige Auswirkungen auf den Anbietermarkt hat (Beschwerde, III/Ziff. 3; Replik, Ziff. 8 f.).

E. 6.3

In diesem Zusammenhang ist zunächst unabhängig von der Frage, ob das System, welches die Vergabestelle gewählt hat, veraltet ist, zu prüfen, ob die in Erwägung 5.8 hiervor beschriebene Präzisierung an der den Anbieterwettbewerb stark beschränkenden Natur der Ausschreibung etwas verändert hat. Zunächst geht in Bezug auf die zu beziehenden Leistungen auch die Vergabestelle von einem kleinen Anbieterkreis aus; es würden jeweils mindestens drei Anbieter anbieten (Vernehmlassung, Ziff. 12, S. 3). Aus diesen Ausführungen ergibt sich aber auch, dass für die aufgeführten Projekte offenbar nie mehr als vier Unternehmen angeboten haben. Damit ist prima facie von einer Wettbewerbssituation auszugehen, die in Bezug auf den Markt weiter beschränkende Vorgaben eine gewisse Vorsicht angezeigt erscheinen lässt (vgl. E. 5.2.3 hiervor).

E. 6.4

Die Vergabestelle ist der Auffassung, dass die Vergaberechtskonformität durch die Präzisierung im Sinne der Zulassung gleichwertiger Produkte hergestellt worden ist. Durch die Präzisierung würden den Anbietern bewusst verschiedene Möglichkeiten von hardwarebasierten Lösungen offen gelassen. Es könne nicht nur ein bestehendes Produkt

angeboten werden, welches demjenigen von FLIR ähnlich oder gleichwertig sei, sondern es sei auch möglich, Produkte zu entwickeln oder selber herzustellen (Vernehmlassung, Ziff. 11, S. 3). Auffällig ist, dass die Vergabestelle in diesem Zusammenhang keine Aussage zur Frage macht, ob es marktgängige Produkte gibt, die aus ihrer Sicht gleichwertig erscheinen. Dies wäre umso eher angezeigt, als die Beschwerdeführerin ausdrücklich geltend macht, es gebe auf dem Markt keine gleichwertigen Produkte für Hardwarelösungen (Stellungnahme vom 7. Juli 2020, Ziff. 9, S. 3). Replicando bezeichnet die Beschwerdeführerin die Aussage der Vergabestelle, die Anbieter könnten doch ein Alternativprodukt selbst entwickeln, als völlig utopisch und weltfremd (Replik, Ziff. 8, S. 3). Jedenfalls ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin, dass sie eine nicht nur technische, sondern auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anmahnt, wenn es darum geht, die Bedeutung der Präzisierung «oder gleichwertig» zu beurteilen. Im gleichen Sinne hat sich die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 26. Juni 2020 beklagt, die Einschränkung auf FLIR-Produkte schliesse alle Anbieter von zukunftssträchtigen digitalen Ereignisdetektionssystemen und somit auch Wiederverkäufer, welche die Marke FLIR nicht anbieten können, bzw. nicht zu den privilegierten Konditionen der Vertragshändler von FLIR anbieten können, vom Wettbewerb aus (Beschwerde, III/Ziff. 3, S. 6). Damit ergibt sich zunächst prima facie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, dass sich die Beschwerdeführerin keines offensichtlich unbehelflichen Arguments bedient, wenn sie sagt, in Bezug auf die Bedeutung für die Wettbewerbssituation seien die Auswirkungen der Präzisierung «oder gleichwertig» nicht nur aus technischer Sicht, sondern zumindest auch im Sinne einer Auswirkung auf den Anbietermarkt berücksichtigende wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass dem angebotenen Preis in der vorliegenden Ausschreibung gemäss dem Zuschlagskriterium ZK 1 eine Gewichtung von 50 % zukommt (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.10). Mangels entsprechender Ausführungen der Vergabestelle ist auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die Präzisierung «oder gleichwertig» im vorliegenden Fall nichts an der Wettbewerbssituation ändert, weil die Beschränkung auf hardwarebasierte Lösungen de facto ohnehin einer Vorgabe des Produkts FLIR entspricht, nicht offensichtlich von der Hand zu weisen. Zusammenfassend ist nicht auszuschliessen, dass den Anbietern faktisch die Offerte eines gleichwertigen Alternativproduktes verunmöglicht wird, und durch die Präzisierung nur scheinbar eine produktneutrale Ausschreibung erreicht wird.

E. 6.5

Nach dem Gesagten sind an die sachliche Begründung für die entsprechende Vorgabe gewisse Anforderungen zu stellen. Es ist zwar richtig, dass der Vergabestelle bei der Festlegung der technischen Spezifikationen grundsätzlich ein breites Ermessen zukommt (vgl. E. 5.2.1 hiavor). Wird indessen durch die in Frage stehende Vorgabe der Wettbewerb stark eingeschränkt, führt dies dazu, dass geprüft wird, ob hinreichende Gründe vorliegen, um diese Einschränkung des Wettbewerbs zu rechtfertigen (vgl. E. 5.2.3 hiavor und zum Ganzen grundlegend das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7). Vorliegend wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle vor, sich auf eine veraltete Lösung festgelegt zu haben. Die Vergabestelle begründet ihren Entscheid, Variante 2 (vgl. E. 5.4.2 hiavor; Vernehmlassung, Ziff. 29; Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5) und damit eine Hardwarelösung zu favorisieren in erster Linie mit den zu erwartenden Kosteneinsparungen und beruft sich damit wie die Beschwerdeführerin auf die Wirtschaftlichkeitszielsetzung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst.

c BöB. Die Vergabestelle gibt an, infolge der Anlagenutzungsdauer von rund 18 Jahren sei eine technische Lösung, welche den geforderten Lebenszyklus am ehesten abdecken könne, zu bevorzugen (Vernehmlassung, Ziff. 19). Ebenso verweist die Vergabestelle auf die bereits erwähnte Koordination der verschiedenen Projekte in der Gebietseinheit (GE) VIII hin (vgl. E. 5.4.1 hiervor; Vernehmlassung, Ziff. 20). Die gewählte Hardware-basierte Lösung ermögliche es der Vergabestelle, bestehende Kameras allenfalls weiterhin zu nutzen und anfallende Wartungsarbeiten unabhängig von Anbietern bestimmter Software bzw. unabhängig eines bestimmten Betriebssystems vorzunehmen (Vernehmlassung, Ziff. 23 ff.; Beilage A10, Ziff. 7.1.5.3 und 7.1.5.5). Entsprechend spricht nach der Darstellung der Vergabestelle für die gewählte Hardware-Lösung, dass bestehende Kameras - anders als etwa bei einer Onboard-Lösung (Variante 1) - eingebunden werden können (vgl. Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5). Dass es sich beim ausgeschriebenen Produkt nicht um das innovativste Produkt handelt, und zudem zumindest die Gefahr besteht, dass es bald veraltet ist, bestreitet die Vergabestelle nicht (Beilage A10, Ziff. 7.1.5.3 und 7.1.5.5). Der strategische Entscheid der Vergabestelle, anstatt der effektivsten und wohl in Zukunft massgebenden "Onboard"-Lösung (vgl. Beilage A10, Ziff. 7.1.5.2 und 7.1.5.5) die Ausschreibung einer konservativen, aber zurzeit kosteneffizienten Hardware-basierten Systemlösung vorzunehmen (Vernehmlassung, Ziff. 28; Beilage A10, Ziff. 7.1.5.5), kann sich dabei grundsätzlich wie auch die mit dem Faktenblatt verfolgte Standardisierungszielsetzung aus vergaberechtlicher Sicht durchaus als zulässig erweisen, auch wenn die Vergabestelle selbst eingesteht, dass sie langfristig um eine Gesamterneuerung der Systemanlagen nicht herumkommen wird (in diesem Sinne auch Vernehmlassung, Ziff. 28 und 34). Der diesbezüglich von der Beschwerdeführerin angebrachte Einwand, dass in Bezug auf die Gewährleistung der anvisierten Anlagenutzungsdauer die Hardwarelösung mit denselben Problemen behaftet ist wie die von der Vergabestelle abgelehnte Softwarelösung (Replik, Ziff. 9, S. 3 f.), erscheint aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass die Hardwarelösung veraltet ist, prima facie jedenfalls so plausibel, dass sich auch die Rüge, es fehle vorliegend am sachlichen Grund für die nicht produktneutrale Ausschreibung bzw. die durch die technischen Vorgaben bewirkte Beschränkung des Anbieterwettbewerbs, nicht als offensichtlich unbegründet zu beurteilen ist. Damit ist nicht weiter darauf einzugehen, dass die Beschwerdeführerin darüber hinaus geltend macht, dass die Probleme, welche anscheinend bei der Softwarelösung anfallen, bei der FLIR-Lösung die gleichen oder vergleichbar seien (Replik, Ziff. 10, S. 4).

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass prima facie nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Präzisierung «oder gleichwertig» im Ergebnis nichts daran ändert, dass de facto keine produktneutrale Ausschreibung vorliegt, weil die Vorgabe der Hardwarelösung faktisch mangels Alternativen eine Festlegung auf das FLIR-Produkt bedeutet. Vor diesem Hintergrund bedarf es für die möglicherweise im Ergebnis nicht produktneutrale Ausschreibung eines sachlichen Grundes. Auch die Rüge der Beschwerdeführerin, dass es an diesem fehle, erweist sich nicht als offensichtlich unbegründet. Demnach kann einstweilen offen bleiben, ob sich die nachträgliche Präzisierung in der von der Vergabestelle gewählten Form als zulässig erweist oder zu einer SIMAP-Berichtigung oder gar zu einem Abbruch hätte führen müssen (vgl. E. 6.1 hiervor). Damit ist im vorliegenden Zusammenhang auch nicht auf die Frage einzugehen, ob es plausibel erscheint, dass die Vergabestelle im Rahmen der Formulierung der Ausschreibungsunterlagen den Hinweis «oder gleichwertig» aus Versehen nicht angebracht bzw. vergessen hat, wie sie behauptet.

E. 8.1

Erweist sich eine Beschwerde prima facie als nicht offensichtlich unbegründet, so ist in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde (vgl. E. 4.3 hiervor).

E. 8.2

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle ist als so dringend einzustufen, dass es zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führen müsste. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, sowohl die Dringlichkeit im Allgemeinen als auch gegebenenfalls allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (Zwischenentscheid des BVGer B-6160/2017 vom 18. Dezember 2017 E. 14.1 "Laborneubau ETH Basel"). Dies tut die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht. Damit macht sie keine im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen geltend, womit die Interessenabwägung mit Blick auf die Interessen der Beschwerdeführerin sowie das öffentliche Interesse am effektiven Rechtsschutz (vgl. E. 4.3 hiervor) zugunsten der Beschwerdeführerin ausfällt.

E. 8.3

Nach dem Gesagten ist dem Begehren der Beschwerdeführerin, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen, im Wesentlichen stattzugeben. Die Anbietenden müssen den derzeit gemäss Ausschreibung geltenden Offerteingabetermin vom 10. August 2020 nicht einhalten. Vielmehr ist dieser gerichtlich zu widerrufen. Die Vergabestelle wiederum ist gehalten, diesen Widerruf umgehend mittels SIMAP-Veröffentlichung und durch die Mitteilung an die ihr bekannten Anbietenden zu kommunizieren. Allenfalls vor Offerteingabetermin eingehende Offerten dürfen einstweilen nicht geöffnet werden.

E. 9

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen für das Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

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