

2017 IV/3

Auszug aus dem Zwischenentscheid der Abteilung II
i. S. X. gegen Schweizerische Bundesbahnen
B-7753/2016 vom 1. Februar 2017

Prüfprogramm im Rahmen der Beurteilung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung im öffentlichen Beschaffungswesen. Berücksichtigung des relevanten Marktes bei der Interpretation von Anforderungen an das Produkt.

Art. 1 Abs. 1 Bst. b, Art. 9 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 28 Abs. 2 und Art. 31 BöB. Art. 16a VöB.

- 1. Erscheint eine Beschwerde prima facie nicht offensichtlich unbegründet und fehlt es nicht aller Voraussicht nach an den Eintretensvoraussetzungen, so hat eine Beurteilung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung mittels Interessenabwägung zu erfolgen (E. 3.3).**
- 2. Es ist zu unterscheiden zwischen anbieterbezogenen Eignungskriterien und produktbezogenen technischen Spezifikationen, im vorliegenden Falle betreffend ein akustisches Warnsignal (E. 4.3.1).**
- 3. Bei der Festlegung der technischen Spezifikationen verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, wobei jene im Regelfall nicht derart eng umschrieben werden dürfen, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt beziehungsweise nur wenige Anbieter in Frage kommen (E. 4.3.3 f.).**
- 4. Besteht aufgrund der Ausschreibungsunterlagen keine vollständige Klarheit in Bezug auf die Frage, ob ein Warnton von zwei Sekunden zwingend vorgegeben war, kann der Vergabestelle kein Vorwurf gemacht werden, dass sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert hat, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird (E. 4.7.3).**

Schéma d'examen dans le cadre de l'appréciation d'une demande d'octroi de l'effet suspensif dans le domaine des marchés publics. Prise

en considération du marché déterminant pour l'interprétation des exigences imposées au produit.

Art. 1 al. 1 let. b, art. 9 al. 1, art. 12 al. 1, art. 28 al. 2 et art. 31 LMP.
Art. 16a OMP.

1. Si un recours n'apparaît *prima facie* ni manifestement infondé ni selon toute vraisemblance irrecevable, il y a lieu de procéder à une pondération des intérêts en présence pour juger de la demande d'octroi de l'effet suspensif (consid. 3.3).
2. Il convient de distinguer les critères de qualification liés aux soumissionnaires et les spécifications techniques liées au produit, en l'occurrence un signal d'alarme acoustique (consid. 4.3.1).
3. Quand bien même le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la définition des spécifications techniques, celles-ci ne sauraient en règle générale être décrites de manière si précise que seul un produit bien déterminé ou seul un cercle restreint de soumissionnaires entrent en considération (consid. 4.3.3 s.).
4. Lorsque les documents d'appel d'offres ne permettent pas de déterminer clairement en quoi un signal d'avertissement de deux secondes était une condition impérative, il ne saurait être reproché à l'adjudicateur d'avoir, eu égard à l'objectif du renforcement de la concurrence, interprété la prescription de façon à ne pas restreindre encore davantage un marché en soi déjà limité (consid. 4.7.3).

Programma d'esame nell'ambito della valutazione di una domanda di conferimento dell'effetto sospensivo in materia di acquisti pubblici. Presa in considerazione del mercato rilevante nell'ambito dell'interpretazione dei requisiti posti al prodotto.

Art. 1 cpv. 1 lett. b, art. 9 cpv. 1, art. 12 cpv. 1, art. 28 cpv. 2 e art. 31 LAPub. Art. 16a OAPub.

1. Qualora un ricorso non appaia *prima facie* manifestamente infondato né con ogni verosimiglianza inammissibile, occorre procedere ad una ponderazione degli interessi per statuire sulla domanda di conferimento dell'effetto sospensivo (consid. 3.3).

2. **I criteri d'idoneità riguardanti l'offerente vanno distinti dalle specifiche tecniche riguardanti il prodotto, nella fattispecie un segnale acustico d'allarme (consid. 4.3.1).**
3. **L'autorità aggiudicatrice dispone di un ampio margine discrezionale nel definire le specifiche tecniche, ma di norma queste non devono essere formulate in maniera restrittiva al punto da consentire di prendere in considerazione solo un prodotto ben preciso o soltanto pochi offerenti (consid. 4.3.3 seg.).**
4. **Qualora dalla documentazione del bando di concorso non risulti chiaramente se un segnale d'allarme di due secondi costituisca una condizione imperativa, non si può rimproverare all'autorità aggiudicatrice, nell'ottica dell'obiettivo di rafforzare la concorrenza in materia di acquisti pubblici, di avere interpretato tale esigenza nel senso di non restringere ulteriormente un mercato già di per sé limitato (consid. 4.7.3).**

Die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) schrieben am 17. Juni 2016 auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel « 16–431 Miete mobile Warnanlagen » einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus. Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst die Vergabe die Projektierung, Lieferung, Montage, Miete und Störungsbehebung von mobilen Warnanlagen bei Bauarbeiten im Gleisbereich.

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der X. und der Z.

In der Zuschlagsverfügung vom 16. November 2016 wurde die Z. (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) als berücksichtigte Anbieterin mit der Bemerkung « Rang 1 in sämtlichen Losen » und die X. als berücksichtigte Anbieterin mit der Bemerkung « Rang 2 in sämtlichen Losen » aufgeführt.

Gegen die Zuschlagsverfügung erhob die X. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, es sei der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben und « der Zuschlag für Rang 1 » in sämtlichen Losen der Beschwerdeführerin zu erteilen; eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Ausschreibung zu wiederholen. In prozessualer Hinsicht

sei der Beschwerde, vorab superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Als Begründung führt die Beschwerdeführerin namentlich an, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht eingehalten habe. Die Zuschlagsempfängerin biete mobile Warnanlagen an, welche von der Beschwerdeführerin entwickelt und hergestellt würden. Das bis anhin produzierte automatische Warnsystem verfüge über ein akustisches Signal von drei Sekunden, welche jedoch für die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen der vorliegenden Ausschreibung nicht geeignet seien. Weiter habe die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. In Bezug auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei wegen der geltenden Vertragssituation aus der früheren Submission der bevorzugte Vertragspartner und habe ein erhebliches Interesse daran, dass der bestehende Zustand aufrechterhalten bleibe.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Dezember 2016 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

Mit Vernehmlassung vom 28. Dezember 2016 beantragt die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde sowie die Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung mit Blick auf die offensichtlich unbegründete Beschwerde, aber auch wegen der Dringlichkeit der Beschaffung zu entziehen. Zur Rüge der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Anforderung an die Länge des Warntons nicht und hätte deshalb keinen Zuschlag erhalten dürfen, führt die Vergabestelle aus, dass die Länge des Warntons nicht als Eignungskriterium bestimmt worden sei. Nicht zutreffend sei weiter, dass die Vergabestelle die Anforderung betreffend Länge des Warntons im Vergleich zur früheren Ausschreibung geändert habe. Bei den angegebenen zwei Sekunden handle es sich um einen Richtwert im Sinne einer Mindestanforderung.

Mit Verfügung vom 29. Dezember 2016 wurde der Vergabestelle vorbehältlich anders lautender Anträge der Beschwerdeführerin gestattet, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung die in Frage stehenden Leistungen von der bisherigen Leistungserbringerin weiter zu beziehen.

Mit Eingabe vom 5. Januar 2017 modifiziert die Beschwerdeführerin den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahingehend, dass es der Vergabestelle zu gestatten sei, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Beschwerde die in Frage stehenden Leistungen von der bisherigen Leistungserbringerin weiter zu beziehen.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2017 wurde festgehalten, dass die Vergabestelle ausdrücklich auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.

Am 10. Januar 2017 reichte die Vergabestelle sämtliche Akten des vorliegenden Vergabeverfahrens ein.

Mit Zwischenentscheid vom 1. Februar 2017 weist das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 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 (SR 172.056.1) 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.

3.2 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 m.H. « 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 E. 2.1 – m.H. « Microsoft », nicht publ. in: BVGE 2009/19).

3.3 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, 1197, 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009 E. 2.1 « Microsoft », nicht publ. in: BVGE 2009/19). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, AS 2003 196) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheids 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 Ziffer 2 und 7 Bst. a des Übereinkommens vom 15. April 1994

über das öffentliche Beschaffungswesen (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 m.H. « Vermessung Durchmesserlinie »).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Gemäss Pflichtenheft habe die Vergabestelle ein akustisches Warnsignal von zwei Sekunden verlangt. Die Zuschlagsempfängerin setze mobile Warnanlagen ein, welche von der Beschwerdeführerin entwickelt und hergestellt würden. Dieses bis anhin produzierte automatische Warnsystem verfüge über ein akustisches Signal von drei Sekunden, welches jedoch für die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen der vorliegenden Ausschreibung nicht geeignet sei. Sie, die Beschwerdeführerin, sei sich der verlangten sicherheitsrelevanten Anpassung bewusst gewesen und habe deshalb die Kosten für die erforderlichen Softwareanpassungen und Entwicklungstätigkeiten bestimmt und in die Berechnung des Angebots miteinbezogen. Da Anpassungen an der Software ausschliesslich von der Beschwerdeführerin vorgenommen werden dürfen und die Zuschlagsempfängerin keine entsprechende Anfrage gestellt habe, sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin diese Kosten wohl nicht einberechnet habe. Die von ihr eingereichten Preise seien nicht gemäss Ausschreibungsbedingungen ermittelt worden ([...]).

4.2 Dagegen führt die Vergabestelle aus, dass die Länge des Warntons nicht als Eignungskriterium bestimmt worden sei und als solches auch nicht zulässig wäre, weil es sich nicht auf die Anbieter beziehe. Nicht zutreffend sei weiter, dass die Vergabestelle die Anforderung betreffend Länge des Warntons im Vergleich zur früheren Ausschreibung geändert habe. Bereits im Pflichtenheft aus dem Jahr 2011 sei die Länge des Warntons mit zwei Sekunden abgegeben worden. Bei den angegebenen zwei Sekunden handle es sich um einen Richtwert im Sinne einer Mindestanforderung. Eine längere Dauer sei zulässig, da sie der Sicherheit diene ([...]). Die Beschwerdeführerin habe ausserdem von der Fragemöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Es sei treuwidrig, mit Beschwerde zu rügen, was bisher von allen Partnern als gängige Praxis und damit als Mindestanforderung akzeptiert worden sei. Dabei sei zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin für die Entwicklung und Herstellung der mobilen Warnanlagen faktisch eine Monopolstellung inne habe; weltweit gebe es

nur zwei weitere Entwickler, von welchen nur einer erst seit kurzem über die notwendige Zulassung verfüge ([...]).

4.3

4.3.1 Mittels Eignungskriterien wird ein Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter erbracht (Art. 9 Abs. 1 BöB). Die Eignungskriterien beziehen sich somit auf die Anbieterin. Die technischen Spezifikationen beziehen sich dagegen auf die nachgefragte Leistung (vgl. Art. 12 BöB und Art. 16a Abs. 1 VöB [SR 172.056.11]). Die Beschwerdeführerin geht also fehl in der Annahme, dass die Vorgaben in Bezug auf ein akustisches Signal als Eignungskriterium zu qualifizieren sind.

4.3.2 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produkthanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 m.H. « HP-Monitore »; HANS RUDOLF TRÜEB, in: BöB-Kommentar, Wettbewerbsrecht II, 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insb. deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

4.3.3 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. m.H. « Rohre für Kühlwasser ») und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht « gesicherten Handlungsspielräumen » (Urteil des BVGer B-3526/2013 E. 6.3 « HP-Monitore » m.H. auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.282/1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

4.3.4 Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter beziehungsweise nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B–4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 m.H. « Projektcontrollingsystem Alp-Transit »; GALLI et al., 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 Ziffer 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 m.H.).

4.3.5 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Urteil des BVGer B–4958/2013 E. 2.5.2 m.H. « Projektcontrollingsystem AlpTransit »). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteil des BVGer B–6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 m.w.H. « Lüftung Belchentunnel »).

4.4 Nachfolgend ist zu prüfen, wie die seitens der Vergabestelle formulierte Anforderung an die Länge des Warntons zu verstehen war, insbesondere ob es sich dabei um eine präzise einzuhaltende Vorgabe handelt, deren Nichteinhaltung dazu führt, dass das in Frage stehende Angebot nicht in die Bewertung einbezogen wird.

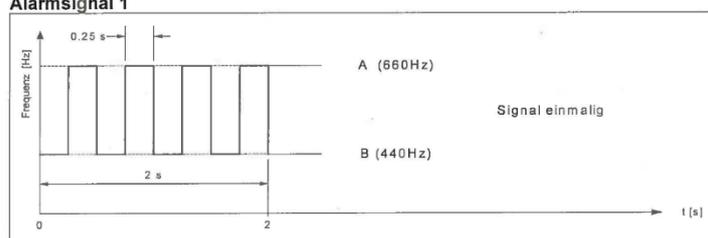
4.5 Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 m.H.). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie beziehungsweise ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B–4958/2013 E. 2.6.1 m.H. « Projektcontrollingsystem AlpTransit »).

4.6 Gemäss Ziffer 2.2.8 « Akustische Alarmmittel » des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 gibt die Vergabestelle Folgendes an:

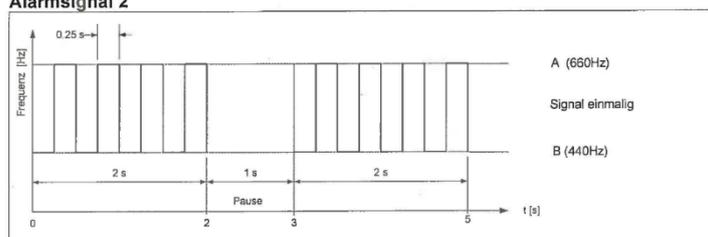
« Akustische Alarmmittel sollen eine Alarmausgabe gemäss der heute bei den SBB gebräuchlichen akustischen Alarmmitteln erlauben, welche den Empfehlungen ORE A124 entsprechen.

Die akustischen Alarmsignale sind von den SBB wie folgt definiert:

Alarmsignal 1



Alarmsignal 2



»

4.7

4.7.1 Die Vergabestelle formuliert die Anforderung gemäss Ziffer 2.2.8 des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 dahingehend, dass die akustischen Alarmmittel eine Alarmausgabe gemäss den heute bei den SBB gebräuchlichen akustischen Alarmmitteln « erlauben sollen ». Die Länge der akustischen Warnsignale « definiert » sie mittels einer Darstellung mit zwei Sekunden. Auch wenn die Vergabestelle die akustischen Alarmsignale « definiert », verlangt sie gemäss Wortlaut des Pflichtenhefts nicht ausdrücklich, dass die Anforderungen an die Länge des Warntons zwingend einzuhalten sind. Sie kündigt sodann auch nicht an, dass das Nichteinhalten dieser Angabe einen Ausschluss des Angebots aus dem Vergabeverfahren zur Folge hat. Ausserdem entspricht die Vorgabe gemäss Ziffer 2.2.8 des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 im Wesentlichen der

Vorgabe gemäss Ziffer 2.2.7 des Pflichtenhefts vom 21. April 2011 zum Projekt «Miete Mobile Warnanlagen» ([...]). Das spricht eher dagegen, dass neu eine andere Vorgabe in Bezug auf die Länge des Warntons im Vergleich zur letzten Ausschreibung im Sinne einer Verschärfung der technischen Spezifikationen gemacht werden sollte. Hinzu kommt, dass auf die gebräuchlichen akustischen Alarmmittel verwiesen wird, was eher gegen neue strengere technische Spezifikationen spricht.

4.7.2 Weiter ist der Sicherheitsaspekt für die Vergabestelle ein wesentliches Ziel. So hält sie im Pflichtenheft fest, dass auf einer Arbeitsstelle die erforderlichen Sicherheitsvorschriften einzuhalten seien; bei Arbeiten im Gleisbereich und bei elektrischen Anlagen befolge die Firma strikt alle sie betreffenden Sicherheitsbestimmungen sowie Weisungen der Fachdienste, die von der Sicherheitsleitung bestimmt werden (vgl. Pflichtenheft vom 15. Juni 2016, Ziff. 2.2.1 «Sicherheit»). Der Warnton soll Personen auf der Baustelle auf einen sich nahenden Zug aufmerksam machen. Ein längerer Warnton als von der Vergabestelle vorgeschrieben dient – worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist ([...]) – demnach grundsätzlich der Sicherheit der Bauarbeiter und anderer beteiligter Personen auf der Baustelle und damit dem klaren Ziel der Vergabestelle. Vor diesem Hintergrund ist folglich davon auszugehen, dass die Vergabestelle mit ihrem Verständnis, bei der Länge des Warntons von zwei Sekunden handle es sich um eine Mindestlänge und nicht um eine präzise Vorgabe, jedenfalls eine mögliche Auslegung vornimmt. Entscheidend ist aber in diesem Zusammenhang die systematische Auslegung des Pflichtenhefts mit Blick auf die Ausschreibungsbedingungen. Vorliegend wird gemäss den Ausschreibungsbedingungen zwischen Eignungskriterien einerseits (von Sicherheitsleitbild bis zu Auditprozess, Qualitätsmanagementsystem und Selbstdeklaration Arbeitsschutz) und «Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung» andererseits unterschieden. Zu diesen «Mindestanforderungen» wird ausdrücklich festgehalten, dass das Angebot diese zwingend erfüllen muss, ansonsten dieses «nicht in die Bewertung einbezogen» werde (Ausschreibungsbedingungen Version Nr. 1.0 vom 25. Mai 2016, Ziff. 2.6.3, Vergabeakten Nr. 1). Die entsprechende Vorgabe betrifft die maximale Interventionszeit bei Störungen der Anlagen. Wer schneller intervenieren kann, wird dafür im Rahmen des Zuschlagskriteriums 2 «Interventionszeit» belohnt. Im Gegensatz dazu wird im Pflichtenheft nicht darauf hingewiesen, dass die Vorgabe betreffend Länge des Warntons zwingend einzuhalten ist beziehungsweise das Angebot im Fall der Nichteinhaltung nicht in die Bewertung einbezogen wird. Das

spricht dafür, dass auch der auszulegende Abschnitt im Pflichtenheft nicht im Sinne einer präzisen Vorgabe des Warntons zu interpretieren ist. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass ein Warnton von einer Sekunde als ungenügend anzusehen wäre. Aufgrund der fehlenden Angabe der Vergabestelle, dass es sich um eine präzise einzuhaltende Vorgabe handelt, liegt jedoch mit Blick auf die systematische Auslegung des Pflichtenhefts nahe, dass ein Warnton von drei Sekunden nicht zum Ausschluss des Angebots führt.

4.7.3 Die Beschwerdeführerin hat gemäss Ausführung der Vergabestelle für die Entwicklung und Herstellung der mobilen Warnanlagen faktisch eine Monopolstellung inne. Weltweit gebe es nur zwei weitere Entwickler, von welchen nur einer erst seit kurzem über die notwendige Zulassung des Bundesamts für Verkehr verfüge ([...]). Die Beschwerdeführerin führt im Ergebnis damit übereinstimmend aus, dass die Zuschlagsempfängerin die von ihr entwickelten und hergestellten Systeme verwende und für die Softwareanpassungen nicht berechtigt sei. Nur sie könne demnach den Alarmton so anpassen, dass dessen Länge zwei statt wie bisher drei Sekunden betrage ([...]).

Das Vergaberecht soll unter anderem den Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB). Wie erwähnt sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen, sodass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. E. 4.3.4; vgl. dazu auch BVGE 2010/58 E. 6.1 « Privatisierung Alcosuisse » in Bezug auf Eignungskriterien und in Bezug auf technische Spezifikationen die Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 E. 5.1 f. « Rohre für Kühlwasser » und das Urteil B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1 « Signalisation » beziehungsweise in Bezug auf Zuschlagskriterien das Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.6 und 4.8 « Strombeschaffung für die Post »). Die Auslegung der Anforderung an die Länge des Warntons ist auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Es ist unbestritten, dass für den in Frage stehenden Markt nur wenige Hersteller in Frage kommen und die Beschwerdeführerin das von der Zuschlagsempfängerin verwendete Produkt der Warnanlage an mögliche Anbieter liefert. Dementsprechend führt sie in der Beschwerde aus, sie sei sich der verlangten sicherheitsrelevanten Anpassung des Warnsystems bewusst gewesen ([...]). Es sei während des Ausschreibungsverfahrens aber keine Anfrage der

Verfahrensbeteiligten darüber eingegangen, zu welchen Konditionen die Anpassungen an den Warngeräten ausgeführt werden können ([...]). Indem die Vergabestelle davon ausgeht, dass es sich bei der Länge des Warntons um eine Mindestangabe handelt, womit auch ein Warnton von drei Sekunden dem Pflichtenheft entspricht, war im vorliegenden Fall namentlich die Zuschlagsempfängerin in der Lage, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Besteht – wie festgestellt (E. 4.7.1 f.) – aufgrund des Pflichtenhefts allein keine vollständige Klarheit in Bezug auf die Frage, ob ein Warnton von zwei Sekunden zwingend vorgegeben war, kann der Vergabestelle kein Vorwurf gemacht werden, dass sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert hat, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird (vgl. E. 4.3.3). Daraus ergibt sich prima facie, dass die Vergabestelle, indem sie das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, in Einklang mit grundlegenden Zwecken des Vergaberechts – die Stärkung des Wettbewerbs sowie die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel – gehandelt hat.

4.7.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle, indem sie die Anforderung an die Länge des Warntons von zwei Sekunden als Mindestanforderung, welcher ein solcher von drei Sekunden auch genügt, nicht aber als präzise Vorgabe unter Ausschlussfolge bei Nichterfüllung angesehen hat, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin prima facie nicht vergaberechtswidrig gehandelt hat. Während in einem Anbietermarkt mit vielen Anbietern die Frage nach der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen und Pflichtenheft aufgrund der Akten mit Blick auf die Prozessprognose möglicherweise als relativ offen hätte beschrieben werden müssen, erweist sich die vorliegende Beschwerde vor dem Hintergrund des hier zu beurteilenden Anbietermarkts als offensichtlich unbegründet. Die Vergabestelle hat vielmehr in Übereinstimmung mit Zielen des anzuwendenden Gesetzes gehandelt. Sie war jedenfalls entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin befugt, auf den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin zu verzichten.

4.7.5 (...) Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demnach in Bezug auf die technische Spezifikation beziehungsweise das in diesem Zusammenhang zu beurteilende Vorgehen der Vergabestelle als offensichtlich unbegründet.