



## Urteil vom 11. Januar 2022

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ SA,**  
vertreten durch  
Maître François Membrez,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Strassen ASTRA,**  
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,  
Filiale Winterthur,  
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;  
Zuschlag betr. Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 –  
Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West"  
SIMAP-Projekt-ID 206221,  
SIMAP-Meldungsnummer 1196571.

**Sachverhalt:****A.**

Am 24. Juni 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Bauauftrag unter dem Projekttitel "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 - Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1141931). In der Ausschreibung umschrieb die Vergabestelle den Gegenstand und den Umfang des Auftrags wie folgt:

Das Los BSA 5, Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West, umfasst Leistungen für die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines Mittelstreifen-Überleitsystems (MÜLS) in der Vorzone Kerenzerbergtunnel West.

- 1 MÜLS inkl. Steuerkabine

- Lieferung und Montage Übergangsstücke an best. Fahrzeugrückhaltesysteme

- Rückbau und Entsorgung bestehender Fahrzeugrückhaltesysteme (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.6)

Der Bauauftrag soll im Zeitraum vom 1. Oktober 2020 bis 30. Juni 2023 im Nationalstrassenabschnitt N03/70, Kanton Glarus, zwischen den Anschlüssen Weesen und Murg ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.13, 2.7). Die Angebote waren bis zum 4. August 2020 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

**B.**

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter das Angebot der X. \_\_\_\_\_ SA.

**C.**

Am 4. November 2020 erteilte die Vergabestelle der Z. \_\_\_\_\_ AG den Zuschlag zum Preis von Fr. 756'748.– (exkl. MwSt.).

**D.**

Gegen den am 5. November 2020 auf SIMAP publizierten Zuschlag erhob die Y. \_\_\_\_\_ AG mit Eingabe vom 25. November 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

**E.**

Mit Zwischenentscheid vom 26. Februar 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Y.\_\_\_\_\_ AG auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut (Beschwerdeverfahren B-5937/2020).

**F.**

Am 25. März 2021 widerrief die Vergabestelle den Zuschlag und publizierte dies am gleichen Tag auf SIMAP (Meldungsnummer 1188345). Zur Begründung führte sie an, dass der Widerruf gestützt auf den Zwischenentscheid aus dem laufenden Beschwerdeverfahren und die sich damit ergebende neue Evaluation erfolgt sei.

**G.**

Mit Schreiben vom 10. April 2021 teilte die Vergabestelle der X.\_\_\_\_\_ SA mit, dass ihr Angebot aufgrund einer nicht erfüllten Zertifizierung von der Bewertung ausgeschlossen werden müssen. Der Zuschlag sei der Y.\_\_\_\_\_ AG zum Betrag von Fr. 833'965.– (exkl. MwSt.) erteilt worden. Gemäss Lastenheft Kapitel 2.1.3 sei mit dem Angebot die Zertifizierung der Aufhaltstufe nach SN 640 561 für ein MÜLS mit fixem Anprallschutz oder kurzer Absenkung nachzuweisen. Die Verriegelung der MÜLS-Arme (mit fixem Anprallschutz) sei bestimmend für die Festigkeit des Gesamtsystems. Während der Zertifizierung werde diese Verbindung mit Auffahrversuchen geprüft. Die X.\_\_\_\_\_ SA habe indessen den Nachweis für ein MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung erbracht. In ihrem Angebot sei die technische Verriegelung weder aufgezeigt noch seien weiterführende Erläuterungen dazu vorhanden. Die geforderte Zertifizierung des zu liefernden Systems zum Zeitpunkt der Angebotseingabe sei damit eindeutig nicht erfüllt. Die Erfüllung der im Lastenheft formulierten Anforderung hätte eine vollständige Neukonstruktion der Verriegelung und eine Neuzertifizierung zur Folge.

**H.**

Am 10. Mai 2021 teilte die Vergabestelle auf der Internetplattform SIMAP mit, dass sie am 7. Mai 2021 den Zuschlag der Y.\_\_\_\_\_ AG zum Preis von Fr. 833'965.– (exkl. MwSt.) erteilt habe (Meldungsnummer 1196571). Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, nach der Evaluation der eingegangenen Offerten sei die Anbieterin als geeignet und als wirtschaftlich sowie finanziell leistungsfähig qualifiziert worden. Die Offerte der Anbieterin sei somit in ihrer Gesamtheit die wirtschaftlich günstigste. Die eingereichte Offerte erfülle sämtliche formellen Kriterien und Eignungskriterien, so dass der Zuschlag erteilt werden könne.

**I.**

Gegen diesen Zuschlag erhebt die X. \_\_\_\_\_ SA (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 31. Mai 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt im Hauptbegehren, die Ausschlussverfügung der Vergabestelle vom 10. April 2021 und die Verfügung der Vergabestelle vom 7. Mai 2021 seien aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter beantragt sie, die Verfügungen vom 10. April 2021 und vom 7. Mai 2021 seien aufzuheben und die Sache sei an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anordnung, der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Subeventualiter beantragt sie, die Verfügung vom 10. April 2021 sei aufzuheben und es seien die Rechtswidrigkeit des Zuschlags vom 7. Mai 2021 festzustellen und die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 20'600.– samt Zins von 5% seit 10. Mai 2021 zuzusprechen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung in dem Sinne zu erteilen. Sollte das Gericht die aufschiebende Wirkung nicht erteilen, sei die Widerrechtlichkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe den Ausschluss ihres Angebots mit dem Fehlen des gemäss Lastenheft erforderlichen Zertifikats, das die Erfüllung der Norm SN 640 561-2 belege, begründet. Gemäss der Auffassung der Vergabestelle habe die Beschwerdeführerin nicht belegt, dass ihr MÜLS über einen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung verfüge. Die Vorwürfe der Vergabestelle seien indessen ungerechtfertigt, denn die Beschwerdeführerin habe ihrem Angebot das EG-Konformitätszertifikat beigefügt, aus dem hervorgehe, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle. Gemäss dem Anhang zu diesem Zertifikat weise die mobile Mittelstreifenschanke der Beschwerdeführerin die Aufhaltstufe H1 auf, die Anprallheftigkeitsstufe B1 und den Wirkungsbereich der Klasse W8. In Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts werde die Einhaltung genau dieser Werte verlangt. Schon in ihrer Offerte habe die Beschwerdeführerin angegeben, dass sie die Anforderungen erfülle und ihre Schranke einen Anpralldämpfer aufweise. Auch habe die Beschwerdeführerin die Fragen der Vergabestelle vom 1. September 2020 beantwortet und bestätigt, dass ihr MÜLS die Anforderungen gemäss Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts erfülle und vollautomatisch funktioniere. Die Vergabestelle habe demnach den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das Angebot der Beschwerdeführerin zu Unrecht ausgeschlossen.

**J.**

Mit Verfügung vom 1. Juni 2021 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

**K.**

Mit Vernehmlassung vom 16. Juni 2021 beantragt die Vergabestelle, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen (1), über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden (2), sowie, die Beschwerde sei abzuweisen (3).

Die Vergabestelle bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin. Es gebe sachliche Gründe für den Ausschluss ihrer Offerte. Die Vergabestelle habe den ersten Zuschlag aufgrund neuer Erkenntnisse aus dem Beschwerdeverfahren mit SIMAP-Publikation vom 23. März 2021 (recte: 25. März 2021) widerrufen. Nach erneuter Evaluation der Angebote habe sie alle Anbieter nochmals detailliert überprüft. Dabei habe sich herausgestellt, dass die Beschwerdeführerin nicht alle Anforderungen gemäss Ausschreibung erfülle und demzufolge vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Neben der Beschwerdeführerin sei auch die ursprüngliche Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen worden.

Die sogenannten Mittelstreifen-Überleitsysteme seien Komponenten, die auf dem Mittelstreifen der Fahrbahn eingebaut würden und im Bedarfsfall eingesetzt werden könnten, um den Verkehr von der einen auf die andere Seite der Fahrbahn leiten zu können. Sowohl im offenen als auch im geschlossenen Zustand müssten sie diverse Eigenschaften aufweisen, damit die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer gewährleistet werden könne. Gemäss Lastenheft, Kapitel 2.1.3, müsse das System verschiedene Anforderungen, insbesondere im Bereich Sicherheit, erfüllen. Unter anderem sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Das von der Beschwerdeführerin angebotene System verfüge weder über eine kurze Absenkung noch über einen fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer). Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot ausgeführt, dass die Entwicklung eines integrierten Anpralldämpfers eine wesentliche Anpassung darstelle und eine Neuzertifizierung nach der Norm SN 640 567 respektive der Norm EN 1317 zur Folge hätte. Die Beschwerdeführerin habe diese

Zertifizierung nicht offeriert und zudem darauf hingewiesen, dass sie keine Notwendigkeit dafür sehe. Das System erfülle damit eine wesentliche Anforderung gemäss Ausschreibung nicht. Die Beschwerdeführerin sei daher zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.

**L.**

Mit Eingabe vom 22. Juni 2021 teilte die Zuschlagsempfängerin mit, dass sie aufgrund der zutreffenden Vernehmlassung der Vergabestelle und der aus ihrer Sicht offensichtlichen Sach- und Rechtslage darauf verzichte, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Für den Fall, dass die vorsorglichen Massnahmen der Beschwerdeführerin gewährt werden sollten, beantrage sie, sich für das Hauptverfahren als Beschwerdegegnerin konstituieren zu können, und behalte sich vor, im Hauptverfahren vollumfänglich zu den Vorbringen Stellung zu nehmen.

**M.**

Mit Eingabe vom 9. Juli 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

**N.**

Mit Zwischenentscheid vom 27. Juli 2021 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab.

**O.**

Mit Verfügung vom 3. September 2021 lud die Instruktionsrichterin die Beschwerdeführerin ein, bis zum 16. September 2021 mitzuteilen, ob sie ergänzende Bemerkungen anbringen oder gegebenenfalls ihre Beschwerde zurückziehen möchte.

**P.**

Mit Eingabe vom 16. September 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest.

Zur Begründung führt sie aus, ihr MÜLS weise einen Anprallschutz auf. Im Lastenheft, auf welches in der Ausschreibung verwiesen werde, sei nicht verlangt worden, dass dieses Element zertifiziert sei. Die Beschwerdeführerin beantragt, dass A. \_\_\_\_\_, Ingenieur und Verfasser eines Berichts, in welchem festgehalten werde, dass das MÜLS der Beschwerdeführerin einen Anprallschutz aufweise, als Zeuge einvernommen werde, sowie eventualiter, dass ein Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben

werde. Damit solle belegt werden, dass das MÜLS der Beschwerdeführerin über einen Anprallschutz verfüge.

**Q.**

Mit Vernehmlassung vom 14. Oktober 2021 beantragt die Vergabestelle, die Anträge der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Aufgrund fehlender neuer Vorbringen ihrerseits sei in der Sache ohne Verzug und weiteren Schriftenwechsel zu entscheiden. Es sei weder erforderlich noch zielführend, dass der Verfasser des Dokuments "Réflexions sur l'installation d'un amortisseur de choc à l'extrémité d'une glissière mobile de déviation de trafic" als Zeuge zur Behauptung befragt werde, dass das System der Beschwerdeführerin über einen Anpralldämpfer verfüge. Die Beschwerdeführerin habe im Lauf des Verfahrens selber dargelegt, dass ihr angebotenes System gerade nicht über einen Anpralldämpfer verfüge. Damit erfülle es die Anforderungen gemäss vorliegender Ausschreibung nicht. Die Befragung dieser Person könnte keine neuen Erkenntnisse für das Verfahren bringen. Dasselbe gelte für den Antrag, es sei eine Expertise zu erstellen, welche das Vorhandensein eines Anpralldämpfers bestätige. Nichts im Dossier erlaube es festzustellen, dass das angebotene System der Beschwerdeführerin über einen Anpralldämpfer oder eine kurze Absenkung verfüge. Es erscheine unrealistisch, dass eine zusätzliche Expertise zu einem anderen Schluss kommen sollte.

**R.**

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2021 teilte die Vergabestelle mit, dass sie den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen habe.

**S.**

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2021 stellt sich die Zuschlagsempfängerin auf den Standpunkt, die von der Beschwerdeführerin beantragten Beweise seien zur Abklärung des Sachverhalts untauglich oder würden Tatsachen betreffen, die aus den Akten bereits genügend ersichtlich seien. Der von A. \_\_\_\_\_ verfasste Bericht vom 7. Juli 2021 befasse sich nicht damit, ob das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS über einen fixen Anprallschutz verfüge. Vielmehr lege es bloss dar, weshalb diese Anforderung nach Auffassung des Verfassers nicht nötig sei und entsprechend nicht zugelassene und nicht geprüfte, stumpfe Enden eines MÜLS genügten. Es sei daher von vornherein nicht ersichtlich, inwiefern eine Einvernahme von A. \_\_\_\_\_ über den Inhalt seines Berichts als Beweis tauglich sein solle. Die eventualiter beantragte Einholung eines Sachverständigengutachtens

erübrige sich, da die Beschwerdeführerin selber gegenüber der Vergabestelle bestätigt habe, dass das von ihr angebotene MÜLS über keinen Anpralldämpfer verfüge. Ausserdem gehe sie selber davon aus, dass, wenn sie ihr MÜLS mit einem Anpralldämpfer ausstatten würde, dieses nicht mehr mit dem zertifizierten MÜLS übereinstimmen würde, sondern neu zertifiziert (homologiert) werden müsste. Die Beschwerdeführerin bringe im Vergleich zu ihren Beschwerden damit keine neuen Tatsachenbehauptungen vor. Damit sei erstellt, dass die von ihr angebotene Lösung die Anforderungen nicht erfülle. Die Beschwerde sei daher abzuweisen, soweit darauf eingetreten werde.

#### **T.**

Die Instruktionsrichterin lud die Zuschlagsempfängerin mit Verfügung vom 19. Oktober 2021 ein mitzuteilen, ob sie als Beschwerdegegnerin oder als andere Beteiligte am Verfahren teilnehmen wolle. Die Zuschlagsempfängerin habe in ihrer Eingabe vom 18. Oktober 2021 materielle Rechtsbehelfen gestellt, was an sich indiziere, dass sie als Beschwerdegegnerin am Verfahren teilnehmen möchte. Indessen stelle sich diesbezüglich die Frage, welches Interesse die Zuschlagsempfängerin am Ausgang dieses Verfahrens überhaupt noch habe, nachdem der Vertrag bereits unterschrieben sei.

#### **U.**

Mit Eingabe vom 10. November 2021 teilte die Zuschlagsempfängerin mit, dass sie angesichts des aktuellen Stands des Verfahrens davon absehe, sich als Partei zu konstituieren. Sie ersuche aber darum, ihr die allfälligen weiteren Schriftenwechsel und den Endentscheid zur Kenntnisnahme zuzustellen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 S. 45).

**1.1** Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft.

Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 24. Juni 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]).

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

**1.3** Als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem der Zuschlag oder Abbruch des Vergabeverfahrens und die Ausschreibung des Auftrags (Art. 29 Bst. a und b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

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

**1.3.2** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB).

**1.3.3** Die Vergabestelle geht in den Ziffern 1.8 und 2.1 ihrer Ausschreibung vom 24. Juni 2020 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November

2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8,7 Mio. Fr. Vergibt die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerks mehrere Bauaufträge, so ist deren Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen des aBöB unterstehen. Er bestimmt, welchen prozentualen Anteil sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen (Art. 7 Abs. 2 aBöB). Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 309). Bei Bauwerken bestimmt die Bagatellklausel, dass, wenn eine Auftraggeberin im Rahmen der Realisierung eines Bauwerks, dessen Gesamtwert den massgebenden Schwellenwert erreicht, mehrere Aufträge vergibt, sie diese nicht nach den Bestimmungen des aBöB zu vergeben braucht, wenn a) der Wert jedes einzelnen Auftrags 2 Mio. Fr. nicht erreicht; und b) der Wert dieser Aufträge zusammengerechnet höchstens 20 Prozent des Gesamtwertes des Bauwerks ausmacht (vgl. Art. 7 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 14 aVöB). Der Auftraggeber hat in diesem Fall die Möglichkeit, bestimmte Lose ausserhalb des BöB zu vergeben (BVGE 2009/18 E. 2.4.2 "place d'armes Drogens/FR"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 311 m.w.H.).

Gemäss der auf der Homepage der Vergabestelle publizierten Projektübersicht des Projekts "Gesamterneuerung Kerenzerbergtunnel" ist zwischen 2020 und 2026 eine umfassende Gesamterneuerung der gesamten Tunnelanlage vorgesehen. Zuerst wird ein Sicherheitsstollen realisiert, der nördlich respektive seeseitig vom bestehenden Tunnel zu liegen kommt und über Querstollen mit dem Fahrraum verbunden ist. Anschliessend werden umfangreiche Instandsetzungsarbeiten am Autobahntunnel vollzogen, in deren Rahmen die Bausubstanz saniert und die Betriebs- und Sicherheitstechnik erneuert wird. Die Gesamtkosten für diese Massnahmen belaufen sich auf rund 436 Mio. Fr. (Bundesamt für Strassen ASTRA, Gesamterneuerung Kerenzerbergtunnel <<https://www.kerenzerbergtunnel.ch/>>, letztmals besucht 21. Dezember 2021). Das vorliegend ausgeschriebene Projekt "070191 N03-70 KER, TP1 BSA 5 – Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS) West" bildet Los 5 der insgesamt 24 Lose umfassenden "Losaufteilung Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen" (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Dok. 4.1 "Besondere Bestimmungen BSA", Pos.-Nr. 133.100). Es ist unbestritten, dass die Beschaffung des MÜLS Teil dieses grösseren Bauvorhabens ist. Zwar liegt der geschätzte Auftragswert für

das Los 5 unter dem Betrag von 2 Mio. Fr. gemäss der Bagatellklausel im Sinne von Art. 14 aVöB. Indessen hat sich die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht auf die Bagatellklausel berufen, womit das aBöB anwendbar ist (BVGE 2009/18 E. 2.4.2 "place d'armes Drogens/FR").

**1.3.4** Der Schwellenwert für Bauwerke ist damit überschritten.

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

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

**1.4** Nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 27. Juli 2021 den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen hatte, schloss die Vergabestelle den Beschaffungsvertrag mit der Zuschlagsempfängerin ab.

Mit diesem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin werden die Hauptanträge der Beschwerdeführerin auf Aufhebung der Ausschlussverfügung vom 10. April 2021 und der Zuschlagsverfügung vom 7. Mai 2021 respektive auf Aufhebung der Verfügungen vom 10. April 2021 und vom 7. Mai 2021 und Rückweisung der Sache an die Vergabestelle mit der Anordnung, der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen, gegenstandslos und sind daher materiell nicht mehr zu behandeln (BVGE 2010/58, nicht publizierte E. 1.4.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 1.5.2 "Privatisierung Alcosuisse II").

Hingegen besteht stattdessen – in maiore minus – ein Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin daran, dass das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 aBöB in seinem Urteil feststelle, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletze, damit sie gestützt darauf Schadenersatzansprüche geltend machen könnte. Konkret beantragt die Beschwerdeführerin, die Verfügung vom 10. April 2021 sei aufzuheben und es seien die Rechtswidrigkeit des Zuschlags vom 7. Mai 2021 festzustellen und die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 20'600.– samt Zins von 5% seit 10. Mai 2021 zuzusprechen.

Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar, weshalb die Eintretensvoraussetzungen in Bezug auf ein derartiges Feststellungsbegehren nicht restriktiver sind als bei einem Beschwerdebegehren, das noch auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung gerichtet ist (BVGE 2010/58, nicht publizierte E. 1.4.2 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-7062/2017 vom 22. August 2019 E. 1.3 "IT-Dienste ASALfutur").

**1.4.1** Vorliegend bemängelt die Beschwerdeführerin, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden.

Anlässlich der Evaluation vor dem ersten Zuschlag, bevor die Vergabestelle aufgrund der Beschwerde einer anderen Anbieterin zum Schluss kam, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die technischen Anforderungen nicht erfülle und daher auszuschliessen sei, rangierte sie dieses Angebot auf dem zweiten Platz, vor demjenigen der Y.\_\_\_\_\_ AG, der Empfängerin des vorliegend angefochtenen zweiten Zuschlags. Das im ersten Rang platzierte Angebot der Z.\_\_\_\_\_ AG wurde im Rahmen der zweiten Evaluation ausgeschlossen, und zwar mit einer anderen Begründung als dasjenige der Beschwerdeführerin. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass die Vergabestelle ihr Angebot im Rahmen der zweiten Evaluation zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen habe, so würde dies auch bedeuten, dass sie eine reelle Chance auf den Zuschlag hätte haben müssen, da ihr Angebot das wirtschaftlich günstigste war.

**1.4.2** Auch wenn vorliegend der Vertrag zulässigerweise bereits abgeschlossen ist und nur noch eine allfällige Feststellung einer Rechtswidrigkeit Streitgegenstand ist, ist bei dieser Konstellation die Legitimation der Beschwerdeführerin in Bezug auf ihr Subeventualbegehren zu bejahen.

**1.5** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.6** Auf die Beschwerde ist daher insofern einzutreten, als das Gericht entsprechend dem Subeventualbegehren der Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung prüft. Soweit weitergehend, ist die Beschwerde zufolge Vertragsabschlusses gegenstandslos geworden.

## 2.

Die Beschwerdeführerin rügt, es treffe nicht zu, dass ihr MÜLS die Anforderungen gemäss Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts nicht erfülle.

Die beiden Normen SN 640 560 und SN 640 561 stellen die massgeblichen Richtlinien der Vergabestelle für Fahrzeug-Rückhaltesysteme dar. Damit die Anforderungen der Norm SN 640 561 erfüllt seien, müssten diejenigen der Norm EN 1317 erfüllt sein (vgl. ASTRA-Richtlinie Fahrzeugrückhaltesysteme, Teil A, S. 11). Die Beschwerdeführerin sei sich dieser Anforderungen bewusst gewesen und habe ihrem Angebot eine EG-Konformitätsbescheinigung beigefügt, welche bestätige, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317 - 5: 2007 + A1: 2008 erfülle. Ihr Zertifikat bestätige, dass ihr MÜLS die Aufhaltestufe H1, die Anprallheftigkeitsstufe B1 und den Wirkungsbereich Klasse W8 aufweise. Im Lastenheft verlange die Vergabestelle die Erfüllung genau dieser Werte. Die Beschwerdeführerin habe bereits in ihrer Offerte dargelegt, dass sie die verlangten Anforderungen erfülle und dass ihre MÜLS einen Anprallschutz aufweise. Die Vergabestelle habe insofern den Sachverhalt unrichtig festgestellt.

Die Beschwerdeführerin kritisiert überdies, die Vergabestelle gehe zu Unrecht davon aus, dass das Vorhandensein eines Anpralldämpfers oder einer Kurzabsenkung zertifiziert sein müsse. Diese Anforderung ergebe sich weder aus der Ausschreibung noch aus dem Lastenheft. In Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts werde zwar verlangt, dass das MÜLS eine kurze Absenkung oder einen Anpralldämpfer besitzen müsse, nicht aber, dass diese zertifiziert sein müssten. Die Begründung der Vergabestelle, wonach das MÜLS der Beschwerdeführerin keinen zertifizierten Anpralldämpfer aufweise, stelle somit eine unzulässige Änderung der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen dar.

Die Vergabestelle legt ihrerseits dar, gemäss Lastenheft, Kapitel 2.1.3, müsse das MÜLS verschiedene Anforderungen, insbesondere im Bereich Sicherheit, erfüllen. Es seien diverse Anforderungen gemäss den Normen SN 640 561 (Passive Sicherheit im Strassenraum) und 640 567-2 (Fahrzeuggückhaltesysteme) zu erfüllen. Die Normengruppe SN 640 567 übernehme die europäische Normengruppe EN 1317 mit einem nationalen Vorwort, was ihr den Status einer Schweizer Norm gebe. Die SN-Norm sei somit inhaltlich identisch mit der EN-Norm. Zu Recht halte die Beschwerdeführerin fest, dass alle Rückhaltesysteme zertifiziert sein müssten. Aus dem Lastenheft ergäben sich weitere Anforderungen, insbesondere aus

Kapitel 2.1.3. Unter anderem sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Die kurze Absenkung diene dazu, dass ein Fahrzeug nicht frontal auf das MÜLS pralle, sondern angehoben und abgelenkt werde. Der fixe Anprallschutz (Anpralldämpfer) sei vor dem Hindernis angeordnet und solle die Wucht des Aufpralls mindern.

Das von der Beschwerdeführerin angebotene System verfüge weder über eine kurze Absenkung noch über einen fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer). Die Evaluation sei auf der Basis des offerierten und zertifizierten Systems ohne Anpralldämpfer erfolgt. Die Beschwerdeführerin halte selber fest, dass sie lediglich über ein zertifiziertes MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung verfüge. Dieses erfülle die Anforderungen gemäss Lastenheft daher nicht. Sie verfüge auch nicht über ein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer oder kurzer Absenkung. Das integrierte Element (Anpralldämpfer) sei nicht zertifiziert und dürfe damit nicht in Verkehr gebracht werden. Eine wichtige technische Anforderung an die Leistung sei damit nicht erfüllt, was zum Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem vorliegenden Vergabeverfahren führe.

**2.1** Die Vergabestelle hat die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technischen Spezifikationen, in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit zu umschreiben und in jedem Fall mitzuteilen, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 1 und 3 aVöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Von erheblicher Bedeutung ist die eindeutige, vollständig und ausreichend detaillierte Leistungsbeschreibung (Produktanforderung). Der Leistungsbeschrieb (Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 BöB N. 1 f., Art. 18 BöB N. 13 f.; DERS. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020 [im Folgenden: TRÜEB 2020], Art. 30 BöB N. 7 f.).

Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien. Ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-6295/2017 vom 18. Juni 2018 E. 4.7 m.w.H. "Produkte zur Aussenreinigung"; TRÜEB 2020, a.a.O., Art. 30 N. 7 f.).

**2.2** Gegenstand des vorliegend umstrittenen Vergabeverfahrens ist ein Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS). Dieses ist definiert als eine Schutzeinrichtung für den Verkehr, welche geschlossen (Richtungsverkehr) oder geöffnet (Gegenverkehr) werden kann.

Die technischen Spezifikationen wurden durch die Vergabestelle im Lastenheft BSA, das Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet, vorgegeben (Dok. 4.2 "Lastenheft BSA" [im Folgenden: Lastenheft]). Das Lastenheft sieht in Kapitel 2.1 unter anderem Folgendes vor:

"Die MÜLS ist mit einem fixen Anprallschutz oder einer kurzen Absenkung zu versehen.

[...]

Es gelten folgende Sicherheitsanforderungen für die geschlossene MÜLS:

- Aufhaltstufe H1 (oder höher), zertifiziert gemäss SN 640 561
- Wirkungsbereich: Klasse W6 – W8
- Anprallheftigkeit muss der Stufe B gemäss SN 640 567-2 entsprechen
- [...]" (Lastenheft Kap. 2.1.3).

**2.3** Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts festgelegten Anforderungen an die Konstruktion des MÜLS um zwingende Anforderungen handelt. Sie macht auch nicht konkret geltend, die Vergabestelle habe ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, als sie diese Anforderungen aufgestellt hat.

**2.4** In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS die Anforderungen für den geschlossenen Zustand erfüllt und entsprechend zertifiziert ist.

**2.5** Bestritten ist indessen, ob sie auch die – kumulativ zu erfüllende – Anforderung an einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung erfüllt.

Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich, sie habe in ihrer Offerte angegeben, dass sie die in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts aufgestellten Anforderungen erfülle und ihre Schranke über einen Anpralldämpfer verfüge. Auch habe sie die Fragen der Vergabestelle vom 1. September 2020 beantwortet und bestätigt, dass ihr MÜLS den Anforderungen gemäss Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts entspreche und vollautomatisch funktioniere. Aus Kapitel 2.1.3

des Lastenhefts gehe hervor, dass nur gewisse Eigenschaften zertifiziert sein müssten. Beispielsweise müsse die Aufhaltestufe H1 gemäss der Norm SN 640 561 geprüft sein. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin ein EG-Konformitätszertifikat vom 5. November 2010 eingereicht, welches belege, dass ihr MÜLS die in Kapitel 2.1.3 des Lastenhefts genannten Anforderungen erfülle. Im Lastenheft werde demgegenüber nicht verlangt, dass auch die Elemente des Anprallschutzes oder der kurzen Absenkung zertifiziert sein müssten. Indem die Vergabestelle eine Zertifizierung für den Anpralldämpfer der Beschwerdeführerin verlange, ändere sie das Lastenheft, was gegen die Grundsätze des Vergaberechts (Transparenzgrundsatz) verstosse.

Die Vergabestelle ist dagegen der Meinung, die Beschwerdeführerin habe den Nachweis für ein MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung erbracht. Das integrierte Element (Anpralldämpfer) sei gemäss Überlegungen der Beschwerdeführerin nicht zertifiziert und dürfe damit nicht in Verkehr gebracht werden. Die Integration eines Anpralldämpfers entspreche einer tiefgreifenden technischen Änderung. Die Zugfestigkeit der Verriegelung werde damit massgeblich verändert, weshalb eine Neuzertifizierung nötig wäre. Die Beschwerdeführerin habe das selber korrekt festgehalten. Ihr MÜLS dürfe ohne Neuzertifizierung gar nicht in Verkehr gebracht werden. Auch wenn eine Zertifizierung des Systems der Beschwerdeführerin in Zukunft denkbar wäre, seien die Anforderungen gemäss der vorliegenden Ausschreibung nicht erfüllt.

**2.5.1** Gemäss den Ausschreibungsunterlagen müssen die Anbieter einen technischen Bericht einreichen, in welchem sie eine fachtechnische Beschreibung des MÜLS erarbeiten. Es sind darin alle Anlageteile zu beschreiben, die zum Einsatz gelangen, darunter die Anlagebeschreibung MÜLS und in dieser Rubrik die Leitschränkelemente und den Aufbau. Gemäss der Vergabestelle dienen diese Angaben dem Nachweis der Erfüllung der Anforderungen aus dem Lastenheft und Fachhandbuch. Abweichungen sind mit Begründung zu beschreiben (Dok. 5 "Unternehmerangaben", Kap. 3.2.1.1 "Technischer Bericht des Anbieters").

**2.5.2** Die Beschwerdeführerin hat mit ihrem technischen Bericht auch ihr EG-Konformitätszertifikat Nr. 1826-CPD-10-02-09 vom 5. November 2010 eingereicht, welches bescheinigt, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS den Standard EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle. Das Zertifikat enthält im Anhang eine Abbildung des zertifizierten MÜLS sowie die Daten zur Leistungsfähigkeit des MÜLS bei einem Aufprall.

Auf dieser Abbildung des verriegelten MÜLS ist weder eine Kurzabsenkung noch ein Anpralldämpfer erkennbar. Die Beschwerdeführerin behauptet dies auch gar nicht.

**2.5.3** Anlässlich der technischen Bereinigung forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin am 1. September 2020 auf, zu verschiedenen Fragen Stellung zu nehmen. Darunter befand sich auch folgende Frage:

"Gemäss Lastenheft Kap. 2.1.3 Konstruktion ist eine MÜLS mit einem fixen Anprallschutz oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Sie muss so konstruiert sein, dass der Betrieb im Normalfall vollständig automatisiert stattfinden kann. Teile oder Prozesse, welche im Rahmen des normalen automatisierten Betriebsprozesses manuell / händisch zu montieren resp. vorzunehmen sind, sind nicht zulässig.

Bestätigen Sie, dass das offerierte System diese Anforderung erfüllt." (Fragekatalog, Frage 5)

Die Beschwerdeführerin kreuzte auf diese Frage die Antwort "ja" an. Gleichzeitig legte sie aber noch eine Notiz bei, betitelt mit "Mobiles Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS), GMA09800 EG Homologation 1826-CPD-10-02-09, Überlegungen über den Anbau eines Anpralldämpfers", welche vom 8. Oktober 2012 datiert. Darin erörterte sie die Frage der Zweckmässigkeit des Anbaus eines Anpralldämpfers am Riegel einer offenen Leit-schranke. Die Beschwerdeführerin erklärte, sie habe einer im normalen Betriebszustand offenen Halbschranke ein leicht abnehmbares System am Riegel hinzugefügt. Es handle sich um eine abgerundete Verschalung, die Schutz für Personen biete, die während eines Unfalls auf die Fahrbahn geschleudert worden seien. Auch habe sie auf einem System GM07 auf Antrag eines Kunden einen Frontkasten mit integrierter Stauchzone entwickelt und installiert. Dieser Kasten sei Bestandteil der mobilen Leit-schranke. Die Beschwerdeführerin habe die Möglichkeit, einen Kasten mit Stauchzone auf ihren früheren GM07 zu installieren. Diese könnten aber nicht mehr homologiert werden. Für ihre neue MÜLS (GMA09800) habe sie die Möglichkeit, dieselbe Vorrichtung zu installieren, doch würde die MÜLS damit ihre heute gültige Homologation verlieren. Die Beschwerdeführerin komme zum Schluss, dass es keine Norm für den Zusatz am offenen Ende der mobilen Systeme gebe. Sie könne die Notwendigkeit nicht rechtfertigen, einen Anpralldämpfer auf ihren GMA09800 in offener Position hinzuzufügen.

**2.5.4** Aus diesen Ausführungen, insbesondere dem Satz "Für unsere neue MÜLS (GMA09800), haben wir die Möglichkeit, dieselbe Vorrichtung zu installieren, sie würde aber ihre heute gültige Homologation verlieren" geht nicht nur hervor, dass das zertifizierte MÜLS der Beschwerdeführerin keinen Anprallschutz aufweist, sondern auch, dass die Beschwerdeführerin selber davon ausgeht, dass, wenn sie ihr MÜLS mit einem Anpralldämpfer ausstatten würde, dieses nicht mehr mit dem zertifizierten MÜLS übereinstimmen würde, sondern neu zertifiziert (homologiert) werden müsste.

Mit diesen ergänzenden Ausführungen widersprach die Beschwerdeführerin somit selbst ihrer vorher angekreuzten Bestätigung, dass das von ihr angebotene MÜLS die Anforderung eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung erfülle.

In ihren Rechtsschriften widerlegt die Beschwerdeführerin diese Interpretation nicht. Sie macht insbesondere auch nicht geltend, die von ihr selbst auf die Frage der Vergabestelle hin eingereichten "Überlegungen über den Anbau eines Anpralldämpfers" vom 8. Oktober 2012 betreffen gar nicht das von ihr konkret angebotene MÜLS.

**2.5.5** Auch in dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Bericht "Réflexions sur l'installation d'un amortisseur de choc à l'extrémité d'une glissière mobile de déviation de trafic" vom 7. Juli 2021 wird nicht aufgezeigt, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS über einen fixen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung verfügt. Vielmehr wird darin lediglich dargelegt, warum diese Anforderung nach Auffassung des Verfassers dieses Berichts gar nicht nötig sei. Konkret wird darin ausgeführt:

*"Amortisseurs de choc ajoutés en bout de glissière*

*Dans certains sites un système amovible léger est ajouté devant le verrou faisant face au trafic lors d'une déviation. Il s'agit d'une finition arrondie marquante par sa visibilité et qui constitue pour l'essentiel une protection pour des personnes qui auraient été projetées au sol durant un accident. Cette protection n'est pas assimilée à un amortisseur de chocs au sens usuel du terme.*

*Fig. 7 Dispositif léger recouvrant le système de verrouillage utilisé en cas de déviation*

*On peut être tenté d'ajouter un amortisseur de chocs homologué plus massif en bout de glissière afin de réduire la dangerosité d'un caisson métallique faisant face au trafic. Lors d'un choc sur la face de la glissière mobile, la percussion n'est généralement pas dans l'axe de la glissière, celle-ci n'étant pas fixée au sol. Aussi la masse des glissières mobiles est trop faible pour rester en*

*place durant le choc. Tout amortisseur supplémentaire installé lors de l'engagement des glissières mobiles serait inefficace voire dangereux compte tenu de leur comportement imprévisible. On peut imaginer la formation d'un coude au niveau de l'attache à la glissière suivi du risque que cet amortisseur s'en détache. Par ailleurs il ne faut pas perdre de vue la nécessité d'engager plusieurs personnes sur les voies pour amener et fixer un tel système.*

*On peut aussi envisager un dispositif plus lourd monté en position ouverte et plus résistant avec une face inclinée.*

*Fig. 8 Un dispositif à face inclinée n'offre qu'une sécurité illusoire, il est vraisemblable qu'il ne ferait que dévier le véhicule hors contrôle."*

(...)

*"Conclusion:*

*Un amortisseur de chocs homologué monté en bout de glissière mobile ne répond pas aux exigences de la norme SN 640566 (ou EN 1317-3). Nous recommandons une mise à jour de la directive OFROU en supprimant cette mention du chapitre 2.1.1 Exigences.*

*Au vu de ce qui précède une homologation en choc frontal ne peut se faire qu'avec un système complet composé de l'assemblage d'une glissière avec des caractéristiques d'amortissement de choc et ne serait valable que pour la configuration testée. Cette glissière doit évidemment aussi être conforme à la norme EN 1317 en position fermée."*

Dieser Bericht deckt sich somit mit den Ausführungen in den von der Beschwerdeführerin bereits im Verfahren vor der Vergabestelle eingereichten "Überlegungen über den Anbau eines Anpralldämpfers" vom 8. Oktober 2012 insofern, als auch in diesem neuen Bericht nicht behauptet wird, das MÜLS der Beschwerdeführerin verfüge über einen fixen Anprallschutz oder über eine kurze Absenkung, sondern lediglich erklärt wird, warum ein zusätzlich installierter Anprallschutz oder eine Absenkung ineffektiv, wenn nicht sogar gefährlich seien. Zudem wird darin erneut betont, dass ein MÜLS nur in der geprüften Konfiguration gültig sei und daher, wenn es einen Anpralldämpfer enthalten solle, auch damit getestet werden müsse, damit zertifiziert werden könne, dass es auch mit dem Anpralldämpfer in geschlossenem Zustand der massgeblichen Norm entspreche.

**2.5.6** Die Beschwerdeführerin beantragt, dass A. \_\_\_\_\_, Ingenieur und Verfasser dieses Berichts, als Zeuge einvernommen werde, um diesen Bericht zu bestätigen. Eventualiter beantragt sie, dass ein Sachverständigen-gutachten in Auftrag gegeben werde, um zu belegen, dass ihr MÜLS über einen Anprallschutz verfüge.

**2.5.6.1** Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder umgekehrt die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist, oder wenn die entscheidende Behörde ihre Überzeugung auf Grund der bereits abgenommenen Beweise bereits gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 141 I 60 E. 3.3 m.H.).

**2.5.6.2** Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Abbildung des MÜLS der Beschwerdeführerin in ihrem Konformitätszertifikat vom 5. November 2010, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene, zertifizierte MÜLS weder über einen fixen Anprallschutz noch über eine kurze Absenkung verfügt. Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Replik ausdrücklich, es sei rechtswidrig, wenn die Vergabestelle nicht nur eine Zertifizierung des MÜLS, sondern auch des fixen Anprallschutzes oder der kurzen Absenkung verlange. Damit bestätigt sie implizit, dass ihr MÜLS, soweit es zertifiziert ist, weder das eine noch das andere aufweist. Auch aus den "Überlegungen über den Anbau eines Anpralldämpfers" vom 8. Oktober 2012 sowie den mit ihrer Replik eingereichten "Réflexions sur l'installation d'un amortisseur de choc à l'extrémité d'une glissière mobile de déviation de trafic" vom 7. Juli 2021 geht nichts anderes hervor, vielmehr wird darin betont, dass ein MÜLS nur in der geprüften Konfiguration zertifiziert sei und daher, wenn es einen Anpralldämpfer enthalten sollte, auch damit getestet und zertifiziert werden müsste.

**2.5.6.3** Es ist daher nicht ersichtlich, welchen weiteren Erkenntnisgewinn eine Einvernahme des Verfassers dieses Berichts bringen könnte, zumal die Beschwerdeführerin diese Zeugenbefragung ausdrücklich zur Bestätigung des Berichts beantragt hat. Auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Zeugenbefragung ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

**2.5.6.4** In gleicher Weise erübrigt es sich, das von der Beschwerdeführerin eventualiter beantragte Sachverständigengutachten einzuholen. Die Beschwerdeführerin möchte mit diesem Gutachten belegen, dass ihr MÜLS über einen Anprallschutz verfüge. Da indessen, wie dargelegt, nicht bestritten ist, dass das MÜLS der Beschwerdeführerin, soweit es zertifiziert ist, weder einen fixen Anprallschutz noch eine kurze Absenkung aufweist, ist nicht ersichtlich, warum über die Frage, ob das angebotene MÜLS über einen Anprallschutz verfüge, noch Beweis geführt werden sollte.

**2.5.7** Erfüllt das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS, soweit es zertifiziert ist, somit die zwingende technische Anforderung eines fixen Anprallschutzes oder einer kurzen Absenkung nicht, so hat die Vergabestelle das Angebot zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

### **3.**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, indem die Vergabestelle den Zuschlag nicht derjenigen Anbieterin erteilt habe, welche das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe, habe sie Art. 21 aBöB verletzt. Die Offerte der Beschwerdeführerin sei evaluiert worden, bevor die Vergabestelle am 4. November 2020 den ersten Zuschlag erteilt habe. In der Bewertung habe ihr Angebot – vor der Zuschlagsempfängerin Y. \_\_\_\_\_ AG – Rang zwei erreicht. Es sei widersinnig, dass das Angebot der Beschwerdeführerin zunächst bewertet worden sei, bevor es dann durch eine spätere Verfügung der Vergabestelle ausgeschlossen worden sei. Auch sei es angesichts dessen, dass die Y. \_\_\_\_\_ AG im ersten Durchgang auf Rang drei platziert worden sei, unverständlich, dass die Y. \_\_\_\_\_ AG nun den Zuschlag erhalten habe.

Für die Beurteilung, welches Angebot das wirtschaftlich günstigste ist, können nur Angebote zum Vergleich herangezogen werden, welche die technischen Spezifikationen erfüllen und nicht aus einem anderen Grund auszuschliessen sind. Dass zwei Angebote, welche die technischen Spezifikationen nicht erfüllen, wirtschaftlich günstiger sind als ein drittes Angebot, das diese Spezifikationen erfüllt, ist daher kein Anlass, an der Rechtmässigkeit des Zuschlags an diesen dritten Anbieter zu zweifeln.

### **4.**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden ist. Weder diese Ausschlussverfügung noch der Zuschlag an die einzige andere Anbieterin, deren Offerte unbestrittenermassen nicht auszuschliessen war, erweisen sich daher als

rechtswidrig. Damit erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, weshalb sie abzuweisen ist.

**5.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

**6.**

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Vergabestelle als Bundesamt hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin 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 (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 206221; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (A-Post)

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 sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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: 17. Januar 2022