



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-6327/2016**  
stm/bdb/du

## **Zwischenentscheid vom 21. November 2016**

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Martin Kayser, Richter Hans Urech,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Badilatti.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**Bietergemeinschaft X** \_\_\_\_\_,

bestehend aus:

1. **A.** \_\_\_\_\_ **AG**,
2. **B.** \_\_\_\_\_ **AG**,
3. **C.** \_\_\_\_\_ **GmbH**,

alle vertreten durch Raffael Ramel, Rechtsanwalt,  
von ins I wyder I zumstein,  
Bollwerk 21, Postfach 8735, 3001 Bern,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Bundesamt für Strassen (ASTRA)**,  
Rechtsdienst und Landerwerb,  
3003 Bern,  
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausbau Nordumfahrung  
Zürich, Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage,  
SIMAP-Meldungsnummer 933119 (Projekt-ID 141328),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

**A.a** Am 10. Juni 2016 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "100049, N1/38, 42 Ausbau Nordumfahrung Zürich, D-5.3 VTV - Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ANU-Perimeters" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 918589). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst der Auftrag namentlich die Erweiterung/Erneuerung der Videoanlage im genannten Perimeter, die Lieferung und Montage verschiedener Videokameras und die Inbetriebnahme und Tests für Videobildübertragungen und -aufschaltung, Bildauswertung, Bildspeicherung sowie Standstreifenüberwachung. Als Eignungskriterium 1 "Technische Leistungsfähigkeit" verlangt die Vergabestelle gemäss Ziffer 3.8 der Ausschreibung ein Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich. Unter dem Eignungskriterium 3 "Schlüsselpersonen" führt die Vergabestelle an, dass der Projektleiter ein Referenzprojekt über abgeschlossene Arbeiten in gleicher Funktion oder Stv.-Funktion mit vergleichbarer Komplexität aus dem gleichen Fachbereich vorzuweisen habe (Ziffer 3.8 der Ausschreibung).

**A.b** In der Folge gingen fristgerecht sechs Angebote ein, darunter dasjenige der Bietergemeinschaft X.\_\_\_\_, bestehend aus der A.\_\_\_\_ AG, der B.\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_ GmbH.

**A.c** Mit Schreiben vom 23. September 2016 teilte die Vergabestelle der Bietergemeinschaft X.\_\_\_\_ mit, ihre Offerte sei von der Bewertung ausgeschlossen worden, weil das Referenzobjekt EK 3 des Projektleiters nicht aus dem Bereich Video für Strassenverkehr, sondern aus dem Bereich Objektschutz und Indoor stamme. Fachbereich und Komplexität seien daher nicht vergleichbar, womit das EK 3 nicht erfüllt sei. Der Zuschlag sei der Y.\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) vergeben worden. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation.

**A.d** Der Zuschlag vom 19. September 2016 wurde am 23. September 2016 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 933119) publiziert. Der Bauauftrag wurde zu einem Preis von Fr. 10'960'809.35 exkl. MWST vergeben.

**B.**

Die Bietergemeinschaft X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) erhoben am 13. Oktober 2016 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, es sei die Ausschlussverfügung vom 23. September 2016 und die Zuschlagsverfügung vom 23. September 2016 aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerinnen zur Bewertung zuzulassen. Es sei direkt durch das Gericht selbst eine neue Angebotsbewertung vorzunehmen und der neu auszufällende Zuschlag den Beschwerdeführerinnen zu erteilen. Eventualiter seien die genannten Verfügungen aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, vorab superprovisorisch, die Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Weiter sei den Beschwerdeführerinnen vollständige Akteneinsicht zu gewähren, soweit nicht Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Nach gewährter Akteneinsicht sei ihnen Gelegenheit zu geben, dazu Stellung zu nehmen und die Beschwerde zu ergänzen. Gegen die Ausschlussverfügung bringen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen vor, dass sie die geforderten Angaben in Bezug auf das EK 3 vollständig ausgefüllt hätten. Ausgehend davon, dass die Ausschreibungsunterlagen sowohl unter Ziffer 2.3 als auch unter Ziffer 2.4 (Dokument 5 der Ausschreibungsunterlagen) Angaben zur Erfahrung der Schlüsselperson und deren Referenzobjekt vorgesehen hätten, hätten sie zwei Schlüsselpersonen, welche je einzeln sämtliche Kriterien erfüllen würden, angegeben (Beschwerde, Rz. 6). Gemäss Begründung des Ausschlusses hätten die Beschwerdeführerinnen davon ausgehen müssen, dass die Vergabestelle nur die Angaben zu einer Schlüsselperson verlangt hätte und sie einzig die unter der Ziffer 2.3 angegebene Schlüsselperson betrachtet habe. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten namentlich, dass das Referenzprojekt aus dem Bereich "Video für Strassenverkehr" stammen müsse (Beschwerde, Rz. 8). Da die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien erfüllen würden, sei der Ausschluss aufzuheben. Zusammenfassend sei die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet. Es liege auch keine zeitliche Dringlichkeit vor (Beschwerde, Rz. 20).

**C.**

**C.a** Mit superprovisorischer Anordnung vom 14. Oktober 2016 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen

der Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen.

**C.b** Am 17. Oktober 2016 teilte der Instruktionsrichter den Verfahrensbeteiligten mit, dass mit Eingabe vom 13. Oktober 2016 (Posteingang: 17. Oktober 2016) eine Anbieterin desselben Vergabeverfahrens ebenfalls eine Beschwerde gegen ihren Ausschluss und die Zuschlagsverfügung vom 23. September 2016 eingereicht hat (vgl. Verfahren B-6332/2016). Mit Verfügung vom 18. Oktober 2016 erhielten die Beschwerdeführerinnen sodann die Gelegenheit, sich zur Frage betreffend Vereinigung der Verfahren B-6327/2016 und B-6332/2016 zu äussern, wobei der Instruktionsrichter mitteilte, dass die jeweiligen Rügen derart unterschiedlich seien, dass eine Vereinigung prima facie nicht sinnvoll erscheine.

#### **D.**

Die Zuschlagsempfängerin teilte mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 mit, sich nicht am Verfahren zu beteiligen, solange dieses nur die Frage des Ausschlusses der Beschwerdeführerinnen betreffe. Weiter machte die Zuschlagsempfängerin Ausführungen zur ihren Geheimhaltungsinteressen in Bezug auf die Verfahrensakten.

#### **E.**

Mit Vernehmlassung vom 28. Oktober 2016 beantragt die Vergabestelle die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der aufschiebenden Wirkung, wobei über das Gesuch ohne weiteren Schriftenwechsel zu entscheiden sei. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen. Betreffend das Eignungskriterium für den Projektleiter legt die Vergabestelle dar, dass gemäss Ausschreibung klar sei, dass für die Beurteilung der Eignung von Schlüsselpersonen nur Angaben zu einer Person, dem Projektleiter, verlangt worden seien (Vernehmlassung, Rz. 3 ff.). Die Vergabestelle führt sodann aus, dass es sich bei der vorliegenden Beschaffung um komplexe Arbeiten in einem anspruchsvollen Umfeld handle, insbesondere da sie auch auf Strecken unter Verkehr sowie in Tunnels ausgeführt werden. Aufgrund der Grösse des Auftrags würden auch viele Koordinationsarbeiten anfallen. Vor diesem Hintergrund habe sie zulässigerweise ein Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich verlangt (Vernehmlassung, Rz. 14 ff.). Das Referenzprojekt des Projektleiters gemäss Ziffer 2.3 im Bereich Indoor/Objektschutz erfülle im Vergleich zu einem Projekt im Strassenbereich unterschiedliche Anforderungen (Vernehmlassung, Rz. 22 ff.). Die Vergabestelle weist zudem darauf hin, dass

sie das Projekt des von den Beschwerdeführerinnen vorgesehenen Stellvertreters des Projektleiters (Ziffer 2.4) nicht bewertet habe, da diese Angaben nicht verlangt worden seien (Vernehmlassung, Rz. 28). Schliesslich legt die Vergabestelle dar, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen wegen Nichterfüllens der Eignung ausgeschlossen und anhand der Zuschlagskriterien entsprechend nicht bewertet worden sei. In Bezug auf die Frage der Dringlichkeit macht die Vergabestelle geltend, dass das vorliegende Projekt im Rahmen des Gesamtprojekts Ausbau Nordumfahrung Zürich (ANU) durchgeführt werde, welches wiederum an diverse andere Projekte grenze. Terminverzögerungen würden einen erheblichen, zusätzlichen Planungsaufwand und zusätzliche Kosten für Wartezeiten, Sperrungen, Nacht- und Wochenendarbeit bedeuten (vgl. Vernehmlassung, Rz. 40 ff.). Betreffend das Akteneinsichtsrecht beantragt die Vergabestelle, diese zu beschränken, soweit es sich um die Offerten der Konkurrenten handle. Damit seien auch der Evaluationsbericht und diverse Vergabeunterlagen verknüpft. Diese Unterlagen seien den Beschwerdeführerinnen somit nicht zuzustellen. Zur Verfahrensvereinigung beantragte die Vergabestelle, die Beschwerdeverfahren B-6327/2016 und B-6332/2016 nicht zu vereinigen.

## **F.**

**F.a** Mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 teilten die Beschwerdeführerinnen mit, dass sie eine Verfahrensvereinigung des vorliegenden Verfahrens mit dem Verfahren B-6332/2016 begrüssen würden. Da sich die Rügen jedoch derart unterscheiden, werde auf einen formellen Antrag auf Vereinigung der Verfahren verzichtet.

**F.b** Am 31. Oktober 2016 verfügte der Instruktionsrichter, dass die Verfahren B-6327/2016 und B-6332/2016 nicht vereinigt werden. Die Beschwerdeführerinnen erhielten ausserdem Gelegenheit, eine Replik zur aufschiebenden Wirkung einzureichen.

## **G.**

**G.a** Am 31. Oktober 2016 gewährte der Instruktionsrichter der Zuschlagsempfängerin in elektronischer Form das rechtliche Gehör zu einem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag des Auszugs ihrer Offerte betreffend die Einhaltung der Eignungskriterien 1 und 3 sowie des Auszugs aus dem Evaluationsbericht der Vergabestelle.

**G.b** Am 1. November 2016 äusserte sich die Zuschlagsempfängerin in elektronischer Form betreffend den gerichtlichen Abdeckungsvorschlag.

Gegen den Vorschlag zur Evaluationstabelle brachte sie keine Einwände vor, wogegen sie hinsichtlich der Offerte dem Gericht einen neuen Anonymisierungsvorschlag einreichte.

**G.c** Am 1. November 2016 stellte der Instruktionsrichter der Vergabestelle den Evaluationsbericht (Dossier 1) in teilweise geschwärzter Form zur freigestellten Stellungnahme zu.

**G.d** Am 2. November 2016 teilte die Vergabestelle dem Instruktionsrichter telefonisch mit, dass die an der Evaluation beteiligten Firmen offengelegt werden könnten. Im Rahmen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung sei die Identität der beteiligten Personen indessen einstweilen abzudecken. Gegen den entsprechenden, neu formulierten Abdeckungsvorschlag brachte die Vergabestelle keine weiteren Einwände vor.

**G.e** Mit Verfügung vom 2. November 2016 stellte der Instruktionsrichter die gerichtliche Abdeckung des Offertauszugs der Zuschlagsempfängerin vom 1. November 2016 betreffend Erfüllung der Eignungskriterien 1 und 3 den Beschwerdeführerinnen zu.

**G.f** Die Vergabestelle reichte mit Stellungnahme vom 2. November 2016 zur Frage der Akteneinsicht betreffend den Evaluationsbericht einen neuen Abdeckungsvorschlag ein, namentlich mit Abdeckung der Angaben zu den beteiligten Personen.

**G.g** Am 3. November 2016 stellte der Instruktionsrichter den Evaluationsbericht in teilweise geschwärzter Form gemäss Fassung vom 2. November 2016 mitsamt der Evaluationstabelle betreffend die Zuschlagsempfängerin vom 31. Oktober 2016 den Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle zu.

#### **H.**

Mit Replik vom 7. November 2016 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen und an deren Begründung im Wesentlichen fest.

#### **I.**

Mit Verfügung vom 17. November 2016 wurde den Parteien der Spruchkörper mitgeteilt.

#### **J.**

Die Vergabestelle reichte am 17. November 2016 unaufgefordert eine Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführerinnen ein, welche diesen am

18. November 2016 zur Kenntnis zugestellt wurde, wobei darauf hingewiesen wurde, dass der Entscheidentwurf bereits in Zirkulation gesetzt worden sei.

## **K.**

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

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

### **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

**1.2** Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

**1.3** Die Beschwerdeführerinnen beantragen namentlich, es sei der Ausschluss vom 23. September 2016 und der Zuschlag vom 23. September 2016 aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerinnen zur Bewertung zuzulassen. Die Vergabestelle hat den Beschwerdeführerinnen am 23. September 2016 schriftlich mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen werde, weil das EK 3 nicht erfüllt sei. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation. Folglich ist das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2016 E. 1.4.1; vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1271).

**1.4** Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und sind durch die angefochtene Verfügung – sie wurden aus dem Verfahren ausgeschlossen bzw. der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerinnen zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerinnen gemäss Offertöffnungsprotokoll (Fr. 8'050'375.– exkl. MWST) im Vergleich zum Preis der Zuschlagsempfängerin (Fr. 10'960'809.35 exkl. MWST) günstiger. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen ist sogar das günstigste Angebot gemäss Offertöffnungsprotokoll. Damit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4) so zu verstehen ist, dass die im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossene Anbieterin geltend machen muss, dass sie für den Fall, dass ihre Offerte in die Bewertung einbezogen wird, eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Die Legitimation der Beschwerdeführerinnen ist demnach jedenfalls gegeben. Indessen ist im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses das von den Beschwerdeführerinnen gestellte Begehren, der Zuschlag sei ihnen direkt zu erteilen, nicht zielführend, da die Evaluation durch die Vergabestelle erst noch erfolgen muss. Die Beschwerdeführerinnen haben ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3; Urteil des BVGer B-1875/2014 vom 16. Juli 2014 E. 1.3).

**1.5** Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.6** Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

**2.**

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

## **2.2**

**2.2.1** Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

**2.2.2** Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Gleichzeitig hat sie die Beschaffung hingegen unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 32323500 – Video-Überwachungssystem aufgeführt (vgl. Ziffer 2.4 der Ausschreibung), welche einer Lieferung entspricht (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a BöB). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB 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 GPA. Die ausgeschrieben Arbeiten umfassen namentlich Erweiterung/Erneuerung der Videoanlage im Perimeter ANU ZH, die Lieferung und Montage verschiedener Videokameras und die Inbetriebnahme und Tests für Videobildübertragungen und -aufschaltung, Bildauswertung, Bildspeicherung sowie Standstreifenüberwachung. Mit Blick auf die im Beschaffungsprojekt enthaltene Installation bzw. Montage der Videogeräte ist prima facie nicht davon auszugehen, dass es sich um eine reine Lieferung handelt. Es käme hingegen neben der Möglichkeit, dass es sich um eine Bauleistung handelt, grundsätzlich auch eine Dienstleistung in Frage, wobei zu prüfen wäre, ob diese von der Positivliste gemäss Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) erfasst wird. Im Zweifelsfall gilt grundsätzlich, dass alles, was sich eher unter der Ziffer 51 der CPC-Liste als unter eine andere Ziffer der CPC-Liste subsumieren lässt, als Bauleistung zu qualifizieren ist (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf, 2012, Rz. 942). Die Vergabestelle stellt indessen nicht in

Frage, dass das Projekt in den objektiven Anwendungsbereich des BöB fällt. Vorliegend braucht diese Frage denn auch angesichts des Ausgangs des Zwischenentscheids nicht abschliessend beurteilt zu werden (vgl. E. 6 hiernach).

**2.2.3** Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 10'960'809.35 exkl. MWST vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a bzw. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.– und für Bauwerke Fr. 8,7 Mio. Demzufolge ist der Schwellenwert unabhängig davon, ob es sich um einen Bauauftrag oder um eine unterstellte Dienstleistung handelt, erreicht.

### **3.**

**3.1** Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

**3.2** Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H.). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

**3.3** Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 m. H.).

#### **4.**

**4.1** Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerinnen vorliegend nicht zur Bewertung zugelassen bzw. vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie das Eignungskriterium 3 nicht erfüllt haben. Im Schreiben vom

23. September 2016 führt sie dazu konkret aus, dass das Referenzprojekt EK 3 des Projektleiters nicht aus dem Bereich Video für Strassenverkehr, sondern aus dem Bereich Objektschutz und Indoor stamme. Fachbereich und Komplexität seien daher nicht vergleichbar.

**4.2** Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 9 Abs. 1 BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Diese Bestimmung wird durch Art. 9 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter Unterlagen erheben und einsehen kann. Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt sie bei der Bezeichnung der notwendigen Nachweise Art und Umfang des Auftrages Rechnung. Das Bundesverwaltungsgericht leitet in ständiger Rechtsprechung daraus ab, dass die Eignungskriterien auftragspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.1, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 f., m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBl 1994 IV S. 1187 f.) soll der Nachweis auf diejenigen Eignungskriterien beschränkt werden, welche wesentlich sind, damit die Anbieterin oder der Anbieter den betreffenden Auftrag erfüllen kann. Die Eignungskriterien dürfen insbesondere nicht in der Absicht festgelegt werden, gewisse Anbieterinnen oder Anbieter zum vornherein auszuschliessen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3).

**4.3** Bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6253/2009 vom 16. November 2009 E. 4.2, m.H.), in welchen das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 31 BöB nicht eingreifen darf. Daran ändert in der Regel auch der Umstand nichts, dass hohe Anforderungen an die Anbieter im Lichte von Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB, der als Ziel des Vergaberechts die Stärkung des Wettbewerbs vorgibt, problematisch sein können (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3). Unzulässig können indessen namentlich Eignungskriterien sein, die ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom

29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1; ETIENNE POLLIER, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 324).

#### **4.4**

**4.4.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vergabestelle, indem sie das Kriterium "aus dem gleichen Fachbereich" mit dem Kriterium "Video für Strassenverkehr" gleichsetze, vergaberechtswidrig handle. "Gleicher Fachbereich" ist nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen so zu verstehen, dass das Referenzprojekt aus dem (allgemeinen) Bereich "Videoüberwachung" stammen müsse, da die wesentlichen Kriterien der Ausschreibung in der Videotechnik und Video-Bildauswertung liegen würden (vgl. Beschwerde, Rz. 8.2).

**4.4.2** Die Vergabestelle bringt dagegen vor, dass die vorliegende Beschaffung im Wesentlichen die Erweiterung resp. Erneuerung der Videoanlage im Rahmen des Projekts Ausbau Nordumfahrung Zürich (ANU) betreffe. Dies beinhalte neben der Lieferung und Montage von über 300 Spezialkameras im Strassenverkehrsüberwachungsbereich und Detektion, insbesondere die Erschliessung dieser Kameras über Kabel, die Einbindung ins bestehende Netzwerk sowie die Inbetriebnahme der Bildübertragung, -auswertung und -speicherung. Es seien anspruchsvolle Arbeiten, insbesondere da sie auch auf Strecken unter Verkehr sowie in Tunnels ausgeführt werden. Aufgrund der Grösse des Auftrags würden auch viele Koordinationsarbeiten anfallen. Vor diesem Hintergrund habe sie zulässigerweise ein Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich verlangt. Der Fachbereich werde dabei durch die ausgeschriebenen Leistungen definiert (Vernehmlassung, Rz. 14 ff.).

**4.4.3** Zu den Rügen der Beschwerdeführerinnen ist vorab festzuhalten, dass sie die Anforderungen an das Eignungskriterium 3 (vgl. Ziffer 3.8 der Ausschreibung), wonach ein Referenzprojekt mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich einzureichen ist, per se nicht in Frage stellen. Diesbezüglich wäre eine allfällige Rüge gegen die Ausschreibung mit der Begründung, es würden zu hohe Ansprüche an die Referenzobjekte gestellt, auch verspätet (BVGE 2014/14 E. 4.4; vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer im Parallelverfahren B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.3). Die Beschwerdeführerinnen machen vielmehr geltend, dass die Vergabestelle ihr Angebot zu Unrecht mangels Erfüllung des Kriteriums "gleicher Fachbereich" aus dem Verfahren ausgeschlossen

hat. Damit ist im Folgenden zuerst zu prüfen, ob die Vergabestelle zu Recht davon ausgeht, dass unter "gleicher Fachbereich" unter anderem der Bereich "Video im Strassenverkehr" zu verstehen ist.

## 4.5

**4.5.1** Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in Ziff. 3.7 der Ausschreibung fünf Eignungskriterien festgelegt:

"EK 1: Technische Leistungsfähigkeit

EK 2: Wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit

EK3: Schlüsselpersonen

EK4: Nachweis der Verfügbarkeit

EK5: Unterakkordanten"

Für das Eignungskriterium 3 "Erfahrung Schlüsselpersonen" musste folgender Nachweis erbracht werden:

"Zu EK 3: Für die vorgesehene Schlüsselperson Projektleiter:

1 Referenzprojekt über abgeschlossene Arbeiten in gleicher Funktion oder Stv.-Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich"

**4.5.2** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Entscheid der BRK 2005-024 vom 6. Juni 2006 E. 3b). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4).

**4.5.3** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.).

Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. zum Ganzen BGE 141 II 14 E. 7.1).

**4.5.4** Der "gleiche Fachbereich" gemäss Ausschreibung bezieht sich vorliegend prima facie auf das zu beschaffende Projekt. "Gleich" bedeutet dabei "in allen Merkmalen, in jeder Hinsicht übereinstimmend; miteinander oder mit einem Vergleichsobjekt in bestimmten Merkmalen, in der Art, im Typ übereinstimmend; sich gleichend; vergleichbar" (vgl. DUDEN online, abrufbar unter: <http://www.duden.de> Wörterbuch, besucht am 15. November 2016). Mit Fachbereich (auch "Fachgebiet"; vgl. DUDEN online, a.a.O.) wird prima facie das (Spezial)gebiet des Projekts angesprochen bzw. die Arbeiten in einem Gebiet, welche für die Umsetzung des Projekts ausgeführt werden müssen. Es kann demnach gesagt werden, dass die Arbeiten des Referenzprojekts zumindest eine bestimmte Nähe zum Fachbereich des vorliegenden Beschaffungsprojekts aufweisen muss.

**4.5.5** Bereits aus dem in der Ausschreibung publizierten Projekttitel "100049, N1/38, 42 Ausbau Nordumfahrung Zürich, D-5.3 VTV - Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ANU-Perimeters" ist klar erkennbar, dass es sich beim Beschaffungsgegenstand um ein grosses Projekt auf einer vielbefahrenen Strasse handelt. Die Videokameras müssen ausserdem nicht nur geliefert, sondern auch vor Ort montiert werden (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Ort der Ausführung ist im Übrigen unter anderem der Projektperimeter N01/38, 42 Verzweigung Limmattal bis Verzweigung Zürich Nord (vgl. Ziffer 2.6 der Ausschreibung). Es ist somit prima facie bereits aus der Ausschreibung ersichtlich, dass der Strassenbereich einen wichtigen Aspekt des Projekts darstellt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sind die wesentlichen Kriterien der Aus-

schreibung nicht nur in der Videotechnik und Video-Bildauswertung zu sehen; der Bereich der Arbeiten im Strassenverkehr scheint die Durchführung der Arbeiten in massgeblicher Weise zu beeinflussen. Folglich kann nicht gesagt werden, dass mit "gleicher Fachbereich" nur der allgemeine Bereich "Videoanlage bzw. -überwachung" gemeint ist; vielmehr sind auch Arbeiten im Strassenverkehr mitumfasst. Im Übrigen machen die Beschwerdeführerinnen replicando – wenn auch in anderem Zusammenhang – selbst geltend, dass das ganze Projekt ihrer Auffassung nach aus zwei gleichwertigen Teilen bestehe (Strassenverkehrsüberwachung und allgemeiner Videoüberwachungen), weshalb es sinnvoll sei, je eine verantwortliche Schlüsselperson zu bezeichnen (vgl. Replik, Rz. 3.5). Folglich ist letztlich auch nach dem Verständnis der Beschwerdeführerinnen nicht abwegig, dass ein Referenzprojekt beide Bereiche abzudecken hat.

**4.5.6** Die Vergabestelle verlangt laut Ausschreibung "1 Referenzprojekt über abgeschlossene Arbeiten in gleicher Funktion oder Stv.-Funktion mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich" (vgl. Ziffer 3.8 der Ausschreibung). Damit hat die Vergabestelle für die Erfüllung des Eignungskriteriums 3 in dreifacher Hinsicht (Funktion, Komplexität und Fachbereich) ein gleiches bzw. vergleichbares Referenzprojekt zum zu beschaffenden Projekt gefordert. Davon ausgehend kann ein Anbieter wohl grundsätzlich darauf schliessen, dass eine gewisse Projektdimension erwartet wird, wenn die Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Projekt erreicht werden soll. Ausserdem ist aus dem Gesamtbild der Ausschreibung ersichtlich, dass die Vergabestelle das Ziel verfolgt, den Zuschlag einem qualitativ hochstehenden Angebot zu erteilen. Dies lässt sich insbesondere aus der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit 40 % schliessen. Würde sie die Qualität der Angebote weniger hoch gewichten wollen, wäre die Gewichtung des Preises weitaus höher ausgefallen (vgl. zum Zuschlagskriterium Preis GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 854). Vor diesem Hintergrund ist auch das Eignungskriterium 3 auszulegen. Demzufolge werden für die Erfüllung des Eignungskriteriums 3 hohe Anforderungen an die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts gestellt.

**4.5.7** Dass die Anforderung "gleicher Fachbereich" ein Video-Projekt im Strassenverkehr meint, kann prima facie mit der Komplexität der vorliegenden Beschaffung und der Besonderheiten im Strassenverkehr, namentlich "unter Verkehr", gerechtfertigt werden. Die Besonderheiten des Strassenverkehrs im Vergleich zu Indoor und Objektschutz, wie von der Vergabestelle vorgebracht, sind nachvollziehbar. So gelten etwa erhöhte Anforderungen in Bezug auf Umweltbedingungen (Temperaturbereich, Salznebel

etc.), und diesbezüglich auch auf die optischen Eigenschaften (hohe Lichtdynamik: von Nachtsichttauglichkeit ohne zusätzliche Beleuchtung bis volle Gegenlichtsituationen unter allen Witterungsbedingungen), sowie in Bezug auf die Videokameras im Tunnel (vgl. Vernehmlassung, Rz. 22). Insbesondere ist nachvollziehbar, dass es die Vergabestelle mit Blick auf die Sicherheit sämtlicher Akteure in Zusammenhang mit dem Projekt als wichtig erachtet, dass der Projektleiter bereits über Erfahrungen im Strassenverkehr verfügt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 19). Dieses Vorgehen der Vergabestelle entspricht auch dem "Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen" (8. Auflage; Ziffer 10.1.2.4) für Projekte mit grosser Komplexität (vgl. Ziffer 2.1 des Evaluationsberichts, Dossier 1 der Vergabestelle). Dass damit der potentielle Anbieterkreis verkleinert wird, ist als logische Folge der nicht angefochtenen Ausschreibung in Kauf zu nehmen (E. 4.4.3 hiavor; vgl. zum eingeschränkten Anbieterwettbewerb den Zwischenentscheid des BVGer B-4288/2014 vom 25. September 2014 E. 6.5).

**4.5.8** Im Übrigen hatten die Anbieter gemäss Ziffer 2.4 des Dokuments 5 "Ausschreibungsunterlagen" mit Kreuzen anzuzeigen, welche Fachbereiche (Videoanlagen, Bildspeichersystem, Bildauswertungssystem und Standstreifenüberwachung) das eingereichte Referenzprojekt abdeckt. Mit dem Fachbereich "Standstreifenüberwachung" (Pannestreifen) wird der geforderte Bezug zum Strassenverkehr erneut verdeutlicht. Ob tatsächlich ein Referenzprojekt über "Standstreifenüberwachung" eingereicht werden muss, oder ob ein Projekt im Strassenverkehr genügt, kann vorliegend offen gelassen werden (vgl. E. 4.6 hiernach). Die Vergabestelle fragte die Anbieter zudem, ob die Arbeiten unter Verkehr und auf Hochleistungsstrassen stattgefunden haben (Ziffer 2.4 des Dokuments 5 "Ausschreibungsunterlagen"). Die konkrete Auslegung der Vergabestelle stimmt folglich auch mit den Angaben der Ausschreibungsunterlagen überein.

**4.5.9** Zusammenfassend hat die Vergabestelle, indem sie das Kriterium "gleicher Fachbereich" so versteht, dass das Referenzprojekt des Projektleiters namentlich aus dem Bereich "Video im Strassenverkehr" stammen soll, die Angaben in der Ausschreibung eindeutig nicht in unrechtmässiger Weise ausgelegt. Die Beschwerdeführerinnen gehen zwar richtigerweise davon aus, dass bei der Handhabung des Beurteilungsspielraums auch die Folgen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind. Indessen ist das Vorgehen der Vergabestelle im vorliegenden Fall angesichts der hohen Komplexität des Projekts prima facie auch mit Blick auf das Verständnis der Fachkreise rechtlich in keiner Weise zu beanstanden.

## 4.6

**4.6.1** Der Projektleiter ist nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sehr erfahren als Projektleiter im Bereich "Objektschutz und Indoor" und verfügt über die Erfahrung und das geforderte Know-how im Bereich Videoüberwachung (vgl. Beschwerde, Rz. 8.3). Die Beschwerdeführerinnen machen hingegen nicht geltend, dass der Projektleiter auch Erfahrungen im Strassenverkehr habe sammeln können.

**4.6.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, dass es sich beim Referenzprojekt des Projektleiters um ein Projekt im Bereich Indoor und Objektschutz handle. Da Projekte im Bereich Indoor und Objektschutz im Vergleich zu Projekten im Strassenbereich sehr unterschiedliche Anforderungen stellen würden, handle es sich um verschiedene Fachbereiche (Vernehmlassung, Rz. 23). Laut Vergabestelle stellen auch die Ausführungsmodalitäten eine grosse Herausforderung dar, da die Arbeiten unter Verkehr und in Tunnels stattfinden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 25).

**4.6.3** Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB, E. 1.2 hiervor), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Zwischenentscheide des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 463). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle darüber, welche als Referenz erwähnten Arbeiten sie als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Zwischenentscheide des BVGer B-4902/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.3 sowie B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

**4.6.4** Die Beschwerdeführerinnen haben als Referenzprojekt des Projektleiters die "(...)" aus den Jahren 2014 bis 2016 eingereicht. Das Projekt umfasst ein Auftragsvolumen von ca. Fr. 500'000.–. Zum Projekt führen die Beschwerdeführerinnen aus, dass es sich aus 285 Stück Video IP-Kameras und 73 Stück Video-Digitalisierungs-Encoder zur Einbindung bestehender Analogkameras zusammengesetzt habe, wobei das Videomanagementsystem namentlich aus 4 Stk. Video Bildspeicherserver, ca. 800 Terabyte Speichersystem in redundanter virtueller Umgebung, ereignisgesteuerter Aufzeichnungslogik mit drei Bedienstationen bestanden habe. Aus-

serdem wird erwähnt, dass es sich dabei um einen "Arbeitsplatz für Administration und Verwaltung" gehandelt habe (vgl. Beschwerdebeilage 9). Wie festgestellt (vgl. E. 4.5 hiervor) ist die Auslegung der Vergabestelle, dass ein Referenzprojekt im Bereich Videoanlage und Strassenverkehr das Eignungskriterium 3 erfüllt, prima facie rechtmässig. Das Referenzprojekt des Projektleiters deckt anhand der Angaben der Beschwerdeführerinnen zwar den Bereich "Video", jedoch nicht den Aspekt "Strassenverkehr" ab. Das Projekt hat prima facie tatsächlich im Bereich "Indoor und Objektschutz" stattgefunden. Dies wird auch von den Beschwerdeführerinnen nicht bestritten. Indem das Referenzprojekt des Projektleiters der Anforderung "gleicher Fachbereich" demnach prima facie nicht entspricht, hat die Vergabestelle das Eignungskriterium 3 zu Recht als nicht erfüllt erachtet.

**4.6.5** Die Vergabestelle macht ausserdem geltend, dass das Referenzprojekt des Projektleiters auch in Bezug auf die organisatorische Komplexität nicht mit dem vorliegenden Projekt vergleichbar sei. Gemäss Referenzprojekt hätte nur die interne Koordination sichergestellt werden müssen. Im Vergleich dazu müsse im vorliegenden Projekt die Koordination innerhalb einer deutlich komplexeren Projektorganisation mit vielen beteiligten Firmen sichergestellt werden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 24). Die Frage, ob das Referenzprojekt das Kriterium "vergleichbare Komplexität" gemäss Eignungskriterium 3 erfüllt, kann hingegen vorliegend offen gelassen werden, weil das Referenzprojekt die Kriterien "gleicher Fachbereich" und "vergleichbare Komplexität" kumulativ zu erfüllen hat. Jedenfalls kann diesbezüglich gesagt werden, dass der Aspekt des Strassenverkehrs im vorliegenden Projekt wie von der Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise dargelegt, hohe Anforderungen an die Komplexität stellt.

## 5.

**5.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen weiter vor, dass nicht nur das Referenzprojekt des Projektleiters, sondern auch des Projektstellvertreters bei der Prüfung des Eignungskriteriums 3 hätte berücksichtigt werden müssen. Sie führen dazu aus, dass sie gemäss dem der Vergabestelle eingereichten Organigramm einen Gesamtprojektleiter (Ziffer 2.3) und einen Stv.-Projektleiter/Teilprojektleiter Videoanalyse (Ziffer 2.4) vorgesehen hätten. Damit sei offensichtlich, dass der Stv.-Projektleiter auch eine (wenn nicht sogar die) Schlüsselperson sei. Es mache Sinn, vom Stellvertreter dieselben Anforderungen zu verlangen, wie vom Projektleiter selbst (vgl. Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 3.3). Sie seien aufgrund der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen davon ausgegangen,

dass Angaben von zwei verschiedenen Schlüsselpersonen verlangt worden seien. So seien gemäss Ziffer 3.7 der Ausschreibung "Schlüsselpersonen" verlangt worden; ausserdem besteht das Projekt nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen aus zwei gleichwertigen Teilen (Strassenverkehrsüberwachung und allgemeiner Videoüberwachung). Ausserdem seien gemäss Ausschreibungsunterlagen zweimal Angaben zum Projektleiter verlangt worden (Ziffer 2.3 und 2.4 gemäss Dokument 5 der Ausschreibungsunterlagen; vgl. Replik zur aufschiebenden Wirkung, Rz. 3.5 ff.). Da es sich beim Referenzprojekt des Stv.-Projektleiter um ein Projekt in Zusammenhang mit einem Strassentunnel handle, erfülle dieser die geforderte Erfahrung im Bereich "Video im Strassenverkehr" (Beschwerde, Rz. 7).

**5.2** Die Vergabestelle wendet dagegen ein, dass gemäss Ausschreibung klar sei, dass für die Beurteilung der Eignung von Schlüsselpersonen nur Angaben zu einer Person, dem Projektleiter, verlangt worden seien. Bei der Erstellung ihres Angebots hätte den Beschwerdeführerinnen der Fehler in den Ausschreibungsunterlagen, indem ein Teil des Kapitels doppelt eingefügt wurde, auffallen müssen. Es versteht sich ohne Weiteres, dass es in einer Projektorganisation nur einen Projektleiter gebe. Gemäss Organigramm der Beschwerdeführerinnen sei ersichtlich, dass es sich dabei um die Schlüsselperson gemäss Ziffer 2.3 ("Gesamtprojektleiter") handle, weshalb die Vergabestelle nur diese Angaben bewertet habe (Vernehmlassung, Rz. 3 ff.).

**5.3** Die Ausschreibung spricht gemäss Ziffer 3.7 "Eignungskriterien" von "EK3: Schlüsselpersonen". Andererseits wird unter Ziffer 3.8 "Geforderte Nachweise" zum Eignungskriterium 3 verlangt, dass ein Referenzprojekt "für die vorgesehene Schlüsselperson Projektleiter" eingereicht wird. In den Ausschreibungsunterlagen (Dokument 5) findet sich wiederum unter zwei Ziffern (Ziffer 2.3 und 2.4) ein von den Anbietern auszufüllendes Dokument. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass Ziffer 2.3 wohl unvollständig ist. So werden unter Ziffer 2.4 ausführlichere Angaben (insbesondere betreffend die Vergleichbarkeit des Referenzprojekts) verlangt.

**5.4** Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vergabestelle auch das Referenzprojekt des Stv.-Projektleiters bei der Prüfung des Eignungskriteriums 3 hätte berücksichtigen müssen. Mit anderen Worten ist die Frage zu beantworten, welches Referenzprojekt welcher Person für die Erfüllung des Eignungskriteriums 3 relevant ist. Gemäss Ziffer 3.8 der Ausschrei-

bung geht diesbezüglich klar hervor, dass das Referenzprojekt des Projektleiters massgeblich ist. Die Vergabestelle hat in Bezug auf das Referenzprojekt nicht von mehreren Schlüsselpersonen gesprochen. Diese klare Vorgabe wird durch den Umstand, dass in der Ausschreibung auch von "Schlüsselpersonen" (vgl. Ziffer 3.7 der Ausschreibung) die Rede ist, nicht relativiert. Diese Angabe (Ziffer 3.7) wird mit Blick auf den Aufbau der vorliegenden Ausschreibung als Titel verstanden; Konkretes zum Inhalt bzw. zum Nachweis der Eignungskriterien findet sich in Ziffer 3.8. Inwiefern von einem Anbieter noch weitere Schlüsselpersonen vorzusehen sind, kann vorliegend offen gelassen werden. Wesentlich ist, dass allfällige weitere Schlüsselpersonen in Bezug auf ihre Referenzprojekte jedenfalls nicht das Eignungskriterium 3 erfüllen müssen. Auch die doppelte Aufforderung im Dokument 5 (Ziffer 2.3 und 2.4) der Ausschreibungsunterlagen ändert prima facie nichts an der Vorgabe, dass das Referenzprojekt des Projektleiters zu beurteilen ist. Missverständnisse hätten sich allenfalls zur Frage ergeben können, ob für den Projektleiter nicht zwei Referenzprojekte offeriert werden können.

**5.5** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass gemäss Angebot L.\_\_\_\_ als Gesamtprojektleiter für das zu vorliegende Projekt definiert worden ist. Aus dem der Vergabestelle eingereichten Organigramm ist dies klar ersichtlich. M.\_\_\_\_ wird dagegen laut Projektorganisation einerseits als Projektstellvertreter, andererseits als Teilprojektleiter Videoanalyse eingesetzt (vgl. Beilage 4 der Vergabestelle). Es widerspricht somit prima facie nicht den Angaben gemäss Ausschreibung, dass die Vergabestelle das Referenzprojekt des Projektstellvertreters bei der Evaluation des Nachweises in Bezug auf das Eignungskriterium 3 nicht berücksichtigt hat. Dass die Vergabestelle darauf besteht, dass der Projektleiter und nicht sein Stellvertreter selbst die Nachweise für das Eignungskriterium 3 erfüllen muss, ist nachvollziehbar und kann nicht als qualifizierter Ermessensfehler bewertet werden. Indem die Vergabestelle die Erfahrung des Projektleiters als Eignungskriterium definiert hat, hat sie selbst erklärt, dass dieser Nachweis für sie unerlässlich ist. Diese Anforderung ist in einem derart komplexen Projekt denn auch nicht zu beanstanden. Im Übrigen wäre ein Wechsel der Person des Projektleiters auf eine allfällige Rückfrage der Vergabestelle hin rechtlich durchaus nicht unproblematisch gewesen.

## **6.**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde betreffend den Abschluss der Beschwerdeführerinnen aus dem Vergabeverfahren mangels

Eignung als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. E. 3.3 hiervor). Hinsichtlich der von der Vergabestelle geltend gemachten Dringlichkeit wäre indessen, soweit ersichtlich sein würde, dass eine Verzögerung des Projekts mit einem sehr grossen und immer zunehmenden Verkehrsaufkommen ein beträchtliches Sicherheitsrisiko für die Verkehrsteilnehmer beinhaltet, das Interesse der Vergabestelle an der zeitnahen Umsetzung des Projekts als gewichtig zu bezeichnen (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-6742/2011 vom 8. März 2012 E. 3.2.3).

## **7.**

**7.1** In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass den Beschwerdeführerinnen vor Ergehen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung teilweise Einsicht in Vergabeakten gewährt wurde. Den Beschwerdeführerinnen wurde am 2. und 3. November 2016 ein Auszug der Offerte der Zuschlagsempfängerin und eine Version des Evaluationsberichts in teilweise geschwärzter Form zugestellt. Die Beschwerdeführerinnen erklären sich mit Replik zur aufschiebenden Wirkung vom 7. November 2016 mit dem bisher erfolgten Umfang der Akteneinsicht, soweit für die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung notwendig, einverstanden. Sie machen jedoch geltend, dass aus dem teilweise abgedeckten Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht klar hervorgehe, welche Passagen aus Geheimhaltungsgründen abgedeckt wurden, weshalb sie um Zustellung eines (Farb-)Dokuments ersuchen, aus dem klar hervorgeht, was abgedeckt wurde. Aus dem teilweise abgedeckten Offertauszug, eingereicht von der Zuschlagsempfängerin, ist tatsächlich nicht klar ersichtlich, was abgedeckt wurde; die abgedeckten Passagen sind weiss hinterlegt. Dem Gesuch der Beschwerdeführerinnen ist vorliegend zu entsprechen. Ihnen ist demnach eine Version des Offertauszugs der Zuschlagsempfängerin mit Schwärzungen zuzustellen. Da den Beschwerdeführerinnen inhaltlich keine neuen Angaben offengelegt werden, ist auf sonst einschlägige Zustellungsmodalitäten zu verzichten (vgl. dazu die Zwischenverfügung des BVGer B-369/2014 vom 11. September 2015 Ziffer 2) bzw. das Dokument mit dem vorliegenden Zwischenentscheid den Beschwerdeführerinnen zuzustellen (vgl. die Aktennotiz vom 21. November 2016).

**7.2** Ausserdem behalten sich die Beschwerdeführerinnen Anträge auf Gewährung weitergehender Akteneinsicht ausdrücklich vor. Dies entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wonach die Akteneinsicht mit Blick auf

das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Dementsprechend bleiben instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht im Hauptverfahren vorbehalten. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen sind die Beschwerdeführerinnen jedenfalls in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7).

**8.**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Den Beschwerdeführerinnen wird eine teilweise geschwärzte Version des Offertauszugs der Zuschlagsempfängerin gemäss Verfügung vom 2. November 2016 zugestellt.

**3.**

Anordnungen betreffend die Akteneinsicht und den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Beilage: gemäss Ziffer 2 hiervor inkl. Aktennotiz vom 21. November 2016; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 141328; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Beilage: Kopie des teilweise geschwärzten Offertauszugs gemäss Ziffer 2 hiervor; Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Badilatti

### **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 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 22. November 2016