



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,
Filiale Zofingen,
Brühlstrasse 3, 4800 Zofingen,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "N02 190096, EP HAG AUG,
Erhaltungsprojekt Hagnau - Augst/Mittelstreifen
Überleitsysteme (MÜLS)"
SIMAP-Projekt-ID 211800,
SIMAP-Meldungsnummer 1193079.

Sachverhalt:**A.**

Am 18. Dezember 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 "N02, 190096, EP HAG AUG, Erhaltungsprojekt Hagnau-Augst / Mittelstreifen Überleitsysteme (MÜLS)" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1162955). Gemäss der Ausschreibung umfasste der Auftrag die Lieferung, Montage und Inbetriebsetzung von 2 Mittelstreifen Überleitsystemen mit pneumatischer und elektrischer Unterstützung und eine Doppelbarriere Werkseinfahrt FR Basel mit elektrischem Antrieb (Ausschreibung, Ziff. 2.6).

Der Bauauftrag soll im Zeitraum vom 22. April 2021 bis 7. Januar 2022 ausgeführt werden (Ausschreibung, Ziff. 2.13). Die Angebote waren bis zum 19. Februar 2021 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

B.

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter das Angebot der X. _____ SA (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

C.

Mit Schreiben vom 26. Februar 2021 stellte die Vergabestelle allen Anbieterinnen das anonymisierte Offertöffnungsprotokoll zu.

D.

Im Rahmen der Evaluation stellte die Vergabestelle am 11. März 2021 den Anbieterinnen Fragen zu einzelnen Punkten in den Angeboten. Die Vergabestelle wies darauf hin, dass diese Fragen sowie die diesbezüglichen Antworten Bestandteil des Angebots des Anbieters würden und damit integrierter Bestandteil eines allfälligen Werkvertrags. Die Beschwerdeführerin reichte am 19. März 2021 ihre Antworten ein.

E.

Die Vergabestelle stellte der Beschwerdeführerin sodann mit Schreiben vom 23. März 2021 weitere Fragen, welche die Beschwerdeführerin am 30. März 2021 beantwortete.

F.

Am 6. Mai 2021 erteilte die Vergabestelle der Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagempfängerin) den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'305'179.69

(inkl. MwSt.) und publizierte die Zuschlagsverfügung am 11. Mai 2021 auf SIMAP. Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass nach Prüfung der eingegangenen Offerten festgestellt worden sei, dass zwei Anbieter nicht die ausgeschriebenen Anforderungen erfüllten. Die Firma Y. _____ AG habe ein sehr gutes Angebot eingereicht und erfülle alle technischen Anforderungen. Das Angebot sei somit in der Gesamtheit das wirtschaftlich günstigste (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.3).

G.

Mit Absageschreiben vom 11. Mai 2021 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen werden müssen. Zur Begründung führt sie an, aufgrund des Angebots sowie der gezielt gestellten Fragen seien die zwingend umzusetzenden Anforderungen gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" nicht erfüllt. Der Zuschlag sei der Y. _____ AG zum Preis von Fr. 1'211'866.– (exkl. MwSt.) erteilt worden.

H.

Gegen den am 11. Mai 2021 auf SIMAP publizierten Zuschlag erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 31. Mai 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt im Hauptbegehren, es seien die Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 und die Zuschlagsverfügung vom 6. Mai 2021, publiziert auf SIMAP am 11. Mai 2021, aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, die Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 und die Zuschlagsverfügung vom 6. Mai 2021 seien aufzuheben und die Sache sei an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anordnung, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Subeventualiter beantragt die Beschwerdeführerin, die Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 sei aufzuheben und es seien die Rechtswidrigkeit des Zuschlags vom 6. Mai 2021 festzustellen und die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 19'873.25 samt Zins von 5% seit 10. Mai 2021 zuzusprechen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sollte das Gericht die aufschiebende Wirkung nicht erteilen, sei die Widerrechtlichkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das Angebot der Beschwerdeführerin zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen mit der Begründung, dass es die

Anforderung gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontal-aufprall bei offener MÜLS" nicht erfülle. Das von ihr eingereichte EG-Konformitätszertifikat belege, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle.

I.

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.

J.

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

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. Es seien diverse Anforderungen gemäss den Normen SN 640 561 (Passive Sicherheit im Strassenraum) und SN 640 567-2 (Fahrzeugrückhaltesysteme) zu erfüllen. Weitere Vorgaben ergäben sich aus dem Lastenheft, insbesondere aus dessen Kapitel 4. Unter anderem sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) im vordersten MÜLS-Element 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 Anpralldämpfer mindere durch eine Knautschzone die Wucht des Aufpralls. Die Beschwerdeführerin verfüge indessen über kein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element oder kurzer Absenkung. Das zusätzliche, abnehmbare Element (Anpralldämpfer) sei nicht zertifiziert. Das System der Beschwerdeführerin könne daher nicht in Verkehr gebracht werden und sei für die Vergabestelle nutzlos. Im Ergebnis habe die Beschwerdeführerin ein Produkt angeboten, das wesentliche Anforderun-

gen des Lastenhefts nicht erfülle. Sie habe auch auf Nachfrage keine Lösung anbieten können, welche diese Anforderung erfüllen könne. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei daher zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Sowohl die Beschwerde als auch der Antrag auf aufschiebende Wirkung seien abzuweisen.

K.

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

L.

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

M.

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

N.

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.

O.

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.

P.

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.

Q.

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

R.

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.

S.

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 Rechtsbegehren 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.

T.

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.

U.

Mit Eingabe vom 15. Dezember 2021 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie davon ausgehe, dass vorliegend der Gesamtwert des Projekts den in der aVöB festgelegten Schwellenwert von 8,7 Mio. Fr. erreiche und das Bundesverwaltungsgericht zuständig sei.

V.

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2021 teilte die Vergabestelle mit, dass der Wert der im Rahmen dieses Projekts zu beschaffenden Bauleistungen auf über 90 Mio. Fr. geschätzt werde. Damit werde der Schwellenwert für das offene Verfahren im Anwendungsbereich des Gesetzes deutlich überschritten, und das Bundesverwaltungsgericht sei in dieser Sache zuständig.

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 18. Dezember 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.

Vorliegend erfolgte der Zuschlag zum Preis von Fr. 1'305'179.69 (inkl. MwSt.), weshalb sich die Frage stellt, ob der Schwellenwert für Bauwerke erreicht wurde.

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 aBöB zu vergeben (BVGE 2009/18 E. 2.4.2 "place d'armes Drogne/FR"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 311 m.w.H.).

Das vorliegend ausgeschriebene MÜLS ist gemäss den Angaben der Vergabestelle vom 16. Dezember 2021 Teil eines Erhaltungsprojekts, in welchem diverse Bauleistungen beschafft werden. Der Wert der im Rahmen dieses Projekts zu beschaffenden Bauleistungen wird auf über 90 Mio. Fr. geschätzt. Zwar liegt der geschätzte Auftragswert für den vorliegenden Bauauftrag 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 offensichtlich 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 11. Mai 2021 und der Zuschlagsverfügung vom 6. Mai 2021 respektive auf Aufhebung der Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 und der Zuschlagsverfügung vom 6. 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 (BVG 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. Die Vergabestelle habe die unzutreffende Auffassung vertreten, dass ihr MÜLS die Anforderung gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" nicht erfülle. Dies treffe nicht zu, denn die Beschwerdeführerin habe anhand des von ihr eingereichten EG-Konformitätszertifikates belegt, dass ihr MÜLS die Anforderungen der Norm EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfülle und habe in ihrer Beschwerde aufgezeigt, dass ihr MÜLS einen Anpralldämpfer aufweise. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei zudem das preislich günstigste gewesen. Sie habe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Es sei daher sehr wahrscheinlich, dass dem Angebot der Beschwerdeführerin der Zuschlag erteilt worden wäre, wenn es bewertet worden wäre.

Dass das Angebot der Beschwerdeführerin das preislich günstigste war, ergibt sich aus dem Evaluationsbericht. Wie das Angebot unter den Zuschlagskriterien Qualität, Ausrüstungen und Ausführungen sowie Montageablauf zu bewerten gewesen wäre, ist offen. Gemäss Ausschreibung hatte das Zuschlagskriterium Preis indessen eine Gewichtung von 60%, weshalb es plausibel ist, dass das Angebot der Beschwerdeführerin, wenn es nicht auszuschliessen wäre, sich als das wirtschaftlich günstigste erweisen könnte. Würde das Bundesverwaltungsgericht daher der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass ihr MÜLS zu Unrecht von der Bewertung ausgeschlossen worden sei, so hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance darauf, selbst den Zuschlag zu erhalten.

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 rechtzeitig 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, die Vergabestelle habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Es treffe nicht zu, dass ihr Angebot die Anforderung gemäss Lastenheft Kapitel 4.1.7 "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" nicht erfülle. Ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Die Beschwerdeführerin erklärt mit Verweis auf die entsprechenden Richtlinien der Vergabestelle, die beiden Normen SN 640 560 und SN 640 561 stellten 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 Fahrzeug-Rückhaltesysteme, 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.

Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin am 11. März 2021 Fragen zu ihrem Angebot gestellt. Frage 4 habe den Zweck gehabt sicherzustellen, dass das MÜLS der Beschwerdeführerin einen Anpralldämpfer oder eine kurze Absenkung aufweise. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Antwort vom 19. März 2021 angegeben, dass der Aufbau ihres MÜLS erlaube, dass ein Teil der Energie eines Frontalaufpralls absorbiert werde. Zudem habe die Beschwerdeführerin dargelegt, dass ein abnehmbares Element an der Verriegelung ihres MÜLS angebracht werden könne, welches eine bessere Stossdämpfung ermögliche. Die Beschwerdeführerin habe ihrer Antwort in Beilage 11 ein Schema beigefügt, das zeige, weshalb sie diese Lösung gegenüber der kurzen Absenkung bevorzuge. Die Beschwerdeführerin

habe am 30. März 2021 zusätzliche Fragen der Vergabestelle beantwortet und erklärt, dass das abnehmbare Element im Preis inbegriffen sei und das Anbringen des Elements nicht länger als 20 Minuten dauere. Ihr Angebot erfülle somit voll und ganz die an das MÜLS gestellten Anforderungen. Die Vergabestelle habe diesbezüglich den Sachverhalt nicht richtig festgestellt. Die Ausschlussverfügung vom 11. Mai 2021 sei daher aufzuheben.

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 4.1.7 des Lastenhefts werde einzig verlangt, dass das MÜLS eine Kurzabsenkung 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 Kapitel 4 des Lastenhefts sei das MÜLS zur Sicherheit der Verkehrsteilnehmer unter anderem mit einem fixen Anprallschutz (Anpralldämpfer) im vordersten MÜLS-Element oder einer kurzen Absenkung zu versehen. Das von der Beschwerdeführerin angebotene System verfüge jedoch weder über eine kurze Absenkung noch über einen fixen Anpralldämpfer und erfülle damit die Anforderungen gemäss Lastenheft, insbesondere gemäss Ziffer 4.1.7, nicht. Die Vergabestelle habe daher explizit bei der Beschwerdeführerin nachgefragt. Die Beschwerdeführerin habe geantwortet, dass ihr System nicht über einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element verfüge, dass es aber möglich sei, das System mit einem zusätzlichen, abnehmbaren Element zu ergänzen. Dieses Element müsse jedoch bei jeder Öffnung/Schliessung montiert respektive demontiert werden. Zudem müsse das System im Boden verankert werden, was selbst aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht möglich sei. Zudem sei das System der Beschwerdeführerin mit abnehmbarem Anpralldämpfer nicht nach der Norm SN 640 567 respektive EN 1317 zertifiziert. Die Beschwerdeführerin halte demnach selber fest, dass sie lediglich über ein zertifiziertes MÜLS ohne fixen Anprallschutz oder kurze Absenkung verfüge. Indessen müssten alle Rückhaltesysteme zertifiziert sein, was auch die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde festhalte. Die Einhaltung einschlägiger Normen könne nur mit einer Zertifizierung nachgewiesen werden. Im Ergebnis verfüge die Beschwerdeführerin über kein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element oder

kurzer Absenkung. Das zertifizierte System der Beschwerdeführerin erfülle die Anforderungen gemäss Lastenheft nicht. Es bestünden daher sachliche Gründe für den Ausschluss der Beschwerdeführerin.

2.1 Die Vergabestelle hat die Anforderungen an die geforderte Leistung, insbesondere deren technische 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 Leistungsbeschreibung (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 Schutzvorrichtung für den Verkehr, welche geschlossen (Richtungsverkehr) oder geöffnet (Gegenverkehr) werden kann.

Die technischen Spezifikationen wurden durch die Vergabestelle im Lastenheft, das Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen bildet, vorgegeben (Dok. 4.2 Lastenheft). Das Lastenheft sieht in Kapitel 4. Technische Lösung unter anderem Folgendes vor:

"Der MÜLS-Schenkel muss die Rückhaltstufe H2 aufweisen und nach EN 1317 geprüft sein." (Dok. 4.2 Lastenheft, Kap. 4.1.1.1).

Weiter stellte das Lastenheft in Kapitel 4.1.7 die folgenden Bedingungen an die "Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS" auf:

"Als Schutzvorrichtung in Kombination der Verriegelung sind folgende zwei Lösungen zulässig und müssen zwingend umgesetzt werden.

- Kurzabsenkung oder
- Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element"

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass es sich bei den in den Kapiteln 4.1.1.1 und 4.1.7 des Lastenhefts festgelegten Anforderungen an die technische Lösung 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.

2.3 Aus den Akten ergibt sich, dass das von der Beschwerdeführerin eingereichte Zertifikat für das von ihr angebotene MÜLS lediglich eine Rückhaltstufe H1 statt der geforderten Stufe H2 ausweist. Die Beschwerdeführerin führte im Rahmen der technischen Bereinigung auf die entsprechende Frage der Vergabestelle aus, ihr System erfülle die Rückhaltstufe H2 und könnte diese Zertifizierung erhalten, wenn dies erforderlich sei. Die Vergabestelle war anscheinend mit dieser Antwort befriedigt, denn sie thematisierte diesen Punkt weder anlässlich der Begründung des Ausschlusses noch in ihrer Vernehmlassung.

2.4 Insofern ist davon auszugehen, dass die Einhaltung dieser technischen Spezifikation durch das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS vorliegend nicht bestritten ist.

2.5 Bestritten ist indessen, ob das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS auch die – kumulativ zu erfüllenden – Anforderungen an eine Kurzabsenkung oder einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element erfüllt.

Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich, sie habe in ihrer Offerte angegeben, dass sie die in Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts aufgestellten Anforderungen erfülle und ihre Schranke über einen Anpralldämpfer verfüge. Auch habe sie die Fragen der Vergabestelle beantwortet und bestätigt, dass ihr MÜLS den Anforderungen gemäss Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts entspreche. Die Beschwerdeführerin habe die Anforderungen gemäss Lastenheft eingehalten, insbesondere durch Einreichen des EG-Konformitätszertifikats vom 5. November 2010, aus dem hervorgehe, dass ihr MÜLS die Norm EN 1317-5 einhalte. Zu Unrecht behaupte die Vergabestelle, das

MÜLS der Beschwerdeführerin halte das Lastenheft nicht ein, weil der Anpralldämpfer nicht zertifiziert sei. Das entsprechende Erfordernis existiere weder in der Ausschreibung noch im Lastenheft. In Kapitel 4.1.7 des Lastenhefts werde einzig verlangt, dass das MÜLS eine Kurzabsenkung oder einen Anpralldämpfer besitzen müsse, nicht aber, dass diese Elemente 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 Kurzabsenkung oder Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element erbracht. Auch mit dem von der Beschwerdeführerin auf Nachfrage angebotenen System könne das Ziel nicht erreicht werden, da eine Montage/Demontage sowie eine Verankerung erforderlich seien. Durch den manuellen Eingriff bei der Montage/Demontage sei zudem nicht sichergestellt, dass das geforderte Zeitfenster von 20 Minuten für die Einrichtung und das Anhalten des Verkehrs von unter 5 Minuten erreicht werden könne, womit eine weitere Vorgabe gemäss Ausschreibung nicht eingehalten sei. 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 indessen nicht. Die Beschwerdeführerin verfüge über kein zertifiziertes System mit Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element oder kurzer Absenkung. Das zusätzliche, abnehmbare Element (Anpralldämpfer) sei nicht zertifiziert. Auch mit dieser Ergänzung vermöge die Beschwerdeführerin die Anforderungen nicht zu erfüllen. Ein System, das nicht in Verkehr gebracht werden dürfe, sei für die Vergabestelle nutzlos. Weil die von der Beschwerdeführerin angebotene Lösung weder über eine kurze Absenkung noch über einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element verfüge, entspreche sie nicht den Anforderungen gemäss Lastenheft, insbesondere erfülle sie die Anforderungen gemäss Ziffer 4.1.7 nicht.

2.5.1 Die Beschwerdeführerin hat mit ihrer Offerte ihr EG-Konformitätszertifikat Nr. 1826-CPD-10-02-09 vom 5. November 2010 eingereicht, welches bescheinigt, dass das von ihr angebotene MÜLS den Standard EN 1317-5: 2007 + A1: 2008 erfüllt.

Das EG-Konformitätszertifikat der Beschwerdeführerin, das sie mit ihrem Angebot eingereicht hat, enthält im Anhang eine Abbildung des zertifizierten MÜLS sowie die Daten zur Leistungsfähigkeit des MÜLS bei einem

Aufprall. Aus dieser Abbildung des verriegelten MÜLS geht hervor, dass das zertifizierte MÜLS der Beschwerdeführerin weder über eine Kurzabsenkung noch einen Anpralldämpfer aufweist. Die Beschwerdeführerin behauptet dies auch gar nicht.

2.5.2 Anlässlich der technischen Bereinigung forderte die Vergabestelle die Beschwerdeführerin am 11. März 2021 auf, zu verschiedenen Fragen Stellung zu nehmen. Darunter befand sich auch die folgende Frage:

"Als Schutzvorrichtung Frontalaufprall bei offener MÜLS in Kombination der Verriegelung sind folgende zwei Lösungen zulässig und müssen zwingend umgesetzt werden.

- Kurzabsenkung oder
- Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element.

Welche Lösung wird umgesetzt? Bitte eine Skizze mitsenden. Bitte das zugehörige Prüfzertifikat mitsenden." (Fragekatalog Frage 4)

Die Beschwerdeführerin kreuzte auf diese Frage die Antwort "ja" und begründete ihr Antwort vom 19. März 2021.

2.5.3 Die Vergabestelle stellte daraufhin am 23. März 2021 die folgende Anschlussfrage:

"1. Können Sie bitte bestätigen, dass das von Ihnen entwickelte abnehmbare Element im Angebotspreis enthalten ist?

2. Können Sie bitte bestätigen, dass der Vorgang zum Einrichten der Verkehrsführung dieses halbautomatischen MÜLS mit dem Anbringen des abnehmbaren Elements an dem MÜLS-Schenkel nicht länger als 20 Minuten dauern wird? Siehe Kap. 2.1 LH mit folgenden Text "Das Einrichten des Gegenverkehrs muss auf eine Zeit von unter 20 Minuten zu liegen kommen und das Anhalten des Verkehrs muss geringer als 5 Minuten sein."

Die Beschwerdeführerin kreuzte wiederum die Antwort "ja" an und erklärte, dass diese Elemente in ihrem Preis enthalten seien und dass die Installation der Elemente nicht länger als 20 Minuten dauere. Diese Elemente seien am Verriegelungssystem des MÜLS befestigt und erforderten kein Werkzeug für die Installation.

Gleichzeitig legte die Beschwerdeführerin aber noch eine Notiz bei, betitelt mit "Mobiles Mittelstreifen-Überleitsystem (MÜLS), GMA09800 EG Homo-

logation 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 Leitschranke. 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 Leitschranke. 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, einen Frontkasten mit integrierter Stauchzone 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 Anprallschutzes oder einer Kurzabsenkung 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 die von ihr eingereichten "Réflexions sur l'installation d'un amortisseur de choc à l'extrémité d'une glissière mobile de déviation de trafic" zeigen nicht auf, dass das von der Beschwerdeführerin angebotene MÜLS über einen Anprallschutz oder eine kurze Absenkung verfügt, sondern legen lediglich dar, 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 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 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 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 solle, auch damit getestet und zertifiziert werden müsste.

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.

2.5.6.3 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 eine Kurzabsenkung noch einen Anpralldämpfer im vordersten MÜLS-Element 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 einer Kurzabsenkung oder Anpralldämpfers im vordersten MÜLS-Element nicht, so hat die Vergabestelle das Angebot zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

3.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle auch eine Verletzung von Art. 21 aBöB vor. Diese Bestimmung sehe vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Vorliegend habe die Vergabestelle die Beschwerdeführerin zu Unrecht mit der Begründung, ihr Angebot

erfülle die im Lastenheft aufgestellten Anforderungen nicht, ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin habe das preislich günstigste Angebot eingereicht. Es sei das wirtschaftlich günstigste. Indem die Vergabestelle den Zuschlag nicht der Anbieterin erteilt habe, habe sie Art. 21 aBöB verletzt.

Die Vergabestelle legt dar, der Preis sei aufgrund der Komplexität des Vorhabens mit 60% gewichtet. Die übrigen Zuschlagskriterien hätten damit ein erhebliches Gewicht. Sie seien aufgrund des Ausschlusses der Beschwerdeführerin nicht bewertet worden. Gestützt auf den Preis könne deshalb nicht direkt auf die theoretische Platzierung geschlossen werden.

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 das Angebot der Beschwerdeführerin, das, wie dargelegt, die technischen Spezifikationen nicht erfüllt und daher zu Recht ausgeschlossen wurde, möglicherweise wirtschaftlich günstiger ist als das Angebot der Zuschlagsempfängerin, das diese Spezifikationen erfüllt, ist daher kein Anlass, an der Rechtmässigkeit des Zuschlags 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^{bis} 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 211800; 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