



Abteilung II
B-4564/2022

Urteil vom 5. Dezember 2022

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Marc Steiner,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

X. _____ GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Flughafen Zürich AG,
Postfach, 8058 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Anfechtung einer Ausschreibung,
Projekt "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen",
SIMAP-Projekt-ID 244994,
SIMAP-Meldungsnummer 1288931.

Sachverhalt:**A.**

Am 28. September 2022 veröffentlichte die Flughafen Zürich AG (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP eine Ausschreibung im offenen Verfahren mit dem Projekttitel "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" (Meldungsnummer 1288931; Projekt-ID 244994). Die Vergabestelle umschreibt den Bauauftrag wie folgt: "Fernwärme-Einspeisung und Verteilung 50°C zu Foodhall-Konvektoren, best. Anlagen, Support der Alternativheizung (Neubau und BWW-Bereitung). Abwärmenutzung (Gew. Kälte) 35/25°C ab Energiespeicher mit druckloser Verteilung zu Lüftung, TABS, Deckensegel, Torlüfter und als Wärmequelle für zwei Hochtemp.-Wärmepumpen. Fernkälte-Einspeisung und -Verteilung zu Lüftung, Deckensegel, TABS und Notfall-Rückkühlung Gew. Kälte." (Ausschreibung, Ziff. 1.7, 1.8, 2.2, 2.6). Ort der Ausführung ist der Flughafen Zürich. Der Auftrag sollte am 6. März 2023 beginnen und am 31. Januar 2027 enden. Die Angebote waren bis zum 8. November 2022 einzureichen; gleichentags sollten auch die Offerten geöffnet werden (Ausschreibung, Ziff. 1.4, 1.5, 2.7, 2.8). Weiter legte die Vergabestelle fest, dass am 14. Oktober 2022 eine obligatorische Objektorientierung/Begehung vor Ort stattfinde (vgl. Ausschreibung, Ziff. 4.3).

B.

Gegen diese Ausschreibung erhebt die X. _____ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 10. Oktober 2022 "Einsprache" (recte: Beschwerde) beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Ausschreibung sei in der vorliegenden Form zurückzuweisen und zur Neugestaltung und Neuausschreibung anzumelden. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei superprovisorisch ein Verfahrensstopp zu verfügen.

Zur Begründung führt sie aus, die angefochtene Ausschreibung widerspreche Art. 2 Bst. a-d BöB sowie § 16 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich. Die kantonale Submissionsverordnung schreibe vor, wie die technischen Spezifikationen für öffentliche Ausschreibungen zu gestalten seien. Apparate und Armaturen seien mit einfachen technischen Beschreibungen zu spezifizieren. In der vorliegenden Ausschreibung würden aber im Leistungsverzeichnis und in den fachbezogenen Ausführungsbestimmungen Fabrikate und Lieferanten genannt, beispielsweise in Ziffer 5 der "Ausführungsrichtlinien HLKKS" oder im Leistungsverzeichnis Wärme. In beiden Dokumenten werde auf Handelsnamen, Patente, Muster und Typen

und zugleich auf Ursprung und Produzenten als Nutzen und Leistung verwiesen. Zugleich seien die Kriterien für eine Eignung und den Zweck nur unzureichend genannt. Dies mache es praktisch unmöglich, ein Produkt zu beschaffen, das die techno-ökonomischen Anforderungen erfülle. Weil die Ausschreibung § 16 der Submissionsverordnung ignoriere, sei sie ungültig. Als mögliche Lieferantin für Armaturen, Instrumente und Apparate werde die Beschwerdeführerin diskriminiert. Sie sei daher zur Beschwerde legitimiert.

C.

Mit Verfügung vom 12. Oktober 2022 untersagte die Instruktionsrichterin der Vergabestelle einstweilen, die Offerten zu öffnen. Soweit weitergehend, wies sie den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung einstweilen ab. Die Instruktionsrichterin lud die Vergabestelle ein, zur Frage, ob sie Auftraggeberqualität im Anwendungsbereich des BöB aufweise, Stellung zu nehmen und forderte die Beschwerdeführerin auf, die Begründung ihrer Beschwerde zu verbessern.

D.

Mit Beschwerdeergänzung (Posteingang: 18. Oktober 2022) beanstandet die Beschwerdeführerin erneut, die angefochtene Ausschreibung verletze Art. 2 BöB, insbesondere Art. 2 Bst. c und d BöB, sowie § 16 der kantonalen Submissionsverordnung. Die Ausschreibung nenne in den Ausführungsbestimmungen Fabrikate und Lieferanten, in den Leistungsverzeichnissen Fabrikate, Typen und Lieferanten, Hersteller und sogar Angebotsnummern. Bei vielen Produkten fehle der Beschrieb des Nutzens und der Funktion. Eine Auswahl für das einzusetzende Produkt sei damit nicht möglich. Die Beschwerdeführerin werde als mögliche Lieferantin für solche Produkte diskriminiert.

E.

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 teilte die Vergabestelle mit, sie sei eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und verfüge über eine Betriebskonzession des Bundes gemäss Art. 36a ff. des Luftfahrtgesetzes bis zum 31. Mai 2051. Gemäss Art. 5 Abs. 3 BöB bestehe für öffentliche und private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen worden seien, ein Wahlrecht, ob sie die Beschaffungen dem Recht an ihrem Sitz oder dem Bundesrecht unterstellten. Die Vergabestelle habe sich entschieden, ihre Beschaffungen ab dem 1. Juli 2021 dem Bundesrecht zu unterstellen und nicht mehr nach kantonalem Recht auszuschreiben.

F.

Mit weiterer Stellungnahme vom 20. Oktober 2022 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rügen fest und beanstandet zusätzlich eine Verletzung von Art 30 Abs. 2 und 3 BöB (technische Spezifikationen). Weil alle Produkte, Lieferanten und Typen vorgegeben seien, werde kein fairer Wettbewerb mehr stattfinden können, und die Beschwerdeführerin als mögliche Lieferantin für solche Produkte sei diskriminiert. Zugleich könnten die von der Vergabestelle genannten Lieferanten den Anbietern verschiedene Angebote mit unterschiedlichen Preisen liefern, was den Wettbewerb unter den Anbietern verfälsche.

G.

Mit Beschwerdeantwort vom 31. Oktober 2022 beantragt die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. In prozessualer Hinsicht verlangt die Vergabestelle, die aufschiebende Wirkung sei definitiv nicht zu erteilen und die verfügte Untersagung der Öffnung der Offerterten sei aufzuheben.

Zur Begründung führt die Vergabestelle aus, sie plane am Flughafen Zürich die Erweiterung der landseitigen Passagierflächen ("ELP"). Hauptelemente seien die geplanten Retail- und Gastronomieflächen mit der neuen Bogenverbindung zum Check-in 1/Ankunft 1 und die unterirdische Verbindung zum Circle. Die mit der Ausschreibung des Projekts "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" zu beschaffenden Leistungen seien Teil dieses Grossprojekts und umfassten im Wesentlichen die Perimeterfreiräumung, Umlagerungen bestehender Anlagen, die Erstellung von Provisorien sowie anschliessend der Neubau eines Kälte- und Heizsystems mit Anbindung an die bestehende Infrastruktur. Im Angebot zu berücksichtigen seien die entsprechende Planung, die zu liefernden Materialien sowie die Montage und Inbetriebnahme (Dokument "ELP Teil-B Informationen und Bestimmungen BKP 243").

In den Leistungsverzeichnissen betreffend Heizung und Kälte (Leistungsverzeichnis Heizung; Leistungsverzeichnis Kälte) werde beschrieben, was die einzelnen Komponenten des Beschaffungsgegenstandes technisch aufzuweisen hätten, so zum Beispiel im Leistungsverzeichnis Heizung hinsichtlich der technischen Spezifikationen für "Rohrbefestigung an Decke" (Pos. 15 und 16), "Rückschlagventil Speicher" (Pos. 22) sowie "Kugelhähnen" (Pos. 24-26). Zwar seien zusätzlich jeweils auch je ein Fabrikat und ein Typ angegeben, da eine hinreichend genaue und verständliche Art der

Umschreibung der einzelnen Komponenten nur unter Bezug von internationalen oder nationalen Normen kaum möglich sei. Es werde indessen stets darauf hingewiesen, dass die genannten Fabrikate lediglich als Beispiel zu verstehen seien und gleichwertiges Material zugelassen sei.

Die Beschwerdeführerin begründe ihre Legitimation ausschliesslich damit, ein möglicher Lieferant für Armaturen, Instrumente und Apparate zu sein. Sie beabsichtige aber offenkundig nicht, ein Angebot abzugeben. Sie habe auch nicht an der für Anbieter obligatorischen Projektorientierung/Bauplatzbesichtigung vom 14. Oktober 2022 teilgenommen. Auch wäre sie selbst nicht in der Lage, ein vollständiges Angebot abzugeben. Die Beschwerdeführerin könnte zwar mit einem anderen Unternehmen eine ARGE bilden, um ein vollständiges Angebot abzugeben, doch sei ein an einer ARGE beteiligtes Unternehmen nicht selbständig zur Anfechtung berechtigt, weshalb es der Beschwerdeführerin auch diesbezüglich an der erforderlichen Beschwerdelegitimation fehle. Es sei auch anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin die Eignung betreffend Erfahrung und Fachkompetenz nicht erfüllen würde (Teil-A Ausschreibungsverfahren offen BKP 243, A2 Verfahrensinformationen und Bestimmungen, Ziff. 3.3 Eignungsprüfung), weshalb ein schutzwürdiges Interesse auch unter diesem Gesichtspunkt zu verneinen sei. Auf die Beschwerde könne daher nicht eingetreten werde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition.

1.1 Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994, Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012 (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) 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. Vorliegend leitete die

Vergabestelle das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 28. September 2022 ein, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Ausschreibung des Auftrags, sofern die betreffende Vergabe in den Anwendungsbereich des BöB fällt und die für den Rechtsschutz einschlägigen Schwellenwerte erreicht (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. a BöB).

Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung.

Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs und derjenige, der ab den Rechtsschutzschwellenwerten gemäss Art. 52 Abs. 1 BöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs gilt, unterschieden.

Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

1.3 Eine öffentliche Beschaffung fällt in den Staatsvertragsbereich, wenn die Beschaffung von einer subjektiv unterstellten Vergabestelle getätigt wird und das betreffende Geschäft objektiv unterstellt ist.

1.3.1 In den Annexen 1-3 zu ihrem jeweiligen Appendix I bezeichnen die Vertragsparteien diejenigen Stellen, deren Beschaffungen unter das GPA fallen sollen. Annex 3 enthält eine beispielhafte Aufzählung der vom Geltungsbereich des GPA erfassten Behörden beziehungsweise öffentlichen Unternehmen. Im Vordergrund stehen hier insbesondere privatrechtliche Verwaltungsträger, gemischtwirtschaftliche Unternehmen (z.B. die Flughafen Zürich AG) sowie öffentlich-rechtliche Anstalten von Bund und Kantonen (FLORIAN C. ROTH, in: Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 3 Rz. 21, 24).

Die Vergabestelle ist in diesem Annex aufgeführt (Ziffer 4) und untersteht daher subjektiv dem GPA (vgl. DANIEL ZIMMERLI, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 4 Rz. 50).

1.3.2 Nicht nur aus dem GPA, sondern auch aus dem bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BilatAbk, SR 0.172.052.68) ergibt sich eine Unterstellung unter den Staatsvertragsbereich. Unabhängig von der Unterstellung unter das GPA betrifft dies Betreiber von Flughäfen, welche der Versorgung von Beförderungsunternehmen im Luftverkehr dienen und die dafür vom Staat mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten ausgestattet wurden (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. f/iii BilatAbk). Diese Bestimmung erfasst staatliche Behörden, öffentliche Unternehmen sowie private Unternehmen mit Ausschliesslichkeitsrechten, welche diese Einrichtungen aufgrund von rechtlichen Exklusivitätspositionen (d.h. luftfahrtrechtlichen Konzessionen) betreiben. Es handelt sich um Terminals, welche Schnittstellen am Ende von Verkehrsverbindungen bilden (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [im Folgenden: Botschaft BöB], BBl 2017 1851, 1889; ZIMMERLI, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 4 Rz. 50; DANIEL ZIMMERLI, Die Unterstellung von Sektorenauftraggeberinnen im revidierten Beschaffungsrecht – Überblick, Vergabe News Nr. 27 S. 4).

Die Vergabestelle betreibt einen derartigen Flughafen und hat hierzu gestützt auf Art. 36a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt [LFG, SR 748.0] vom UVEK eine Betriebskonzession für die Dauer vom 1. Juni 2001 bis 31. Mai 2051 erhalten (BBl 2001 2381; Urteil des BGer 1A.61/2003 vom 8. Juli 2003).

1.3.3 Gemäss ihren eigenen Ausführungen hat sich die Vergabestelle entschieden, ihre Beschaffungen ab dem 1. Juli 2021 dem BöB zu unterstellen und nicht mehr nach kantonalem Recht auszuschreiben. Dementsprechend hat auch die Rechtsmittelbelehrung der vorliegend angefochtenen Ausschreibung gelautet (vgl. Ausschreibung, Ziff. 4.8).

Gestützt auf das revidierte Vergaberecht können öffentliche oder private Unternehmen mit ausschliesslichen oder besonderen Rechten, die ihnen durch den Bund verliehen wurden, oder die Aufgaben im nationalen Interesse erbringen, wählen, ob sie ihre Beschaffungen dem Recht an ihrem

Sitz oder dem Bundesrecht unterstellen (vgl. Art. 5 Abs. 3 BöB). Die Vergabestelle ist als gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft konstituiert (vgl. Art. 1 der Statuten der Flughafen Zürich AG; § 2 Abs. 1 des Gesetzes über den Flughafen Zürich vom 12. Juli 1999 [Flughafengesetz, LS 748.1]). Sie betreibt einen Flugplatz, der dem öffentlichen Verkehr dient und hat hierzu eine vom UVEK erteilte Betriebskonzession erhalten (vgl. E. 1.3.2 hievor). Die Vergabestelle ist damit eine Unternehmung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 BöB und war befugt, ihre Beschaffung dem Bundesrecht zu unterstellen.

1.3.4 Als objektiv unterstellt respektive als vom GPA abgedeckte Beschaffungen gelten gemäss Art. II Ziff. 2 GPA staatliche Beschaffungen von Lieferungen, Dienstleistungen – wobei von diesem Begriff auch die Bauleistungen erfasst werden – und gemischte Aufträge, welche in den für die jeweilige Vertragspartei zum GPA geltenden Annexen aufgeführt sind und die in diesen Vertragspartei-spezifischen Annexen aufgeführten Schwellenwerte erreichen oder überschreiten. In Annex 6 bezeichnen die Vertragsparteien die vom GPA erfassten Baudienstleistungen. Die für die jeweiligen Beschaffungen relevanten Schwellenwerte sind geordnet nach den unterstellten Beschaffungsstellen in den Annexen 1-3 festgelegt (ROTH, in: Trüeb [Hrsg.], a.a.O., Art. 3 Rz. 17 ff.). Gemäss Anhang I Annex 3 zum GPA beträgt der Schwellenwert für Bauleistungen 5 Mio. DTS. Bei Beschaffungen, deren Wert unterhalb dieser Schwellenwerte liegt, bestimmen die nationalen Gesetzgebungen zum Beschaffungswesen über das anwendbare Rechtssystem (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Genehmigung des Protokolls zur Änderung des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen, BBl 2017 2053, 2068). Dies ist demnach im Rahmen der Frage der Anwendbarkeit des BöB zu prüfen (vgl. E. 1.3.6).

1.3.5 Auftraggeberinnen nach Art. 4 Abs. 2 BöB unterstehen dem BöB indessen nur bei Beschaffungen für den beschriebenen Tätigkeitsbereich, nicht aber für ihre übrigen Tätigkeiten (Art. 4 Abs. 3 BöB). Sie sind dem Beschaffungsrecht damit lediglich teilunterstellt. Nur Aufträge, die der Kerntätigkeit dienen, für die eine Sektorenauftraggeberin gesetzlich abschliessend dem Beschaffungsrecht unterstellt ist (Art. 4 Abs. 2 BöB), müssen öffentlich ausgeschrieben werden. Dies ist der Fall, wenn die konkrete Beschaffung der Kerntätigkeit funktional dient, das heisst, wenn sie zur rechtskonformen, fachgerechten und zeitgemässen Erledigung der Kerntätigkeit direkt und indirekt erforderlich ist. Dies erfasst die Beschaffung sämtlicher Betriebsmittel aus den beschaffungsrechtlichen Auftragskategorien inklusive Infrastrukturleistungen. Die konkrete Beschaffung muss nicht zwingend oder unmittelbar für die Kerntätigkeit notwendig sein, sie muss

jedoch dazu führen, dass sich diese effizienter erfüllen lässt (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1891; ZIMMERLI, in: Trüb [Hrsg.], a.a.O., Art. 4 Rz. 41; ZIMMERLI, a.a.O., S. 3). In Bezug auf den Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) beispielsweise wird der Standpunkt vertreten, dass die reine Bewirtschaftung von Immobilien ohne bahnbetriebliche Nutzung, unter anderem auch für diejenigen Teile von Bahnhöfen, die für den Schienenverkehr nicht notwendig seien (z.B. Ladengeschäfte, Supermärkte), nicht unmittelbar mit dem Bereich Verkehr zu tun hätten (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 159). Indessen sind an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen (Urteil des BVGer B-4858/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.4 "Finanzcontrolling Alptransit"). Bei Beschaffungen, die sowohl der Kerntätigkeit als auch einer "übrigen" Tätigkeit einer Sektorenauftraggeberin dienen ("Zweckvermischung"), ist nach der sogenannten Präponderanzmethode zu entscheiden, ob der gesamte Auftrag öffentlich auszuschreiben ist oder nicht. Dient das Hauptvolumen des Auftrags der Sektorentätigkeit, muss der gesamte Auftrag öffentlich ausgeschrieben werden, und umgekehrt (ZIMMERLI, a.a.O., S. 3).

Vorliegend steht die Beschaffung der Bauleistungen des Projekts "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" im Zusammenhang mit der Erweiterung der landseitigen Passagierflächen ("ELP") am Flughafen Zürich. Dieses Projekt umfasst die Neugestaltung der Passagierflächen auf den Ebenen G0 und G1 im nördlichen Teil des Airport Shopping. Hauptelemente sind die geplanten Retail- und Gastronomieflächen mit der neuen Bogenverbindung zum Check-in 1/Ankunft 1 und die unterirdische Verbindung zum Circle. Auf der Ebene G1 entsteht zwischen den Parkhäusern P1 und P2 eine neue Foodhall. Angesichts dieser Beschreibung ist davon auszugehen, dass die vorliegende Beschaffung zwar eine gewisse Zweckvermischung aufweist, aber dass doch ein hinreichender funktionaler Zusammenhang mit den Verkehrseinrichtungen des Flugverkehrs besteht.

1.3.6 Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wurde ein Bauauftrag ausgeschrieben. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. Der Schwellenwert für Bauleistungen (Gesamtwert) beträgt 8,7 Mio. Fr. (Ziff. 1.1 Anhang 4 zum BöB). Erreicht der Gesamtwert mehrerer Bauleistungen nach Anhang 1 Ziffer 1 für die Realisierung eines Bauwerks den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, so finden die Bestimmungen dieses Gesetzes für

Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung. Erreichen jedoch die Werte der einzelnen Leistungen nicht zwei Millionen Franken und überschreitet der Wert dieser Leistungen zusammengerechnet nicht 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks, so finden für diese Leistungen die Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Bagatellklausel) (Art. 16 Abs. 4 BÖB).

Gemäss der telefonischen Auskunft der Vergabestelle erreichen die geschätzten Kosten des Projekts "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" für sich allein den massgeblichen Schwellenwert zwar nicht. Da das Projekt jedoch Teil eines Grossprojekts bildet, ist davon auszugehen, dass der Gesamtwert aller Bauleistungen den Schwellenwert für Bauleistungen von 8,7 Mio. Fr. und damit den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs erreicht (Art. 8 Abs. 4 BÖB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BÖB). Davon geht offenbar auch die Vergabestelle aus.

1.4 Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BÖB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den sachlichen Anwendungsbereich des GPA und des BÖB.

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

2.

Die Vergabestelle macht geltend, die Beschwerdeführerin sei gar nicht zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerdeführerin wäre gar nicht in der Lage, ein vollständiges Angebot abzugeben. Der Beschaffungsgegenstand gehe wesentlich weiter als das, was die Beschwerdeführerin gemäss ihrer Homepage und ihrem Handelsregistereintrag als Unternehmensleistungen anbiete. Die Beschwerdeführerin mache denn auch gar nicht geltend, selbst ein Angebot einreichen zu wollen. Ihre Legitimation begründe sie ausschliesslich damit, eine mögliche Lieferantin für Armaturen, Instrumente und Apparate zu sein. Sie moniere, in der Ausschreibung würden alle Produkte, Lieferanten und Typen vorgegeben, womit kein Wettbewerb mehr für die Wahl der Produkte stattfinde und sie als mögliche Lieferantin für solche Produkte diskriminiert werde. Die Beschwerdeführerin denke offenbar an die Lieferanten der von der Vergabestelle angegebenen Produkte, welche den Anbietern verschiedene Produkte mit verschiedenen Preisen lieferten. Offenkundig sei damit, dass die Beschwerdeführerin nicht beabsichtige, selbst ein Angebot abzugeben. Sie habe denn auch nicht an der für Anbieter obligatorischen Projektorientierung/Bauplatzbesichtigung

vom 14. Oktober 2022 teilgenommen. Indem die Beschwerdeführerin bloss Lieferantin von möglichen Anbietern, aber nicht selber eine mögliche Anbieterin sei, habe sie kein schutzwürdiges Interesse und sei bloss mittelbar Betroffene. Selbst wenn die Beschwerdeführerin mit einem anderen Unternehmen eine ARGE bilden würde, um ein vollständiges Angebot abzugeben, fehle es ihr der erforderlichen Beschwerdelegitimation, weil ein an einer ARGE beteiligtes Unternehmen nicht selbständig zur Anfechtung berechtigt sei.

Die Beschwerdeführerin hat sich zu dieser Frage nicht geäußert, nachdem ihr die Beschwerdeantwort der Vergabestelle zugestellt wurde.

2.1 Die Beschwerdelegitimation ist nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

2.2 Das Erfordernis der formellen Beschwer spielt im Rahmen der Anfechtung einer Ausschreibung keine Rolle (BVGE 2009/17 E.2 m.H. "Hörgeräte"; Zwischenentscheid des BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 5.2 "Produkte zur Aussenreinigung III"), da die Ausschreibung das Beschaffungsverfahren erst initiiert.

2.3 Die materielle Beschwer setzt voraus, dass ein Beschwerdeführer durch die angefochtene Ausschreibung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Abänderung hat. Die Voraussetzungen nach Art. 48 Abs. 1 Bst. a bis c VwVG müssen dabei kumulativ erfüllt sein. Zur Anfechtung von Ausschreibungen sind daher grundsätzlich nur die potentiellen Erbringer der in Frage stehenden Leistung legitimiert, da nur sie ein hinreichend direktes und unmittelbares Interesse an einem allfälligen Zuschlag gestützt auf eine in ihrem Sinn abgeänderte Ausschreibung haben. Neben den durch die Ausschreibung angesprochenen (potentiellen) Anbieterinnen kommt die Beschwerdeberechtigung in der Regel nur jenen Marktteilnehmern zu, die geltend machen,

die Ausschreibung schliesse sie in unzulässiger Weise von der Beschaffung aus, etwa weil die Eignungskriterien diskriminierend festgesetzt seien (BGE 137 II 313 E 3.3 und 3.6.1 "Microsoft"; BVGE 2009/17 E. 3.2 "Hörgeräte"; Urteile des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert als BVGE 2010/58 E. 1.7.1 "Privatisierung Alcosuisse I", und B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, in BVGE 2018 IV/2 nicht publizierte E. 1.1 ff. "Produkte zur Innenreinigung I"; vgl. GALLI/ MOSER/ LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1312; MARCO FETZ/MARC STEINER, in: Allgemeines Ausseiwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, 3. Aufl. 2020, Rz. 192).

2.4 Es trifft zu, wie die Vergabestelle geltend macht, dass die Beschwerdeführerin gemäss ihrer eigenen Homepage lediglich Tanks, Wärmetauscher, Armaturen und Apparate für Dampfanlagen liefert und installiert sowie technische Hilfeleistung anbietet. Im Kontext des gesamten ausgeschriebenen Bauauftrags stellt die Lieferung derartiger Armaturen, Instrumente und Apparate nur einen Teil der in Frage stehenden Beschaffung dar. Die Behauptung der Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin selbst gar nicht in der Lage wäre, den gesamten Bauauftrag anzubieten, erscheint daher als plausibel. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass sie für einen Teil des Bauauftrags auf Subunternehmer zurückgreifen könnte.

2.5 Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin an der obligatorischen Projektorientierung / Bauplatzbesichtigung vom 14. Oktober 2022 nicht teilgenommen hat, impliziert zwar, dass sie nicht in Betracht zieht, sich mit einer Offerte an der Ausschreibung zu beteiligen. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle kann diesem Umstand aber kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden, da bei einer Gutheissung der Beschwerde und Rückweisung zur neuen Ausschreibung wohl ein neuer Besichtigungstermin angeboten werden müsste.

2.6 Entscheidend ist indessen, dass die Beschwerdeführerin selbst gar nicht ausdrücklich geltend macht, sie würde, wenn die Ausschreibung im Sinne ihrer Beschwerdevorbringen abgeändert würde, selbst ein Angebot für das Projekt "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" einreichen. Sie rügt lediglich, sie werde als "möglicher Lieferant" von Armaturen, Instrumenten und Apparaten diskriminiert. Auch auf Zustellung der Beschwerdeantwort hin nahm sie zur Legitimationsfrage nicht nochmals Stellung und berichtete ihre eigene Darstellung in der Beschwerde nicht.

Aufgrund ihrer eigenen Darstellung, dass sie als "möglicher Lieferant" von Armaturen, Instrumenten und Apparaten diskriminiert werde, und dem Fehlen einer ausdrücklichen Behauptung, dass sie selbst ein Angebot für das Projekt "BKP 243 Heizungs- und Kälteanlagen" einreichen wolle, sofern die Ausschreibung im Sinne ihrer Beschwerdevorbringen abgeändert würde, ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin keine konkrete derartige Absicht hat.

2.7 Ist die Beschwerdeführerin keine potentielle Anbieterin der in Frage stehenden Leistung, sondern lediglich eine potentielle Lieferantin von derartigen Anbietern, so ist sie nicht direkt oder unmittelbar, sondern nur indirekt oder mittelbar von der Ausschreibung betroffen und besitzt kein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Sie erfüllt damit die Legitimationsvoraussetzung gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG nicht.

2.8 Ist die Beschwerdeführerin nicht legitimiert, so ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

3.

Nur eventualiter sei darauf hingewiesen, dass die Beschwerde ohnehin abzuweisen gewesen wäre, wenn darauf einzutreten gewesen wäre.

Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht eine Verletzung von Art. 2 BöB sowie von Art. 30 Abs. 2 und 3 BöB (technische Spezifikationen). Alle Produkte, Lieferanten und Typen seien vorgegeben, womit ein fairer Wettbewerb gar nicht mehr stattfinden könne. Die Beschwerdeführerin werde als Lieferantin solcher Produkte diskriminiert. Auch könnten die von der Vergabestelle genannten Lieferanten den Anbietern verschiedene Angebote mit unterschiedlichen Preisen liefern, was den Wettbewerb unter den Anbietern verfälsche.

Die Vergabestelle erachtet diese Rüge als unbegründet. Gemäss Art. 30 BöB habe sie die erforderlichen technischen Spezifikationen zu bestimmen, welche die Merkmale des Beschaffungsgegenstandes wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren festlegen. Abhängig von Beschaffungsgegenstand könnten dies die unterschiedlichsten Anforderungen sein wie Material, Technologie, Grösse, Gewicht und so weiter. Sie seien, soweit möglich und angemessen, in erster Linie auf der Grundlage von internationalen Normen und, wenn solche fehlten, gestützt auf die in der Schweiz verwendeten technischen Normen

zu definieren. Die Nennung von Firmen oder Marken, Patenten, Urheberrechten, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen seien als technische Spezifikationen zulässig, wenn es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gebe und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" aufnehme.

Die Vergabestelle sei diesem Erfordernis nachgekommen, denn sie habe detaillierte Angaben über die technischen Grundlagen der Komponenten hinsichtlich der Betriebstemperatur- und Druckverhältnisse und dergleichen, der einzuhaltenden Richtlinien für die Anlagekomponenten, der einzuhaltenden SWKI-Richtlinien 94-2 A/B gemacht und damit aufgezeigt, welche technischen Spezifikationen betreffend den Beschaffungsgegenstand bestünden. Damit würden die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand zusammen mit den Leistungsverzeichnissen weitgehend erfasst.

Da sich die Komponenten einzig mit der Angabe von Normen aber nicht hinreichend genau und verständlich definieren liessen, seien zudem Produkte/Fabrikate angegeben. Dies sei insbesondere der erforderlichen hohen Qualität (Verlässlichkeit, Werthaltigkeit und Langlebigkeit) für die betreffenden Anlageteile und damit der Betriebssicherheit geschuldet. Mit der beispielhaften Aufzählung und dem Zusatz "oder gleichwertig" sei dem gesetzlichen Erfordernis gemäss Art. 30 BöB Genüge getan. Von einer nicht sachgerechten Wettbewerbseinschränkung oder einer von der Beschwerdeführerin behaupteten Diskriminierung könne nicht die Rede sein. Zweifelsfrei könnten neben den beispielhaft angebotenen Produkten der Ausschreibung auch andere Produkte angeboten werden.

3.1 Die Auftraggeberin bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstandes wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 Abs. 1 BöB). Bestimmte Firmen oder Marken, Patente, Urheberrechte, Designs oder Typen sowie der Hinweis auf einen bestimmten Ursprung oder bestimmte Produzentinnen sind als technische Spezifikationen nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte

"oder gleichwertig" aufnimmt. Die Gleichwertigkeit ist durch die Anbieterin nachzuweisen (Art. 30 Abs. 3 BöB).

3.2 Vorliegend legte die Vergabestelle im Dokument "4.2.2 BKP 243 Heizung / Kälte, Ergänzende Rechtliche Bestimmungen", welches Teil der Ausschreibungsunterlagen bildet, fest, dass die im Ausschreibungstext verlangten Fabrikate, Typen oder Konstruktionsmerkmale verbindlich seien. Seien Positionstexte in der Formulierung "als Beispiel oder gleichwertiges Material ..." abgefasst, so sei der Unternehmer frei in der Produktwahl. Eigenschaften wie Form, Farbe, Abmessungen, Qualität und Zertifizierungen hätten dem ausgeschriebenen Produkt zu entsprechen. Ein abweichendes Fabrikat mit Typ seien im Devis an der dafür vorgegebenen Stelle einzutragen. Der Wunsch nach einem Fabrikatswechsel könne wie folgt eingebracht werden:

"Offertphase: Einreichen einer zusätzlichen Unternehmervariante mit schriftlicher Begründung und Offenlegen der Daten und Funktionen.

Ausführungsphase: Schriftlicher Antrag, begründet mit exakter Angabe über Vor- und Nachteile, gesamte Mehr- oder Minderkosten. Der Mehraufwand für Planung, Koordination und Logistik wird dem Unternehmer verrechnet."

Der Unternehmer könne zusammen mit der Offerte eine Unternehmervariante einreichen. Die Preisangabe für das ursprünglichen Material sei jedoch unbedingt erforderlich, und Beilagen zur Preiseingabe gälten als verbindlich. Der Entscheid bezüglich Verwendung möglicher Alternativprodukte oder Unternehmervarianten obliege dem Fachingenieur in Absprache mit der Bauherrschaft (Dokument "B4.2.2 BKP 243 Heizung / Kälte, Ergänzende Rechtliche Bestimmungen", A.3.2 Produkte S. 2).

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich demnach, dass die Vergabestelle Abweichungen in Bezug auf Fabrikate und Typ zugelassen hatte. Dies geht auch aus der von der Beschwerdeführerin beanstandeten "Fabrikatliste" hervor. In dieser führt die Vergabestelle bei jeder Anlagekomponente ein oder mehrere Fabrikate auf, zum Beispiel beim Produkt "Radiatoren, Heizwände, Konvektoren" die Fabrikate "Arbonia" sowie "Prolux" und "Zehnder/Runtal". Die Vergabestelle erklärt im Begleittext zur Fabrikatliste, dass "andere Fabrikate" möglich seien, dass diese aber vor der Ausführung mit dem Engineering HLKKS der FZAG abgesprochen werden müssten (vgl. "Ausführungsrichtlinien HLKKS Heizung und Kälte" Ziff. 5).

Dass die Vergabestelle alternative Fabrikate zulässt, ergibt sich auch aus den Leistungsverzeichnissen. Dort hat die Vergabestelle jeweils bei denjenigen Positionen, in welchen sie ein bestimmtes Fabrikat nennt, in die Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertiges Material (Datenblatt beilegen) Fabrikat: Typ:" aufgenommen. Beispielsweise spezifiziert die Vergabestelle im LV Heizung den Artikel "123 Armaturen, Pos. 107 Kugelhahnen" wie folgt:

"Fabrikat: Tobler Jet Range
Typ: 6392

als Beispiel, oder gleichwertiges Material (Datenblatt beilegen)

Fabrikat:

Typ:

mit Innengewinde und Knebelgriff
mit verlängerter Spindel zum Durchisolieren

Werkstoffe:

Gehäuse Messing, vernickelt

Kugel diamantgeschliffen

Dichtungen P.T.F.E

Nennndruck 6.0 bar

Betriebstemp. 90°C"

Wie erwähnt sind Fabrikate und Typen als technische Spezifikationen zulässig, wenn es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Leistungsbeschreibung gibt und die Auftraggeberin in diesem Fall in die Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" aufnimmt (vgl. Art. 30 Abs. 3 BöB). Da die Vergabestelle vorliegend in ihrer Ausschreibung den Anbietern die Möglichkeit eröffnet, gleichwertiges Material (Fabrikat, Typ) anzubieten, kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, Anbieter könnten ausschliesslich die in der Fabrikatliste genannten Fabrikate anbieten.

3.3 Die Vergabestelle hat zwar bei einzelnen Positionen bestimmte Typen verlangt, ohne die Worte "oder gleichwertig" aufzunehmen. Diese Positionen gehören indessen nicht zu den von der Beschwerdeführerin beanstandeten. Die Frage kann daher offengelassen werden, ob auslegungswise auch bezüglich dieser Positionen davon ausgegangen werden durfte, dass gleichwertige Produkte möglich waren, ob gar keine gleichwertigen Produkte erhältlich sind oder ob die Vorgaben der Vergabestelle diesbezüglich effektiv zu eng waren.

3.4 Die Rügen der Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe gegen Art. 30 BöB verstossen, indem sie bestimmte Fabrikate und Typen in den Leistungsverzeichnissen vorgeschrieben habe, erweisen sich daher als nicht stichhaltig.

3.5 Unklar ist, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Hinweis auf § 16 lit. b Abs. 2 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich auch eine Vorbe-fassung rügen will. Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können nur Verletzungen von Bundesrecht, nicht aber von kantonalem Recht geltend gemacht werden (Art. 49 Bst. a VwVG), weshalb diese Rüge sinngemäss in Anwendung von Art. 14 BöB zu prüfen ist.

Die Rüge ist indessen nicht weiter substantiiert, und auch aus den Akten sind keine Hinweise ersichtlich, dass die Vergabestelle gegen Art. 14 BöB verstossen haben könnte.

3.6 Selbst wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, wäre sie daher ab-zuweisen.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

5.

Mit diesem Endentscheid wird Ziffer 1 der Zwischenverfügung vom 12. Ok-tober 2022, mit welcher der Vergabestelle einstweilen untersagt wurde, die Offerten zu öffnen, gegenstandslos.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Ver-fahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bun-desverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr be-stimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Pro-zessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE) und ist vorliegend auf Fr. 8'500.– festzusetzen.

7.

Als unterliegender Partei ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschä-digung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss ständiger Recht-sprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA und BöB tätigen, also

auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinne von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 8'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 6. Dezember 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 244994;
Gerichtsurkunde)