

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativo federal



Abteilung II
B-822/2010
{T 0/2}

Zwischenverfügung vom 10. März 2010

Besetzung

Einzelrichter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Miriam Sahlfeld.

Parteien

A._____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH,
Abteilung Bauten, Clausiusstrasse 37, CLD, 8092 Zürich,
vertreten durch RA Dr. Jean-Marc von Gunten,
Gabi Zarro von Gunten,
Albisriederstrasse 361, Postfach, 8047 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Beschaffungswesen - Neubau LCA Supercomputing
Center Lugano.

Sachverhalt:**A.**

Mit Publikation im SIMAP-Forum schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETH Zürich, Vergabestelle) unter Meldungs-Nr. 432723 am 22. Januar 2010 Werkleitungen für Wasser und Gas für den Bau des LCA Supercomputing Centers in Lugano aus. Geplant ist die Kühlung des Rechenzentrums mit Seewasser aus dem Lago di Lugano. Die Trasse verläuft gemäss Ausschreibung in städtischem Gebiet auf privatem und öffentlichem Grund und beträgt ca. 2.8 km, die gesamte Leitungslänge 5.8 km. Als Frist für die Einreichung der Angebote wurde der 3. März 2010, 16.00 Uhr genannt. Aus den technischen Spezifikationen gemäss Punkt 2.5 der Ausschreibung ergibt sich, dass Polyethylen-Rohre eingebaut werden sollen. Gemäss Punkt 2.8 der Ausschreibung sind Varianten nicht zugelassen.

B.

Gemäss den seitens der Vergabestelle nicht bestrittenen Angaben der A. _____ AG erkundigte sich diese bei der ETH Zürich, ob auf den Ausschluss von Varianten nicht zurückgekommen werden könne, damit auch duktile Gussrohre angeboten werden könnten. Am 2. Februar 2010 erhielt sie einen ablehnenden Bescheid.

C.

Die A. _____ AG (Beschwerdeführerin) reichte am 9. Februar 2010 (Posteingang: 11. Februar 2010) Beschwerde gegen die Ausschreibung der ETH Zürich ein. Sie beantragt sinngemäss, die Vergabestelle sei zu veranlassen, die technischen Spezifikationen in Abänderung der Ausschreibung oder unter Abbruch des Verfahrens und Neuausschreibung des Auftrags dahingehend zu erweitern, dass auch duktile Gussrohre zugelassen würden. Eventualiter seien "zumindest" abweichend von Punkt 2.8 der angefochtenen Ausschreibung Varianten zuzulassen. In prozessualer Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ihr Produkt sei mindestens gleichwertig und preislich sehr interessant. Durch den Ausschluss von Varianten würden die von ihr angebotenen duktilen Gussrohre von vornherein ausgeschlos-

sen, so dass die Ausschreibung ihren Zweck, das wirtschaftlich günstigste Produkt zu ermitteln, gar nicht erfüllen könne.

D.

D.a Mit Verfügung vom 11. Februar 2010 verzichtete der Instruktionsrichter auf superprovisorische Anordnungen und forderte die Vergabestelle auf, zu den Begehren der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen und dem Gericht die vollständigen Akten betreffend das Vergabeverfahren einzureichen. Als Frist wurde irrtümlich der 18. März 2010 vorgesehen, wogegen die Frist für die Einreichung des Kostenvorschusses korrekt auf den 18. Februar 2010 festgesetzt wurde.

D.b Am 19. Februar 2010 wurde die Verfügung vom 11. Februar 2010 teilweise aufgehoben bzw. berichtigt und die Frist für die Stellungnahme der Vergabestelle und die Einreichung der Akten neu auf den 26. Februar 2010 angesetzt.

E.

Mit Eingabe vom 26. Februar 2010 beantragte die Vergabestelle, es sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zur Begründung macht sie geltend, dass die Beschwerdeführerin eine andere Ausschreibung für duktile Gussrohre verlange, worauf sie indessen keinen Anspruch habe. Die Vergabestelle dürfe ausschreiben, was sie benötige und für richtig halte, solange sie die Vorgaben des öffentlichen Beschaffungswesens nicht verletze. In Bezug auf den Eventualantrag der Beschwerdeführerin ist sie der Ansicht, dass diese sich nicht auf den letztthin revidierten Art. 21 Abs. 1 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB) stützen kann, da dort vorausgesetzt werde, dass auch der Amtsvorschlag – in casu Polyethylen-Rohre – angeboten würden, wozu die Beschwerdeführerin aber nicht in der Lage sei. Die Beschwerdeführerin sei ebenfalls nicht in der Lage ein Angebot einzureichen, mit welchem das Ziel der Beschaffung mittels einer Variante erreicht werde, da sie die duktilen Gussrohre nur vertreibe, nicht aber selbst verlege. Aus diesem Grunde fehle es ihr auch am erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Weiter macht die Vergabestelle geltend, Art. 22a Abs. 1 VöB, wonach Varianten nur ausnahmsweise eingeschränkt oder ausgeschlossen werden dürften, sei nicht justiziabel, sondern enthalte eine reine verwaltungsinterne Anweisung. Des Weiteren legt sie gestützt auf eine die Produkte vergleichende Tabelle die technischen Gründe dar, warum sich die Vergabestelle dafür entschieden hat, die Ausschreibung auf

Polyethylen-Rohre zu beschränken und gerade keine funktionale Ausschreibung vorzunehmen. Auch bestreitet sie den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Preisvorteil.

F.

Am 26. Februar 2010 stellte der Instruktionsrichter fest, dass in der Stellungnahme der Vergabestelle keine Aussagen dazu getroffen würden, ob die verlangte Spezifikation einen Grossteil der Mitbewerber ausschliesse, was allenfalls als Indiz für eine diskriminierende technische Spezifikation gewertet werden könnte. Ohne Klärung dieser Frage könne derzeit nicht von einer offensichtlich unbegründeten Beschwerde gesprochen werden. Daher wurde der Vergabestelle einstweilen untersagt, die eingehenden Offerten zu öffnen. Zugleich gab der Instruktionsrichter der Vergabestelle auf, bis zum 5. März 2010 zur allenfalls diskriminierenden Natur der in Frage stehenden technischen Spezifikationen unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse und Anteile im relevanten Markt (Rohranbieter) Stellung zu nehmen. Der Beschwerdeführerin wurde freigestellt, sich innert gleicher Frist zur selben Frage zu äussern. Ausserdem wurde sie aufgefordert, sich ebenfalls innert dieser Frist zur Legitimation und zu den seitens der Vergabestelle geltend gemachten technischen Unterschieden zu äussern.

G.

Mit Verfügung vom 1. März 2010 wurden der Beschwerdeführerin die am 25. Februar 2010 von der Vergabestelle eingereichten, vollständigen Akten zu dem in Fragen stehenden Vergabeverfahren zugestellt, nachdem die Vergabestelle auf die Geltendmachung von Geheimhaltungsinteressen verzichtet hatte.

H.

Die Beschwerdeführerin räumte mit Stellungnahme vom 5. März 2010 ein, dass sie die Gussrohre nur vertreibe, nicht aber selber verlege. Die Firma B. _____ AG in M. _____ habe indessen ein Angebot eingereicht, welches auf ihren duktilen Gussrohren basiere. Als Dritte sei sie von der Ausschreibung berührt. Sie habe eine schützenswerte Beziehung zur Streitsache und sei mehr als die Allgemeinheit von der Ausschreibung betroffen. Sie bezeichnet die von der Vergabestelle vorgelegte Beurteilung von Polyethylen- und Gussrohren durch das beratende Ingenieurbüro als in zahlreichen Punkten falsch und tendenziös. Ausserdem seien einige für Polyethylen-Rohre ungünstige

Kriterien nicht in den Vergleich aufgenommen worden. Es handle sich um diskriminierende technische Spezifikationen.

I.

In ihrer Stellungnahme vom 5. März 2010 weist die Vergabestelle darauf hin, dass es nicht nur um die Rohrbeschaffung, sondern vor allem um Leitungsbau und die Planung der Verlegung gehe. Ferner listet sie neun Hersteller von Polyethylen-Rohren (vor allem aus Deutschland und Italien) auf und vier Rohrverlegungsunternehmen aus der Schweiz. Ausserdem macht sie geltend, dass neben Guss und Polyethylen noch andere Materialien in Betracht kämen.

J.

Auf weitere Vorbringen der Parteien, wird soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegen die Ausschreibung eines Auftrags ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1996 [BöB, SR 172.056.1]) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Aufgrund des geschätzten Auftragswerts des in Frage stehenden Verlegens von Rohren (inkl. Materialkosten für die Rohre) von etwa 4 bis 4.5 Millionen Franken ist unbestritten, dass es sich vorliegend um eine Vergabe im Anwendungsbereich des BöB handelt. In Art. 2 Abs. 1 Bst. c BöB ist ausserdem ausdrücklich festgehalten, dass die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und ihre Forschungsanstalten diesem Gesetz als Auftraggeberinnen unterstehen.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.2 Nach Art. 39 Abs. 1 VGG entscheidet der zuständige Instruktionsrichter grundsätzlich selbständig über das Begehren um Erteilung der

aufschiebenden Wirkung (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4393). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden in Vergabesachen Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags praxisgemäss in Dreierbesetzung beurteilt (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen). Vorliegend richtet sich die Beschwerde indessen gegen eine Ausschreibung, mit welcher im Unterschied zum Zuschlag auch bei Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht in der gleichen Weise Fakten geschaffen werden wie dies der Fall ist, wenn nach der Anfechtung eines Zuschlags über die aufschiebende Wirkung zu befinden ist. Deshalb rechtfertigt sich die Beurteilung der prozessualen Anträge durch den Instruktionsrichter (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008, E. 1.3).

2.

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

2.1 Das BöB selbst nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, welche die Rechtsprechung und Lehre zu 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 (Zwischenentscheid des BVGer B-3402 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

2.2 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, so ist die angebehrte 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 einzu-beziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurs-kommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK], die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen 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). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftrag-geberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automati-schen 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 BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaf-fungswesen (Government Procurement Agreement [GPA], SR 0.632.231.422) – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Be-schwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinwei-sen; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, teil-weise publiziert in BVGE 2008/48, E. 1.2). Ist davon auszugehen, dass auf die Beschwerde prima facie nach aller Voraussicht nicht einge-treten werden kann, dringen die Beschwerdeführerinnen mit prozes-sualen Anträgen von vornherein nicht durch. Diesfalls erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, teilweise publiziert in BVGE 2009/17, E. 3.2 mit Hinweisen).

3.2 Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E. 2 mit Hinweisen). 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 (BVGE 2009/17, E. 3 mit Hinweisen). Die Vergabestelle bestreitet die Legitimation der Beschwerdeführerin mit dem Hinweis darauf, dass diese die von ihr angebotenen duktilen Gussrohre nur verkauft, nicht aber verlegen kann (Eingabe vom 26. Februar 2010, S. 4). Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es liege auf der Hand, dass sie als eine der wenigen Lieferanten von duktilen Gussrohren in der Schweiz ein grosses Interesse daran habe, dass auch Montagefirmen, welche duktile Gussrohre der Beschwerdeführerin verwenden, an der öffentlichen Ausschreibung teilnehmen können (Eingabe vom 5. März 2010, S. 3). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Tatsache allein, dass die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen keine Rohre einbaut, nicht per se zur Verneinung der Legitimation führen kann. Dies schon deshalb nicht, weil prima facie jedenfalls nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihres technischen Wissens nicht nur als Lieferantin, sondern auch (gemeinsam mit einer Montagefirma) als Mitglied eines Konsortiums konstituiert, welches eine Offerte einreicht (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3402/2009, vom 2. Juli 2009, teilweise publiziert in BVGE 2009/17, E. 3.4), und diesfalls möglicherweise einen nicht unbedeutenden Anteil an den anzubietenden Leistungen hat. Somit kann jedenfalls nicht gesagt werden, auf die Beschwerde hätte schon zum Zeitpunkt ihrer Erhebung aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden können. Ob indessen die Legitimation entfällt, sobald aufgrund der eingereichten Offerten klar wird, dass sich die Beschwerdeführerin nicht als Anbieterin konstituieren will, was die Vergabestelle vorliegend – allerdings zwei Tage nach Offerteingabetermin erst vorsorglich – behauptet (Eingabe vom 5. März 2010, S. 4), kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin verlangt zunächst sinngemäss eine Korrektur der Ausschreibung, soweit diese in Punkt 2.8 festhält, Varianten seien nicht zugelassen. Dabei kommt ihr der Wortlaut von Art. 22a der

Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in der Fassung gemäss Änderung vom 18. November 2009 (AS 2009 6149) gelegen, nach welchem es den Anbietern frei steht, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Neu kann die Auftraggeberin diese Möglichkeit in der Ausschreibung nur noch ausnahmsweise beschränken oder ausschliessen. Im Erläuternden Bericht vom 1. Januar 2010 zur Verordnungsänderung vom 18. November 2009, S. 16 (<http://www.bbl.admin.ch/> > Themen > Beschaffungswesen > Beschaffungskommission des Bundes BKB > Mehr Information zum Bundesratsbeschluss und der Änderung der Beschaffungsverordnung) heisst es dazu: "Um den Wettbewerb und Innovationen stärker zu fördern, sollen Varianten neu nur noch ausnahmsweise eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Es handelt sich hierbei um eine rein verwaltungsinterne Anweisung, die nicht justiziabel ist. Die Auftraggeberin wird lediglich aufgefordert, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Nutzen der Varianten allfällige Schwierigkeiten bei der Auswertung der Angebote nicht aufwiegen könnte. Die Auftraggeberin hat die Ausnahme zu begründen." Diese Vorgabe entspricht der Erkenntnis, dass eine grundlose Einschränkung des Rechts zur Einreichung von Varianten dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel widerspricht (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 473). Entsprechend macht die Beschwerdeführerin geltend, die Ausschreibung könne ihr Ziel, das wirtschaftlich sinnvollste Produkt zu ermitteln, bei einem grundlosen Verzicht auf die Zulassung von Varianten gar nicht erfüllen (Beschwerde, S. 4). In diesem Sinne führt etwa auch Stöckli aus, anbieterseitige Lösungsvorschläge könnten für die Auftraggeberin von hohem Interesse sein (Urteilsanmerkung S8 [Entscheid BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006 "Los 151, Tunnel Erstfeld"], in: Baurecht 2006, S. 86 f.).

4.2 Für den vorliegenden Fall entscheidend ist, dass die Zielsetzung der wirtschaftlichen Verwendung der öffentlichen Mittel gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BÖB, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft, dem Anbieter keinen Rechtsanspruch darauf gibt, die Beschaffung des "richtigen" Produkts zu erstreiten. Die über die Leistungsdefinition zwangsläufig bewirkte Einschränkung des Wettbewerbs ist im Grundsatz vergaberechtlich nicht zu beanstanden (MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2008 [hiernach: Beyeler, Ziele], S. 35). Die öffentliche Vergabebehörde als Auftrag-

geberin muss frei darüber bestimmen können, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Service usw. stellt, was also im einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38, E. 5a). Soll beispielsweise ein Haus aus Holz gebaut werden, so schliesst dies Anbieter, die nur Betonhäuser bauen, von vornherein vom Vergabeverfahren aus (BEYELER, Ziele, a.a.O., S. 35). Beim Entscheid über den Gegenstand und den Umfang der Beschaffung handelt es sich daher um einen aufgrund von Art. 31 BöB nicht überprüfbaren Ermessensentscheid (Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5a).

4.3 Aus der vorstehenden Erwägung ergibt sich, dass der Vergabestelle in Bezug auf die Festlegung der technischen Spezifikationen ein grosser Spielraum zukommt, in welchen die Rechtsmittelinstanz nicht eingreift; Stöckli spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des Bundesgerichts 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65). Dasselbe gilt auch für die Frage, ob die Vergabestelle für den Fall, dass Varianten zugelassen werden, einer Variante den Zuschlag erteilen oder ob sie auf der Amtslösung beharren will. Die Vergabestelle ist namentlich nicht verpflichtet, irgendwelche Risiken in Kauf zu nehmen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 474). Andererseits muss es ihr möglich sein, sich (auch unter Inkaufnahme gewisser Risiken) für eine neuartige Technologie zu entscheiden, selbst wenn es noch keine wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse zu deren Effizienz gibt (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7). Diese Aussagen zeigen deutlich, dass sich der auf die Rechtskontrolle beschränkte Richter in diesem Bereich nicht die Rolle einer Obervergabebehörde anmassen soll. Er soll namentlich nicht darüber urteilen, ob eine mehr oder weniger zweckmässige oder innovative Lösung gewählt wird. Daran ändert auch die neue Formulierung von Art. 22a Abs. 1 VöB nichts. Es ist im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheides auch nicht zu erörtern, inwieweit eine Verordnungsänderung, die einerseits das Ausschliessen von Varianten zur Ausnahme erklärt und sich andererseits als "verwaltungsinterne Weisung" und "nicht justiziabel" versteht (vgl. E. 4.1 hiervor), aus legistischer Sicht sachgerecht erscheint. Wäre ein Paradigmenwechsel im Sinne der Begründung eines durchsetzbaren

Anspruchs auf Zulassung von Varianten (gegebenenfalls inkl. Anspruch auf die Abnahme von Beweisen wie gutachterliche Feststellungen zur technischen Opportunität des Ausschlusses von Varianten) gewollt gewesen, hätte dieser angesichts des materiellen Gesetzesbegriffs der geltenden Bundesverfassung jedenfalls nicht in Form einer blossen Verordnungsänderung vorgenommen werden dürfen (vgl. BVGE 2009/17 E. 8.2).

4.4 Die Vergabestelle führt mit Eingabe vom 26. Februar 2010 (S. 5) aus, es sei notwendig, dass die verwendeten Materialien für den vorausgesetzten Gebrauch absolut erstklassig und tauglich sind und ausserdem aufgrund der topografischen Besonderheit (Verlegung der Rohre durch dicht besiedeltes Gebiet mit häufigen horizontalen und vertikalen Richtungsänderungen) sehr flexibel verlegt werden müssen. Diese Ausführungen werden seitens der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Damit ist ihren Darlegungen, soweit sie ihre Rohre als günstiger anpreist, von vornherein der Boden entzogen. Es geht offensichtlich um ein Objekt, welches hohe Anforderungen an die Anbieter und die zu montierenden Rohre stellt.

4.5 Die Vergabestelle führt mit Eingabe vom 26. Februar 2010 (S. 6 f.) im Sinne eines ersten und wichtigsten Grundes aus, Polyethylen-Rohre seien besser geeignet als solche mit duktilem Guss, weil bei der Verbindung zwischen den einzelnen Rohren bei duktilen Gussrohren Fugen notwendig seien, wie sich auch aus den eingereichten Beilagen der Beschwerdeführerin ergebe. Bei Polyethylen-Rohren hingegen bestünden sogenannte homogene Schweissverbindungen, was die Zugfestigkeit entschieden erhöhe. Dazu bemerkt die Beschwerdeführerin, auch bei duktilen Gussrohren könnten alle Verbindungen vollumfänglich zugfest erstellt werden, und zwar über die geforderte Druckstufe hinaus und gleichzeitig mit einem Sicherheitsfaktor von 3 (Eingabe vom 5. März 2010, S. 5). Damit stellt sie weder die Aussage, dass bei Gussrohren Fugen notwendig sind, noch die Feststellung der Vergabestelle, wonach die Zugfestigkeit durch Schweissverbindungen erhöht wird, in Frage. In diesem Zusammenhang helfen ihr auch ihre weiteren Ausführungen nicht, wonach Polyethylen-Rohre nur bei guten Witterungsverhältnissen geschweisst werden können; bei Regen oder generell im Bereich von Nässe müsse unbedingt darauf geachtet werden, dass die Schweissstelle trocken bleibe. Es seien Überdachungen, Zelte oder sonstige Vorkehrungen notwendig. Gussrohre könnten demgegenüber ohne Qualitätseinbusse witterungsunabhängig verlegt

werden (Eingabe vom 5. März 2010, S. 6). Schon allein aus diesen Ausführungen erhellt, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, die Behauptung der Vergabestelle, die Wahl der technischen Spezifikationen sei sachlich begründet, zu erschüttern. Danach vermögen auch Rügen in Bezug auf andere technische Feststellungen des die Vergabestelle unterstützenden Ingenieurbüros prima facie nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin hat namentlich grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass die Vergabestelle den für sie wichtigen Vorteil gegenüber anderen Gesichtspunkten so abwägt, dass dieser allenfalls nicht mehr entscheidend wäre. Dies wird im Folgenden anhand eines Arguments der Beschwerdeführerin beispielhaft erläutert.

4.6 Die Beschwerdeführerin preist etwa die von ihr vertriebenen duktilen Gussrohre damit an, deren CO₂-Bilanz sei etwas besser als diejenige von Polyethylen-Rohren ("Beispiel Gramm äquivalenter CO₂-Ausstoss per kg PE=2410 / Guss=2319"; Eingabe vom 5. März 2010, S. 5). Soweit sie damit geltend macht, diese Eigenschaften sollten dazu führen, duktile Rohre zumindest als Variante zuzulassen, ist daran richtig, dass die Vergabestelle wohl die Freiheit hätte, den Umweltschutz im Rahmen der Definition der technischen Anforderungen in der gewünschten Weise zu berücksichtigen (vgl. zum Ganzen MARC STEINER, Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 54 ff., insbes. S. 58). Diese Möglichkeit verleiht indessen keinen Anspruch darauf, dass dies geschieht. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen richterlicher Kontrolle grundsätzlich entzogenen Entscheid der Vergabestelle. Damit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrem Begehren, die Vergabestelle sei angesichts der technischen Eigenschaften ihres Produkts verpflichtet, dieses jedenfalls als Variante zuzulassen, nicht durch. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn von einer diskriminierenden technischen Spezifikation auszugehen wäre. Dies wird im Folgenden zu prüfen sein.

5.

5.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BÖB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produkteanforderungen sind absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom

8. Juni 2005, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005, S. 236 ff., E. 2d S. 239). 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; Entscheid der BRK vom 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb; vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 241). 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 (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 242). 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 VB2008.00347 vom 10. Dezember 2008, E. 7.2 mit Hinweisen). Die Gefahr diskriminierender Spezifikationen ist besonders dann evident, wenn sich mehr als nur "in verschiedenen Punkten Übereinstimmungen mit dem Datenblatt des von der Zuschlagsempfängerin angebotenen Produkts" feststellen lassen (Entscheid der BRK 2001-011 vom 16. November 2001, publiziert in VPB 66.38 E. 5b/bb; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 25. November 2008, in: AGVE S. 183 ff., E. 3.4.1, S. 188).

5.2 Im vorliegenden Fall sind beide Parteien aufgefordert worden, sich zu den Verhältnissen im Markt der Rohranbieter zu äussern. Die Beschwerdeführerin gibt dazu an, es gebe drei Anbieter von duktilen Gussrohren in der Schweiz, wovon zwei Rohre von 800mm Durchmesser führen. Sie macht aber selbst nicht geltend, der Ausschluss von duktilen Gussrohren führe dazu, dass nur wenige Anbieter von PE-Rohren in der Lage seien, ein den technischen Spezifikationen entsprechendes Angebot einzureichen. Die Vergabestelle ihrerseits nennt nicht nur neun Hersteller von Polyethylen-Grossrohren (> DA 630), vor allem aus Deutschland und Italien, sondern auch vier bekannte PE-Rohrverleger für Grossrohre in der Schweiz (Eingabe vom 5. März 2010, S. 3). Damit ergeben sich aus den Akten keinerlei Hinweise auf eine Bevorzugung einzelner Anbieter bzw. die Diskriminierung von Anbietern. Demnach erweist sich die Beschwerde auch insoweit als offensichtlich unbegründet. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass mehrere Anbieter von Polyethylen-Rohren trotz seitens der

Beschwerdeführerin behaupteten preislichen Nachteile gemeinsam auch bei grossen Durchmessern einen geschätzten Marktanteil von ca. 20 Prozent erreichen (vgl. Dokument "FRIALEN-Sicherheitsfittings, Verbindungselemente für PE-Rohre in der Gas- und Wasserversorgung: Rohre aus PE-HD, Tabelle "Water Pressure Pipes Europe, Market Share Evolution by Material"; Beilage 4 in fine; vgl. zur Grösse des aufgrund der technischen Spezifikationen verbleibenden Marktes als Indiz für eine Diskriminierung etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 5.2). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der geschätzte Marktanteil der duktilen Gussrohre in Europa bei grossen Durchmessern im Unterschied zu kleinen grösser geschätzt wird als derjenige der Polyethylen-Rohre. Soweit die Vergabestelle indessen darzulegen sucht, Anbieter von duktilen Gussrohren gehörten nicht derselben Branche an wie die Anbieter von Polyethylen-Rohren (Eingabe vom 5. März 2010, S. 7), ist sie nicht zu hören.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die vorliegende Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Demnach ist der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Eine Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen erübrigt sich (vgl. E. 2.2 hiervor). Damit fällt die am 26. Februar 2010 getroffene Anordnung dahin. Entsprechend braucht nicht geprüft zu werden, ob der blosser Hinweis auf das gedrängte Beschaffungsprogramm und den Umstand, dass die Kredite für den Bau der Leitung für das laufende Jahr gesprochen worden sind und die entsprechenden Gelder nicht erst im nächsten Jahr ausgegeben werden können (Eingabe der Vergabestelle vom 26. Februar 2010, S. 9), genügt, um ein überwiegendes öffentliches Interesse am Entzug der aufschiebenden Wirkung zu begründen.

7.

Der Beschwerdeführerin ist mit Verfügung vom 1. März 2010 vollumfänglich Einsicht in die Akten der Vergabestelle gewährt worden, nachdem diese keinerlei Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht hatte.

8.

Über die Festsetzung und Verlegung der Kosten der vorliegenden Zwischenverfügung ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wird abgewiesen.

2.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

3.

Diese Zwischenverfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Einschreiben; vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Rechtsvertreter; Ref-Nr. 432723; Einschreiben; vorab per Fax)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Miriam Sahlfeld

Rechtsmittelbelehrung:

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand: 10. März 2010