

BVGer B-5937/2020 vom 26. Februar 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-02-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5937_2020

FR: TAF B-5937/2020 du 26 février 2021

IT: TAF B-5937/2020 del 26 febbraio 2021

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

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

E. 1.1

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

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 geht in Ziffern 1.8 und 2.1 ihrer Ausschreibung vom 24. Juni 2020 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8,7 Mio. Fr. 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). Gemäss der auf der Homepage der Vergabestelle publizierten Projektübersicht des Projekts "N03/70 Kerenzerbergtunnel" wird im Rahmen einer umfassenden Instandsetzung des Autobahnabschnitts der A3 zwischen den Anschlüssen Weesen und Murg der Tunnel den aktuellsten Sicherheitsbestimmungen angepasst und in den nächsten Jahren umfassend erneuert. Dies beinhaltet insbesondere den kompletten Ersatz der Betriebs- und Sicherheitsausrüstung (BSA), wie der Signalisation, Energieversorgung, Lüftung und Beleuchtung. Von den Gesamtkosten von rund 436 Mio. Franken (inkl. MWST) entfallen rund 145 Mio. Fr. auf die Sanierung des bestehenden Streckenabschnitts (vgl. ASTRA >N03/70 Kerenzerbergtunnel > Projektübersicht, <<https://www.kerenzerbergtunnel.ch/>, letztmals besucht am 23. Februar 2021). Das vorliegend ausgeschriebene Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 - Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West" bildet Los 5 der insgesamt 24 Lose umfassenden "Losaufteilung Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen" (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Dok. 4.1 Besondere Bestimmungen BSA, Pos.-Nr. 133.100). Es ist unbestritten, dass die Beschaffung des MÜLS Teil dieses grösseren Bauvorhabens ist. Der Schwellenwert für Bauwerke ist damit überschritten.

E. 1.4.2

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

E. 1.4.3

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

E. 2

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 1.2 m.H. "Microsoft"; dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 m.H.).

E. 3

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

E. 4

Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 aBöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 aBöB). Das aBöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m.H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im aBöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft"). Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) 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. 5.1

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 (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 5.2

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 der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

E. 5.3

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 ei-ner 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").

E. 5.4

Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin habe ein hydraulisches System angeboten, obwohl gemäss Pflichtenheft ein pneumatisches MÜLS verlangt gewesen sei. Ihr Angebot erfülle damit eine grundlegende technische Anforderung der Ausschreibung nicht und müsse ausgeschlossen werden. Ferner halte das von der Zuschlagsempfängerin offerierte MÜLS nach Kenntnis der Beschwerdeführerin im geschlossenen Zustand die Aufhaltestufe H1 nicht ein. Die Beschwerdeführerin müsse auch

davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien der technischen Leistungsfähigkeit und der Erfahrung der Schlüsselperson nicht erfülle, denn sie verfüge nach Kenntnis der Beschwerdeführerin über kein vergleichbar komplexes Referenzprojekt mit Lieferung eines vollautomatischen MÜLS. Sie rügt weiter, die Offerte der zweitplatzierten Anbieterin erfülle wohl das technische Muss-Kriterium der Aufhaltstufe H1 und das Muss-Kriterium des verlangten Anprallschutzes nicht.

E. 5.5

Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde im dritten Rang platziert. Dass ihr Angebot die Anforderungen des Pflichtenhefts und die Eignungskriterien erfüllt, ist unbestritten. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass sowohl die Offerte der Zuschlagsempfängerin als auch das Angebot der zweitplatzierten Anbieterin ausgeschlossen werden müssten, so hätte die Beschwerdeführerin daher eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

E. 5.6

Prima facie sind daher keine Gründe ersichtlich, die gegen die Legitimation der Beschwerdeführerin sprechen würden.

E. 5.7

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. 5.8

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

E. 6

Die Beschwerdeführerin rügt, das von der Zuschlagsempfängerin angebotene MÜLS entspreche nicht den technischen Muss-Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen. Das von der Zuschlagsempfängerin angebotene MÜLS - wie alle ihre bisherigen Konstruktionen - habe entgegen den Vorgaben der Vergabestelle keinen elektromechanischen oder pneumatischen Antrieb, sondern einen hydraulischen, der Zylinder verwende. Damit sei es nicht ausschreibungskonform. Sowohl das Lastenheft als auch das Technische Merkblatt enthielten das technische Muss-Kriterium, wonach das Anheben, Absenken und Schwenken der Leitschranken des MÜLS entweder mit elektromechanischen oder mit pneumatischen Antrieben zu erfolgen habe. Hydraulische Antriebe seien damit klar ausgeschlossen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin erfülle damit eine grundlegende technische Anforderung der Ausschreibung nicht und müsse daher ausgeschlossen werden. Auch das MÜLS im Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerin werde mittels hydraulischen Antrieben bewegt. Die Vergabestelle legt dar, sie habe aufgrund des Gefährdungsrisikos bei Austritt von Hydrauliköl (Schleudergefahr) im Fahrbahnbereich bewusst auf einen hydraulischen Antrieb verzichtet; das Anheben, Absenken und Schwenken des MÜLS solle mittels elektromechanischem oder pneumatischem Antrieb erfolgen. Die Zuschlagsempfängerin habe in ihrer Offerte keinerlei Vorbehalte zu diesem Punkt gemacht, womit die Vergabestelle nach Treu und Glauben davon ausgehen könne, dass das offerierte MÜLS die geforderten technischen Anforderungen in Bezug auf den Antrieb einhalte.

E. 6.1

Die Vergabestelle hat die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technischen Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu umschreiben und in jedem Fall mitzuteilen, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 aVöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung (Hans Rudolf Trüb, 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: Trüb 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 "Produkte zur Aussenreinigung"; Trüb 2020, a.a.O., Art. 30 N. 7 f.).

E. 6.2

Vorliegend beschrieb die Vergabestelle das zu beschaffende MÜLS in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt: MÜLS: Bei der Bezeichnung MÜLS handelt es sich um eine Schutzeinrichtung für den Verkehr, welches geschlossen (Richtungsverkehr) oder geöffnet (Gegenverkehr) werden kann. Der Prozess des Einrichtens erfolgt halbautomatisch. Leitschranke: Im FHB BSA MÜLS wird die Schutzeinrichtung im Bereich der Mittelstreifenüberfahrt als Leitschranke bezeichnet. In der Submission wird der Begriff Leitschranke für einen beweglichen Teil der Schutzeinrichtung verwendet. Eine MÜLS besteht somit aus zwei Leitschranken. (Dok. 4.2 Lastenheft BSA, Ziff. 2.1.1) Die Ausschreibungsunterlagen sahen vor, dass das MÜLS gemäss ASTRA Fachhandbuch BSA, Technisches Merkblatt Bauteile, Signalisation, Mittelstreifenüberfahrtsystem (im Folgenden: Technisches Merkblatt) vorzusehen sei (Dok. 4.2 Lastenheft, Ziff. 2.1). Aus dem erwähnten Technischen Merkblatt geht unter anderem hervor, dass das Heben der Leitschranke mit einem Elektromotor oder über eine Pneumatik sichergestellt werden könne (vgl. Technisches Merkblatt Ziff. 2.1.2). Im Lastenheft stellte die Vergabestelle dieselbe Anforderung auf: 2.1.4 Antrieb "Heben und Senken Das Heben oder Senken der MÜLS kann elektromechanisch oder pneumatisch erfolgen." (Lastenheft, Ziff. 2.1)

E. 6.3

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht demnach klar hervor, dass das zu offerierenden MÜLS einen elektromechanischen oder pneumatischen Antrieb aufweisen sollte. Die Vergabestelle selbst betont, dass sie aufgrund des Gefährdungsrisikos bei Austritt von Hydrauliköl im Fahrbahnbereich bewusst auf einen hydraulischen Antrieb verzichtet habe, und dass das Anheben, Absenken und Schwenken des MÜLS mittels elektromechanischem oder pneumatischem Antrieb erfolgen solle.

E. 6.4

Prima facie erscheint daher die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die Anforderung, der Antrieb dürfe ausschliesslich elektromechanisch oder pneumatisch sein, als absolutes Kriterium anzusehen sei, dessen Nichterfüllung zum Ausschluss des Angebots führe, als vertretbar. Diese Interpretation wird von der Vergabestelle auch gar nicht bestritten.

E. 6.5

In den Ausschreibungsunterlagen hatte die Vergabestelle verlangt, dass der Anbieter eine fachtechnische Beschreibung des MÜLS zu erarbeiten habe (Dok. 5 "Unternehmerangaben", Ziff. 3.2.1.1: ZK2.1 Qualität der Ausrüstung [MÜLS]). Die Beschreibung solle alle Anlagenteile beschreiben, die zum Einsatz gelangten, und unter anderem die Anlagebeschreibung MÜLS beinhalten, darunter die Rubrik "Antriebe (Motoren, Hydraulik- / Pneumatik Aggregate, etc.)".

E. 6.6

Diesbezüglich wird im Angebot der Zuschlagsempfängerin in der Systembeschreibung ausgeführt: "2.3 Heben und Senken Das Heben und Senken des MÜLS erfolgt Elektrohydraulisch."

E. 6.7

Die Vergabestelle macht geltend, sie habe sich aufgrund der von der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe von der Zuschlagsempfängerin im Schreiben vom 3. Dezember 2020 nochmals bestätigen lassen, dass deren MÜLS "(...)" in der vorliegenden Beschaffung mit elektromechanischem und/oder pneumatischem Antrieb realisiert werde. Die definitive Antriebsart müsse die Auftragnehmerin erst anlässlich der Erstellung des Realisierungspflichtenhefts einbringen, im Rahmen dessen sie Angaben über die technischen Datenblätter und Spezifikationen machen müsse. Sie reichte dazu ein Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 3. Dezember 2020 ein, in dem diese in Bezug auf die Antriebsarten Folgendes ausführte: "Bestätigung Antriebsarten: Unser Mittelstreifenüberleitsystem "(...)" kann hydraulisch, elektrisch oder pneumatisch betrieben werden. Diese Antriebsarten beinhalten verschiedene Vor- und Nachteile. Wir empfehlen die Energiebereitstellung bis dahin wo die mechanische Arbeit geleistet wird elektrisch zu gestalten und für die mechanische Arbeit der innerhalb einzelnen Einheiten Hydraulik einzusetzen. Die gewünschte(n) Antriebsart(en) und deren Detailierung wird im Rahmen des Realisierungspflichtenheftes festgelegt und hat keine Auswirkungen auf die Kosten." (Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 3. Dezember 2020)

E. 6.8

Die Beschwerdeführerin wendet hierzu ein, die im Nachgang zum Zuschlag erfolgte Rückfrage der Vorinstanz an die Zuschlagsempfängerin dürfe nicht berücksichtigt werden, denn eine derartige nachträgliche Änderung der Offerte in Bezug auf diese wesentliche technische Anforderung des pneumatischen oder elektromechanischen Antriebs komme nicht in Frage. Auch wäre unzulässig gewesen, wenn die Zuschlagsempfängerin drei unterschiedliche Versionen eines MÜLS offeriert hätte, da Varianten gemäss Ausschreibung ausdrücklich nicht zugelassen gewesen seien (Ausschreibung Ziff. 2.11). Ferner sei die Behauptung der Vergabestelle, dass die definitive Antriebsart erst im Rahmen der Erstellung des Realisierungspflichtenhefts eingebracht werden müsse haltlos, vielmehr habe die Anbieterin gemäss dem technischen Bericht alle zum Einsatz gelangenden Anlagenteile und damit auch die Antriebe gemäss Dokument "5 Unternehmerangaben" (Ziff. 3.2.1.1) beschreiben müssen.

E. 6.9

Nachdem die Zuschlagsempfängerin in ihrer Offerte die Antriebsart noch ausdrücklich als "elektrohydraulisch" beschrieben hat, ist fraglich, ob die erstmals während dem

Rechtsmittelverfahren, mit Schreiben vom 3. Dezember 2020, offerierte Möglichkeit, das angebotene System auch mit elektromechanischem und/oder pneumatischem Antrieb zu realisieren, als Erfüllung der entsprechenden Anforderung im Lastenheft eingestuft werden kann. Jedenfalls aber erscheint die Auffassung der Beschwerdeführerin, dies sei vergaberechtlich nicht zulässig, weshalb die Offerte der Zuschlagsempfängerin wegen Nichterfüllung einer wesentlichen technischen Spezifikation hätte ausgeschlossen werden müssen, nicht prima facie als offensichtlich unzutreffend.

E. 7

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren, die Offerte der zweitplatzierten Anbieterin erfülle wohl das technische Muss-Kriterium der Aufhaltstufe H1 und das Muss-Kriterium des verlangten Anprallschutzes nicht. Gemäss Lastenheft Ziff. 2.1.3 müsse das MÜLS im geschlossenen beziehungsweise verriegelten Grundzustand die Aufhaltstufe H1 oder höher zertifiziert gemäss SN 640 561 erfüllen und in geöffnetem Zustand über einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung an den Enden der schwenkbaren Leitschranken verfügen. Der fixe Anprallschutz beziehungsweise die kurze Absenkung beim Öffnen des MÜLS müssten automatisch an den Enden der Leitschranken ausfahren und beim Schliessen des MÜLS müssten dieselben Enden der Leitschranken automatisch ineinander verriegelt werden. Die Wahl des Anprallschutzes beeinflusse so direkt die Art der Verriegelung und damit dessen Durchbruchssicherheit beziehungsweise die Aufhaltstufe des MÜLS im geschlossenen Zustand. Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, dass das MÜLS der zweitplatzierten Anbieterin entweder nicht über den geforderten Anprallschutz verfüge oder die zertifizierte Aufhaltstufe H1 nicht erfülle. Aus dem Zertifikat der zweitplatzierten Anbieterin aus dem Jahr 2010 sei deutlich ersichtlich, dass es für ein MÜLS ausgestellt sei, das über stumpfe Enden verfüge, d.h. über Enden ohne fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin halte damit das Muss-Kriterium eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung nicht ein. Die Vergabestelle habe die Einhaltung dieser Muss-Kriterien nicht überprüft und damit ihre Pflicht zur Sachverhaltsabklärung verletzt. Die Vergabestelle hätte konkreter abklären müssen, ob das eingereichte Zertifikat die geforderten Kriterien belege und die zweite Anbieterin im Ergebnis ausschliessen müssen. Falls die zweitplatzierte Anbieterin ein MÜLS offeriert haben sollte, das über einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung verfüge, könne sie kein Zertifikat bezüglich der Aufhaltstufe H1 vorweisen. Es sei nicht durch eine akkreditierte Prüfstelle mittels Anfahrtest überprüft und zertifiziert worden, ob die neue Verriegelung beziehungsweise das neue MÜLS der zweitplatzierten Anbieterin im geschlossenen Zustand die Aufhaltstufe H1 gewährleiste. Auch müsse das Zertifikat im Zeitpunkt der Angebotseinreichung vorliegen. Die Vergabestelle ist der Meinung, was die Erfüllung der technischen Spezifikationen durch die Zweitplatzierte angehe, so seien auch diesbezüglich die Rügen der Beschwerdeführerin nicht zu hören. Die Zweitplatzierte habe im Rahmen der Fragerunde in der Evaluationsphase explizit bestätigt, dass das offerierte MÜLS die Aufhaltstufe H1 gemäss SN 640 561 erfülle, sowie, dass die von ihr offerierte MÜLS mit einem fixen Anprallschutz oder einer kurzen Absenkung versehen sei. Somit könne auch in Bezug auf die Zweitplatzierte nachgewiesen werden, dass alle technischen Anforderungen an dem von ihr offerierten MÜLS erfüllt seien.

E. 7.1

In den Ausschreibungsunterlagen legte die Vergabestelle die folgende technische Anforderung fest: 2.1.3 Konstruktion Die MÜLS ist mit einem fixen Anprallschutz oder

einer kurzen Absenkung zu versehen. Die MÜLS müssen so konstruiert sein, dass der Betrieb im Normalfall vollständig automatisiert stattfinden kann. Teile oder Prozesse, welche im Rahmen des normalen automatisierten Betriebsprozesses manuell / händisch zu montieren resp. vorzunehmen sind, sind nicht zulässig. Es gelten folgende Sicherheitsanforderungen für die geschlossene MÜLS: Aufhaltstufe H1 (oder höher), zertifiziert gemäss SN 640 561. (Dok. 4.2 Lastenheft, Ziff. 2.1.3)

E. 7.2

Offenbar konnte auch die Vergabestelle der Offerte der zweitplatzierten Anbieterin nicht entnehmen, wie diese die Anforderung eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung erfüllen wollte, weshalb sie sie diesbezüglich im Rahmen der Fragerunde aufforderte, die Einhaltung dieser Anforderung mit "ja" zu bestätigen. Eine Erklärung, wie dies technisch erfolgen werde, verlangte die Vergabestelle nicht und wurde von der zweitplatzierten Anbieterin auch nicht geliefert.

E. 7.3

Die zweitplatzierte Anbieterin hat in ihrer Offerte angegeben, dass ihre Stahlschutzwand die Aufhaltstufe H1 erfülle, und zum Beleg ein Zertifikat eingereicht. Die Erklärung der Beschwerdeführerin, dass die Abbildung auf diesem Zertifikat vom 5. November Jahr 2010 ein verriegeltes MÜLS mit stumpfen Enden, ohne fixen Anprallschutz oder Absenkung zeige, ist nachvollziehbar. Die Vergabestelle hat sich zu dieser Frage nicht geäußert. Wenn die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen argumentiert, die Zweitplatzierte habe kein MÜLS angeboten, für das sie eine Zertifizierung für die Aufhaltstufe H1 beigebracht habe und das auch die Anforderung eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung erfülle, dann erscheint ihre Kritik prima facie nicht als haltlos.

E. 8

Zusammenfassend erscheint demnach die Beschwerde nicht als offensichtlich unbegründet. Bei diesem Zwischenergebnis erübrigt es sich, in diesem Verfahrensstadium bereits auf die übrigen Rügen der Beschwerdeführerin einzugehen.

E. 9

Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip 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. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl.

GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2 "Datentransport BIT I"). Im vorliegenden Fall zeigt die Vergabestelle nicht auf, welche überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstehen würden. Insbesondere macht sie keine besondere Dringlichkeit geltend.

E. 10

Dem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist daher zurzeit stattzugeben.

E. 11

Die weitergehende Behandlung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerin kann daher auf das Hauptverfahren verschoben werden.

E. 12

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.