



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-6332/2016

stm/bub/lii

Zwischenentscheid vom 21. November 2016

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Martin Kayser,
Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Sabine Büttler.

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Dr. iur. Lukas Pfisterer, Rechtsanwalt,
Pfisterer Rechtsanwälte,
Entfelderstrasse 17, 5000 Aarau,
Beschwerdeführerin,

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 in einer 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 X. _____ AG.

A.c Die Vergabestelle teilte der X. _____ AG mit Schreiben vom 23. September 2016 mit, ihre Offerte sei von der Bewertung ausgeschlossen worden, da sie insbesondere die Eignungskriterien 1-3 nicht erfülle. So stamme das unter EK 1 eingereichte Referenzobjekt nicht von ihr, und auch die angegebenen Jahresumsätze EK 2 würden nicht auf sie zutreffen. Schliesslich sei die angegebene Referenz unter EK 1 und EK 3, einer Testanlage mit nur einer Multifokalkamera, weder in Bezug auf die Komplexität noch bezüglich des Umfangs mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation.

A.d Der am 19. September 2016 erteilte Zuschlag 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 an die Z._____ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) vergeben.

B.

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2016 erhob die X._____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. In der Hauptsache beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung sowohl der sie betreffenden Ausschlussverfügung vom 23. September 2016 als auch des Zuschlagsentscheids vom 19. September 2016. Die Sache sei, unter Kostenfolge zulasten der Vergabestelle bzw. der Zuschlagsempfängerin, an die Vorinstanz zur Wiederholung des Vergabeverfahrens zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde umgehend die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und der Vergabestelle zu untersagen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen. Weiter sei ihr Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht würden. Schliesslich sei ihr nach gewährter Akteneinsicht Frist zur Beschwerdeergänzung anzusetzen.

Zur Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ihr unter EK 1 vorgewiesenes Referenzobjekt "(...)" sei mit dem ausgeschriebenen Auftrag sowohl bezüglich Komplexität als auch bezüglich des geforderten Fachbereichs vergleichbar. Damit erweise sich, dass ihr Angebot nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen. Ausserdem gehe die Vergabestelle fehl, wenn sie annehme, das Referenzobjekt sei nicht von der Beschwerdeführerin erbracht worden. Das Projekt sei unter der Leitung der Beschwerdeführerin am ehemaligen Hauptsitz der damaligen Y._____ AG, deren Rechtsnachfolgerin sie sei, durchgeführt worden. Beim Projekt habe es sich um den Aufbau und den Betrieb einer Testanlage zwecks technischer Überprüfung der Videoüberwachung (...) gehandelt. Die Arbeiten hätten unter vergleichbaren Bedingungen stattgefunden, namentlich unter Verkehr und auf einer Hochleistungsstrasse, und seien von Verkehrsplanern und interessierten Stellen der Vergabestelle begleitet worden (Beschwerde, Rz. 28). Ferner habe die Vergabestelle parallel zum Referenzobjekt mit der Beschwerdeführerin ein weiteres Projekt mit mobilen Kameras erarbeitet. All dies habe die Vergabestelle bei ihrer Beurteilung nicht berücksichtigt (Beschwerde, Rz. 35). Schliesslich habe die Vergabestelle zu Unrecht angenommen, bei ihrer angegebenen Referenz handle sich um eine Testanlage mit nur einer Multifokalkamera, weshalb Umfang und Komplexität des Referenzobjektes (EK 1 und EK 3) nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar seien (Beschwerde, Rz. 45). Die Vergabestelle

habe nicht berücksichtigt, dass das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Fachbereiche "Videoanlagen, Bildauswertungssystem, Bildspeichersystem oder auch Standstreifenüberwachung" nachgewiesenermassen dem ausgeschriebenen Projekt entspreche (Beschwerde, Rz. 56). Auch hätten die Arbeiten unter Verkehr, namentlich auf einer Hochleistungsstrasse, stattgefunden. Einzig der Perimeter habe dem ausgeschriebenen Volumen nicht entsprochen (Beschwerde, Rz. 56). Hierbei sei allerdings zu berücksichtigen, dass keine Anbieterin in der Schweiz ein in Bezug auf die Anforderungen der Vergabestelle und in Bezug auf die Länge des Perimeters vergleichbares Referenzobjekt hätte vorweisen können, da in der Schweiz bislang kein vergleichbares Referenzobjekt existiere (Beschwerde, Rz. 57). Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Referenzobjekt sei von der Komplexität her mit dem ausgeschriebenen Projekt, wie abgefragt auf Hochleistungsstrassen und unter Verkehr durchgeführt, vergleichbar (Beschwerde, Rz. 62). Eine identische Komplexität habe die Vergabestelle nicht verlangt (Beschwerde, Rz. 61). Der Vorwurf, die EK 1 und EK 3 seien nicht erfüllt, sei daher falsch. Die Vergabestelle könne nicht bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lassen, ihre Bedeutungsfolge umstellen, andere Gewichtungen vornehmen oder Kriterien heranziehen, die sie zuvor nicht bekanntgegeben habe (Beschwerde, Rz. 64). Wenn die Vergabestelle wie in ihrer Ausschlussverfügung geschehen, nun vorbringe, der Umfang des Referenzobjekts sei nicht vergleichbar, handle sie vergaberechtswidrig (Beschwerde, Rz. 64), denn als Eignungskriterium seien einzig Komplexität und Fachbereich definiert worden, nicht aber Umfang (Beschwerde, Rz. 60 und 65). Ausserdem schliesse die Vergabestelle mit ihrer restriktiven Auslegung der Eignungskriterien einen wirksamen Wettbewerb aus (Beschwerde, Rz. 67).

C.

C.a Mit superprovisorischer Anordnung vom 14. Oktober 2016 untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin 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 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 habe (B-6327/2016). 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.

Mit Eingabe vom 26. Oktober 2016 teilte die Zuschlagsempfängerin mit, sie werde sich nicht am Verfahren beteiligen, solange dieses nur die Frage des Ausschlusses der Beschwerdeführerin betreffe. Auch machte die Zuschlagsempfängerin Ausführungen zur ihren Geheimhaltungsinteressen in Bezug auf die Verfahrensakten.

E.

Die Vergabestelle äusserte sich mit Vernehmlassung vom 28. Oktober 2016. Sie beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Eventualiter sei das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Zur Begründung bringt die Vergabestelle in erster Linie vor, die Beschwerde sei offensichtlich aussichtslos, da es der Beschwerdeführerin wegen des offerierten Preises auch unter der Annahme, sie erfülle die Eignungskriterien, nicht gelinge, die Zuschlagsempfängerin zu überholen. Daher erübrige sich eine Interessenabwägung. Zudem erfülle die Beschwerdeführerin keines der geforderten Eignungskriterien. Weder habe sie ein vergleichbares Referenzobjekt (EK 1) eingereicht, noch beziehe sich die personelle Referenz (EK 3) auf ein vergleichbares Projekt. Schliesslich sei auch das Gesuch um aufschiebende Wirkung aufgrund bestehender Dringlichkeit sowie Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen. 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 (Vernehmlassung, Rz. 48 ff.). Betreffend das Akteneinsichtsrecht beantragt die Vergabestelle, diese zu beschränken, soweit es sich um die Offerten der Konkurrenten handle. Da-

mit seien auch der Evaluationsbericht und diverse Vergabeunterlagen verknüpft. Diese Unterlagen seien der Beschwerdeführerin 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 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie einer Vereinigung des vorliegenden Verfahrens mit dem Verfahren B-6327/2016 grundsätzlich zustimmen würde, aber auf einen formellen Antrag auf Vereinigung der Verfahren verzichte.

F.b In der Folge verfügte der Instruktionsrichter am 31. Oktober 2016, dass die Verfahren B-6327/2016 und B-6332/2016 nicht vereinigt werden. Angesichts ihrer durch die Vergabestelle bestrittenen Legitimation und wegen der geltend gemachten Dringlichkeit erhielt die Beschwerdeführerin ausserdem Gelegenheit, bis zum 7. November 2016 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 entsprechenden Auszugs aus dem Evaluationsbericht der Vergabestelle.

G.b Am 1. November 2016 äusserte sich die Zuschlagsempfängerin betreffend des gerichtlichen Abdeckungsvorschlags in elektronischer Form. 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 der Beschwerdeführerin 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 der Beschwerdeführerin zu.

H.

Mit der Begründung, die Vorakten seien ihr erst jetzt zugestellt worden, beantragte die Beschwerdeführerin mit Gesuch vom 4. November 2016 eine Fristverlängerung zur Erstattung ihrer Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung. Diese wurde ihr mit Verfügung vom 7. November 2016 bis zum 10. November 2016 letztmals gewährt.

I.

Mit Replik vom 10. November 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Ausserdem rügt sie, dass wenn der Argumentation der Vergabestelle gefolgt würde, die Angebote der Zuschlagsempfängerin und der zweitplatzierten Anbieterin ebenfalls hätten ausgeschlossen werden müssen.

J.

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

K.

Die Vergabestelle reichte am 18. November 2016 (Posteingang: 21. November 2016) unaufgefordert eine Stellungnahme zur Replik der Beschwerdeführerin ein, welche dieser am 21. November 2016 zur Kenntnis zugestellt wurde, wobei darauf hingewiesen wurde, dass der Entscheidentwurf bereits in Zirkulation gesetzt worden sei.

L.

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 Beschwerdeführerin beantragt namentlich, es sei der Ausschluss vom 23. September 2016 sowie der am 23. September 2016 publizierte Zuschlag aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin am 23. September 2016 schriftlich mitgeteilt, ihr Angebot sei von der Bewertung ausgeschlossen worden, weil die Eignungskriterien 1-3 nicht erfüllt seien. 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 25. März 2015 E. 1.4.1; vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1271). Auf diese Weise hat die Vergabestelle die Beschwerdeführerin mit der Publikation des Zuschlags implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3).

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 und damit implizit auch die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren bzw. die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Soweit die Legitimation der Beschwerdeführerin bestritten wird, ist darauf in E. 4 hiernach näher einzugehen.

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 mit Hinweisen). 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 ausgeschriebenen 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 BVerger B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). 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 BVerger B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

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 BVerger 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 (BBI 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 mit Hinweisen; 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 mit Hinweisen).

4.

4.1 Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur abzuweisen, wenn sich die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erweist. Vielmehr dringt die Beschwerdeführerin mit ihren prozessualen Anträgen auch dann von vornherein nicht durch, wenn auf die Beschwerde prima facie aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenverfügung des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 m. H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 m. H.). Ist dies der Fall, erübrigt sich eine Interessenabwägung (Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 3.1 m. H.).

4.2 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1, m. H.). Soweit die Vergabestelle beantragt, es sei auf die Beschwerde mangels Legitimation nicht einzutreten, ist dieses Begehren auch im Rahmen des Zwischenentscheides zur aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen.

4.3 Vorliegend macht die Vergabestelle ausdrücklich geltend, der Beschwerdeführerin fehle die Legitimation, da sie aufgrund des von ihr offerierten Preises, welcher mit Fr. 17'096'549.00 deutlich höher sei als jener der Zuschlagsempfängerin, den Nachweis nicht erbringen könne, dass sie reelle Chancen auf den Zuschlag habe (Vernehmlassung, Rz. 4). Es stellt

sich demnach die Frage, ob die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (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 (Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4). Angesichts dessen, dass das Gesuch um aufschiebende Wirkung, wie nachfolgend auszuführen sein wird, bereits aus anderen Gründen abgewiesen werden muss, kann die Frage der Legitimation im jetzigen Verfahrensstand indessen offengelassen werden. Jedenfalls hat die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3 mit Hinweisen).

5.

5.1 In ihrer Mitteilung vom 23. September 2016 begründete die Vergabestelle die Nichtberücksichtigung der Offerte der Beschwerdeführerin damit, dass diese insbesondere die Eignungskriterien EK 1 bis EK 3 nicht erfüllt habe. Der wesentliche Grund hierfür sei, dass das angegebene Referenzobjekt (EK 1) sowie die Jahresumsatzzahlen (EK 2) nicht der Beschwerdeführerin angerechnet werden können: Weder sei das Projekt von der Beschwerdeführerin durchgeführt, noch seien die Jahresumsätze von der Beschwerdeführerin erbracht worden. Weiter handle es sich beim Referenzobjekt unter EK 1 und EK 3 nicht um ein mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbares Projekt, weil das Referenzobjekt weder einen vergleichbaren Umfang noch eine vergleichbare Komplexität aufweise. Damit könne auch EK 3 von der Beschwerdeführerin nicht erfüllt werden.

5.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle lege die Eignungskriterien in einer überhöht restriktiven Art aus und verstosse damit gegen das Transparenzgebot (Beschwerde, Rz. 68). Mittels dieser restriktiven Auslegung der Eignungskriterien schliesse die Vergabestelle einen wirksamen Wettbewerb aus (Beschwerde, Rz. 68 f.), was sich insbesondere darin gezeigt habe, dass vier von sechs Bewerbern ausgeschlossen worden seien (Beschwerde, Rz. 67). Auch gehe die Vergabestelle fehl in der Annahme, das Referenzobjekt sowie die Jahresumsatzzahlen seien der Beschwerdeführerin nicht zuzuordnen. Zwar bestehe die Beschwerdeführerin erst seit Februar 2016, doch sei sie Unternehmensnachfolgerin jenes Unternehmens, welches sowohl das Referenzobjekt (EK 1) durchgeführt als auch die angegebenen Jahresumsätze (EK 2) erzielt habe. In beiden Fällen

gelte, dass sich die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin den Eignungsausweis (Beschwerde, Rz. 37) und die Jahresumsätze (Beschwerde, Rz. 40 und 42) anrechnen lassen könne. Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin, dass das von ihr angegebene Referenzobjekt bezüglich Komplexität und Umfang nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sei (Beschwerde, Rz. 47 ff.).

5.3 Zunächst ist vorab festzustellen, dass soweit die Beschwerdeführerin die Festsetzung der Anforderungen an die Anbieter nach erfolgtem Zuschlag als fehlerhaft rügt (Beschwerde, Rz. 68), ihr entgegenzuhalten ist, dass die Eignungskriterien und die beizubringenden Eignungsnachweise bereits in der Ausschreibung vom 10. Juni 2016 bekannt gegeben worden sind. Wohl gilt ein Eignungskriterium namentlich dann als unzulässig, wenn dadurch ohne überwiegende Interessen an der Festlegung derselben die Anzahl möglicher Anbieter derart eingeschränkt werden, dass kein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010, auszugsweise publiziert in BVGE 2010/58, E. 2; Zwischenentscheid des BVGer B-4637/2016 vom 19. Oktober 2016 E. 6.2; ETIENNE POLTIER, *Droit des marchés publics*, 2014, Rz. 324). Allerdings hat die Anbieterin, welche die in der Ausschreibung insoweit klar formulierten Eignungskriterien als unzulässig erachtet, diese bereits durch Anfechtung der Ausschreibung als rechtsfehlerhaft zu rügen. Tut sie dies nicht, kann sie die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Anordnung, die bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheint und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar ist, im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages nicht mehr rügen (BVGE 2014/14 E. 4.4; Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit Hinweisen). Entsprechend ist ihre Rüge, die Formulierung der Eignungskriterien (insbesondere EK 1 und EK 3) sei vergaberechtswidrig, da sie einen wirksamen Wettbewerb ausschliesse, nicht mehr zu hören (Beschwerde, Rz. 67 f.).

5.4 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 auftragsspezifisch 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 (BBI 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).

5.5 Im vorliegenden Fall hatte 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"

Gemäss Ziffer 3.8 der Ausschreibung mussten in Bezug auf die Eignungskriterien 1 bis 3 folgende Nachweise erbracht werden:

"Zu EK 1: Für den Anbieter:

1 Referenzobjekt über abgeschlossene Arbeiten mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich

Zu EK 2: Für den Anbieter:

Jahresumsatz Anbieter > Doppelter Jahresumsatz des Auftrages

Zu EK 3: Für die vorgesehene Schlüsselperson Projektleiter:

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

5.6

5.6.1 Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind 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 ff.). 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. Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]; 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. 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).

5.6.2 Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht ausserdem nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. 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, 7. Aufl., 2016, Rz. 442). 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, B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

5.7 Der Wortlaut des Eignungskriteriums 1 (sowie in Bezug auf das Referenzobjekt analog EK 3) ist im vorliegenden Fall grundsätzlich klar: Die Eignung eines Anbieters wird explizit davon abhängig gemacht, dass die Referenz eine abgeschlossene Arbeit mit vergleichbarer Komplexität und aus dem gleichen Fachbereich sein muss (vgl. E. 5.5 hiavor). Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle handle vergaberechtswidrig indem sie "vergleichbare Komplexität" im Ergebnis mit "identischer Komplexität" gleichsetze (Beschwerde, Rz. 61). Es stellt sich demnach die Frage, wie die Anbieter die Anforderung "vergleichbare Komplexität" zu verstehen haben.

5.7.1 In casu wird weder in der Ausschreibung noch im Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen näher definiert, was unter "vergleichbarer Komplexität" zu verstehen ist (Vorakten, Dossier 3; Vernehmlassungsbeilage 2). Es ist der Beschwerdeführerin daher insofern zuzustimmen, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung und deren Unterlagen nicht weiter präzisiert, ob sie ein bestimmtes Mass, d.h. eine geringe oder hohe Vergleichbarkeit, verlangt. Allerdings wird durch das Adjektiv "vergleichbar" zumindest erkennbar, dass die Projekte bezüglich der verlangten Komplexität mehr Übereinstimmungen als Unterschiede aufweisen müssen. Bereits aufgrund des Wortlautes wird klar, dass ein Referenzprojekt damit – auch wenn dies lexikalisch begründet werden könnte – zwar nicht identisch aber doch ähnlich bzw. gleichartig sein muss (vgl. Eintrag zu "vergleichbar", in: DUDEN – Das Synonymwörterbuch, Duden Band 8, 4. Auflage). Es gilt demnach in einem nächsten Schritt die verlangte Komplexität zu definieren.

5.7.2 Beim zu beschaffenden Auftrag "100049, N1/38, 42 Ausbau Nordumfahrung Zürich, D-5.3 VTV - Erweiterung und Erneuerung der Videoanlage im Bereich des ANU-Perimeters" handelt es sich gemäss den Angaben der Vergabestelle (Vernehmlassung, Rz. 13), um eine sehr komplexe Projektorganisation mit vielen Beteiligten und Schnittstellen (Vernehmlassung, Rz. 13 mit Hinweis auf die Organigramme [Vernehmlassungsbeilage 7]). Im Wesentlichen geht es hierbei um die Erweiterung bzw. Erneuerung der Videoanlage im Rahmen des Projektes Ausbau Nordumfahrung Zürich (ANU). Die Beschaffung beinhaltet die Lieferung und Montage von über 300 Spezialkameras für Strassenverkehrsüberwachung und Detektion, die Erschliessung dieser Kameras über Kabel, die Einbindung ins bestehende Netzwerk sowie die Inbetriebnahme der Bildübertragung, -auswertung und -speicherung (Vernehmlassung, Rz. 3). Die Arbeiten müssen teilweise unter Verkehr auf einem Abschnitt mit wenig Raum sowie – wie z.B. im Gubrist – teils in Tunnels ausgeführt werden (Vernehmlassung, Rz. 13 mit Hinweis auf eine Fotografie des Gubristportals [Vernehmlassungsbeilage 9]). Ganz allgemein handelt es sich bei der Nordumfahrung Zürich um einen der meistbefahrenen Nationalstrassenabschnitte der Schweiz. Daraus folge, so die Vergabestelle, dass an die Ausführung der Arbeiten erhöhte Anforderungen gestellt werden müsse, und zwar sowohl in Bezug auf die Gewährleistung der Sicherheit der eigenen Mitarbeiter und der Verkehrsteilnehmer (Vernehmlassung, Rz. 13), als auch bezüglich der technischen Anforderungen (Vernehmlassung, Rz. 14). So müsse in technischer Hinsicht sichergestellt werden, dass die Signale über mehrere kilometerlange Übertragungstrecken mit Lichtwellenleiter übertragen werden und in ein

bestehendes Breitbandkommunikationsnetzwerk integriert werden (Vernehmlassung, Rz. 14 und 34). Allgemein seien die Anforderungen an die integralen Tests der Systeme aufgrund der vielen Wechselwirkungen (Verkehrslenkungs- und Lüftungssystemen) sehr hoch (Vernehmlassung, Rz. 14).

5.7.3 Die Beschaffung im Bereich Betriebs- und Sicherheitsausrüstung weist aufgrund der Arbeiten unter Verkehr, der vielen Schnittstellen und des Umfangs eine hohe Komplexität auf (Vernehmlassung, Rz. 4; Evaluationsbericht [Dossier 1], Ziff. 2, S. 4). Dass die Vergabestelle hierbei in erster Linie einem entsprechend den Anforderungen qualitativ hochstehenden Angebot den Zuschlag erteilen will, geht insbesondere aus der Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit 40 % hervor (vgl. zum Zuschlagskriterium Preis GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 854). 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). Entsprechend gilt, dass je komplexer der ausgeschriebene Auftrag ist, desto höher dürfen auch die qualitativen und quantitativen Anforderungen an das Referenzprojekt sein (Urteil des BVGer B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 4.3). Dass damit der potentielle Anbieterkreis verkleinert wird, ist als logische Folge der nicht angefochtenen Ausschreibung in Kauf zu nehmen (E. 5.3 hiervor; vgl. zum eingeschränkten Anbieterwettbewerb den Zwischenentscheid des BVGer B-4288/2014 vom 25. September 2014 E. 6.5).

5.7.4 Vor diesem Hintergrund sind auch die Eignungskriterien 1 und 3 ausulegen: An die Vergleichbarkeit der Projekte werden zur Erfüllung der Eignungskriterien hohe Anforderungen gestellt (vgl. auch Evaluationsbericht, Ziff. 2, S. 4). Angesichts der hohen Komplexität, hat ein Referenzprojekt ebenfalls gewisse Anforderungen in Bezug auf die Komplexität zu erfüllen. Aus der Tatsache, dass für die Zuschlagserteilung die Qualität und damit die Erfüllung hoher Ansprüche im Vordergrund stehen, ist zu schliessen, dass ein Referenzprojekt bezüglich technischen Anforderungen und Know-how mehrheitlich mit dem ausgeschriebenen Projekt übereinstimmen muss. Anders als die Beschwerdeführerin es rügt (Beschwerde, Rz. 61), bedeutet dies nicht, dass ein Referenzobjekt identisch sein muss (vgl. E. 5.7.1 hiervor sowie in diesem Sinne auch Vernehmlassung, Rz. 16).

5.8 Die Vergabestelle gibt an, sie habe im Rahmen der Evaluation geprüft, ob sich aus den Komponenten eines Referenzobjektes ergebe, dass Projekte mit ähnlichen Herausforderungen erfolgreich abgeschlossen wurden (Vernehmlassung, Rz. 15). Dabei sei von Bedeutung gewesen, ob Arbeiten in Tunnels ausgeführt wurden, da diese in Bezug auf Ausführung und Gewährleistung der Sicherheit besonders komplex seien, sowie ob ein genügender Strassenbezug und eine ähnlich komplexe Wechselwirkung mit anderen Systemen und Unternehmen vorhanden sei (Vernehmlassung, Rz. 15).

5.8.1 Unter EK 1 und EK 3 reichte die Beschwerdeführerin dasselbe Referenzprojekt "(...)" ein. Die Beschwerdeführerin gibt an, beim von ihr als Referenz angegebenen Projekt handle es sich um das Pilotprojekt zur technischen Bewertung der einzusetzenden Videoüberwachungslösung des ausgeschriebenen Auftrages (Beschwerde, Rz. 28; Offerte der Beschwerdeführerin [Beschwerdebeilage 6, nachfolgend: Offerte], Ziff. 2.1, S. 7). Dieses Pilotprojekt, welches im Zeitraum 2014-2015 stattfand, habe zum Inhalt den Aufbau und den Betrieb einer Testanlage zwecks technischer Überprüfung der Videoüberwachung (...) gehabt. Das Auftragsvolumen belief sich auf Fr. 50'000.– (Beschwerde, Rz. 28; Offerte, Ziff. 2.1, S. 6). Der Aufbau der Testanlage befand sich auf dem Gelände des ehemaligen Hauptsitzes der damaligen Y. _____ AG (heute W. _____ AG), unmittelbar neben der Autobahn A1 in Fahrtrichtung Bern kurz vor der Autobahnausfahrt Oftringen (Beschwerde, Rz. 49 mit Hinweis auf Beschwerdebeilage 12). Diese Testanlage sei erstmalig in der Schweiz aufgebaut worden (Beschwerde, Rz. 51). Weiter sei die Anlage auf Basis der Richtlinie 15002 Pannestreifenumnutzung der Vergabestelle (Stand 2013) errichtet worden (Beschwerde, Rz. 52). Die Beschwerdeführerin gibt zu bedenken, dass die Erkenntnisse aus diesem Testbetrieb immerhin dazu geführt hätten, dass die Richtlinie per 15. Dezember 2015 aktualisiert worden sei (Beschwerde, Rz. 52). In Bezug auf die Vergleichbarkeit hält die Beschwerdeführerin fest, die Arbeiten der Testanlage hätten unter vergleichbaren Bedingungen stattgefunden, namentlich unter Verkehr und auf einer Hochleistungsstrasse. Bezüglich des geforderten gleichen Fachbereichs, erfülle das Referenzobjekt sämtliche Vorgaben, da es "Videoanlagen, Bildauswertungssystem, Bildspeichersystem und Standstreifenüberwachung" beinhalte (Beschwerde, Rz. 56; Offerte, Ziff. 2.1, S. 6). Einzig der Perimeter habe dem ausgeschriebenen Volumen nicht entsprochen (Beschwerde, Rz. 56).

5.8.2 In Bezug auf das vorliegend strittige Referenzobjekt kommt die Vergabestelle zum Schluss, dass dessen Komplexität eindeutig nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sei (Vernehmlassung, Rz. 39). Auch sei aus den eingereichten Unterlagen der Beschwerdeführerin für die Vergabestelle nicht ersichtlich gewesen, inwiefern der vorgesehene Projektleiter (EK 3) oder die Beschwerdeführerin (EK 1) über Erfahrungen in den Bereichen Videoanlagen, Bildauswertungssystemen oder Bildspeicher sowie Integration in Leitsystemen, welche mit dem ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar seien, verfüge (Vernehmlassung, Rz. 39). Weiter seien aus den eingereichten Unterlagen keine Erfahrungen mit der Erneuerung von Videoanlagen sowie Arbeiten unter Verkehr ersichtlich (Vernehmlassung, Rz. 39).

5.8.3 Wie unter E. 5.7.1 und 5.7.4 hiavor festgestellt, ist "vergleichbare Komplexität" so zu verstehen, dass die Projekte bezüglich Anforderungen mehrheitlich übereinstimmen müssen. Aus der Ausschreibung geht hervor, dass Erweiterung bzw. Erneuerung der Videoanlage im ausgeschriebenen Perimeter durch Tunnels, offene Strassenabschnitte sowie teils gedeckte Passagen erbracht werden müssen. Entsprechend wichtig ist es, dass ein Anbieter Erfahrungen im Bereich dieses Zusammenspiels ausweist. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass eine VTV-Infrastruktur teils bereits besteht. Entsprechend sollte ein Anbieter Kenntnisse zu solch ähnlich komplexen Wechselwirkungen vorweisen. Wie die Vergabestelle zu Recht ausführt – und im Übrigen auch berücksichtigt –, deckt das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin den Teil der Standstreifenüberwachung (SÜA) ab (Vernehmlassung, Rz. 33 und 39). Die Beschwerdeführerin übersieht allerdings, dass die Standstreifenüberwachung einzig 13 % des ausgeschriebenen Projekts (Vernehmlassung, Rz.33) ausmacht. Dass sich dieser Anteil nicht in hinreichendem Masse mit dem gesamten ausgeschriebenen Auftrag vergleichen lässt, hat die Vergabestelle zu Recht festgestellt (Vernehmlassung, Rz. 38 f.).

5.8.4 Die Beschwerdeführerin gibt an, die Tatsache, dass sie einzig eine Kamera eingesetzt habe, sei ihr in Bezug auf die Komplexität nicht anzulasten, da die Anzahl eingesetzter Kameras ihrer Ansicht nach an der Komplexität eines Projektes nichts Entscheidendes ändere (Beschwerde, Rz. 61 f.). Im Einklang mit der Vergabestelle kann dem nicht gefolgt werden. Im ausgeschriebenen Projekt sind bereits für die Überwachung des Standstreifens 40 Spezial-IP-Videokameras zu liefern und zu montieren (Ausschreibung, Ziff. 2.5). Die Signale dieser Kameras sind in das übergeord-

nete Videomanagementsystem und Leitsystem zu integrieren (Ausschreibung, Ziff. 2.5; Vernehmlassung, Rz. 35). Im Referenzobjekt der Beschwerdeführerin wurden zwar die Bildauswertung und die Verwendung einer spezifischen Kamera in Bezug auf die Überwachung des Pannestreifens getestet (vgl. Beschwerdebeilage 12, S. 9). Eine Einbettung in ein übergeordnetes Videomanagementsystem ist aus dem Untersuchungsbericht allerdings nicht ersichtlich. Anders als im referenzierten Projekt, in dem die eingesetzte Panoramakamera ausserhalb des Autobahnabschnittes und einzig an einen Rechner auf dem Gelände der Beschwerdeführerin angeschlossen wurde (Beschwerdebeilage 12, Ziff. 7.1.1, S. 22), wird im ausgeschriebenen Projekt ein um ein vielfaches komplexeres System verlangt. So müssen die Signale über mehrere kilometerlange Übertragungstrecken mit Lichtwellenleiter übertragen werden und in ein bestehendes Breitbandkommunikationsnetzwerk integriert werden (Vernehmlassung, Rz. 34). Entsprechend stellen die Beschaffung, Konfiguration sowie Bereitstellung dieser Übertragungstrecken ein wesentlicher und komplexer Projektbestandteil dar (Vernehmlassung, Rz. 34). Auch in Bezug auf die Integration in ein bestehendes Kommunikationsnetzwerk spielt die Anzahl und Art der eingesetzten Kameras bzw. Systeme eine Rolle. So geht aus dem Referenzobjekt der Beschwerdeführerin nicht hervor, dass die Signale der Kamera in ein übergeordnetes Leitsystem und ein Videomanagementsystem eingebunden worden sind (Beschwerdebeilage 12, S. 45 f.; Vernehmlassung, Rz. 35). Angesichts dessen, dass die Komplexität des Referenzobjekts bereits aus technischen Gründen als mit dem ausgeschriebenen Projekt nicht vergleichbar zu bewerten ist, kann offen gelassen werden, ob die Arbeiten im Referenzobjekt – wie von der Beschwerdeführerin angenommen und von der Vergabestelle bestritten – "unter Verkehr" durchgeführt wurden (vgl. zur Definition des Begriffs "unter Verkehr" das Urteil des BVGer B-7208/2016 vom 13. März 2016 E. 3.10).

5.8.5 Soweit die Beschwerdeführerin ausserdem rügt, die Vergabestelle habe es versäumt, die weiteren Projekte zu berücksichtigen, welche sie gemeinsam mit ihr erarbeitet habe (Beschwerde, Rz. 35), ist sie nicht zu hören. Als Referenzobjekt hat die Beschwerdeführerin einzig das Projekt "(...)" angegeben. Damit hat sie keinen Anspruch darauf, dass ihre Eignung anders als anhand dieser Referenz geprüft wird. Inwieweit die Vergabestelle mit der Beschwerdeführerin bereits zusammengearbeitet hat, bzw. die Beschwerdeführerin über weitere vergleichbare Referenzen verfügt (Stellungnahme zur Vernehmlassung, Rz. 21 f.), muss die Vergabestelle nicht berücksichtigen. Es obliegt der Anbieterin, ihre Offerte derart vollständig einzureichen, dass sich der Vergabestelle die Eignung der Anbieterin

ohne Weiteres ergibt. Unterlässt sie dies, kann sich eine Anbieterin nicht darauf berufen, die Vergabestelle kenne sie ja bereits.

5.8.6 Bezüglich der ausgeschriebenen Komplexität ist damit festzustellen, dass das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin die verlangte Komplexität selbst dann nicht in hinreichendem Masse aufweist, wenn – wie von der Beschwerdeführerin gerügt (Beschwerde, Rz. 65) – einzig auf die technische Komplexität abgestellt wird (vgl. E. 5.8.4 hiervor). Das Referenzobjekt der Beschwerdeführerin deckt mit der Standstreifenüberwachung zwar einen Teil des ausgeschriebenen Auftrages ab. Allerdings kann die hiervon betroffene Komplexität nicht auf den gesamten Auftrag übertragen werden. Die im ausgeschriebenen Auftrag verlangte Komplexität geht weit hierüber hinaus. Ob die Vergabestelle auch die Auftragssumme des Referenzobjektes der Beschwerdeführerin, welche mit Fr. 50'000.– lediglich einen Bruchteil des ausgeschriebenen Gesamtauftragsvolumen von Fr. 10 Mio. ausmacht, als solche beanstandet, kann offen gelassen werden.

5.9

5.9.1 Die Beschwerdeführerin rügt ausserdem in der Sache, die Vergabestelle verletze das Gleichbehandlungsgebot indem sie das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht ausgeschlossen habe (Beschwerde, Rz. 73 ff.). Das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Referenzprojekt erfülle die geforderte Komplexität nicht (Beschwerde, Rz. 74; Replik, Rz. 18). Das Referenzprojekt sei ein Neubauprojekt gewesen, weshalb die Arbeiten weder unter Verkehr, noch in bestehenden Tunnels durchgeführt worden seien (Replik, Rz. 11 ff.). Auch sei aus den öffentlich zugänglichen Unterlagen zum Referenzprojekt ersichtlich, dass die Videoüberwachung nur eine Spur pro Fahrtrichtung umfasse (Replik, Rz. 15).

5.9.2 Die Vergabestelle gibt an, die Zuschlagsempfängerin habe als Referenzprojekt für EK 1 und EK 3 ein Projekt angegeben, in welchem die Videoinstallation auf einer Hochleistungsstrasse sowie einem Tunnel unter Verkehr mit vergleichbarer Länge erneuert und erweitert wurde (Vernehmlassung, Rz. 19 mit Hinweis auf die Offerte der Zuschlagsempfängerin). Anders als jenes der Beschwerdeführerin, decke dieses Referenzprojekt im Wesentlichen dieselben Tätigkeiten wie im ausgeschriebenen Auftrag ab. Insbesondere weise die Zuschlagsempfängerin damit Erfahrungen bezüglich der Erneuerung einer Videoanlage inkl. Integration in ein bestehendes System mit Arbeiten in Tunnel und unter Verkehr aus (Vernehmlassung, Rz. 19).

5.9.3 Dem Gleichbehandlungsgebot ist nur dann entsprochen, wenn die Überprüfung von Eignungskriterien bei allen Anbietern nach den gleichen Massstäben erfolgt (Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.4 mit Hinweis auf MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Die Vergabeprinzipien und ihre Konkretisierung in der Rechtsprechung der BRK, Zürich 2008, Rz. 187, der insoweit von "Bewertungsgleichbehandlung" spricht; vgl. zum Ganzen den Entscheid der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004, publiziert in VPB 68.120 E. 2d/aa). Das Gleichbehandlungsgebot ist im Rahmen der Eignungsprüfung namentlich verletzt, wenn die Vergabestelle einen Anbieter deswegen nicht berücksichtigt, weil er ein bestimmtes Eignungskriterium nicht erfüllt, sie aber bei einem anderen Anbieter, der sich "nicht in erheblicher Weise" vom ausgeschlossenen Anbieter unterscheidet, über diese Nichterfüllung hinwegsieht (BEYELER, a.a.O., Rz. 15 mit Hinweisen). Auch ein selektiver Verzicht auf die Eignungsprüfung bei einem oder mehreren als geeignet bezeichneten Anbietern bedeutet einen Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht (Zwischenentscheid der BRK 2004-004 vom 4. Mai 2004, teilweise publiziert in VPB 68.89, nicht publizierte E. 2b/cc; BEYELER, a.a.O., Rz. 215).

5.9.4 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist ihr Angebot mit demjenigen der Zuschlagsempfängerin prima facie nicht vergleichbar. Anders als von ihr behauptet, handelt es sich beim Referenzprojekt der Zuschlagsempfängerin nicht um einen Neubau, sondern um eine Erneuerung und Erweiterung (Vernehmlassung, Rz. 19; Offerte der Zuschlagsempfängerin [Dossier 9], S. 6 und 10). Dabei wurde die Videoinstallation, welche mehrere Kameras umfasste, auf einer Hochleistungsstrasse und einem Tunnel mit vergleichbarer Länge erneuert und erweitert. Damit hat die Zuschlagsempfängerin ein Referenzprojekt angegeben, welches über eine vergleichbare Komplexität verfügt. Ob die Arbeiten der Zuschlagsempfängerin "unter Verkehr" durchgeführt wurden, kann vorliegend offen bleiben (vgl. E. 5.8.4 hiervor). Anders als beim Projekt der Beschwerdeführerin, weist die Zuschlagsempfängerin Erfahrungen bei der Erweiterung bzw. Erneuerung von Videoanlagen in einem vergleichbaren Perimeter sowie Kenntnisse bezüglich der Wechselwirkungen von solchen komplexen Projekten aus (Offerte der Zuschlagsempfängerin, S. 7). Dies kann nicht mit einer Testanlage zu einer Standstreifenüberwachung über eine Länge von rund 300 Metern mittels einer Panoramakamera verglichen werden. Die Vergabestelle hat das Gleichbehandlungsgebot damit prima facie nicht verletzt.

6.

In einer Gesamtbetrachtung ergibt sich, dass die Beurteilung der Vergabestelle, wonach die Beschwerdeführerin weder EK 1 noch EK 3 erfüllt, prima facie als zutreffend erscheint. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin ist damit prima facie aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. In der Folge erweist sich die Beschwerde bezüglich der Beurteilung der Eignungskriterien EK 1 und EK 3 prima facie als offensichtlich unbegründet. Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Zwischenentscheid des BVGer B-8115/2015 vom 3. Februar 2016 E. 5.8; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580). Es ist daher im jetzigen Zeitpunkt nicht erforderlich, auch die weiteren von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen zu prüfen. Damit ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen ist. 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.

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Vorakten der Beschwerdeführerin mit Verfügungen vom 2. und 3. November 2016 in teilweise geschwärzter Form zugestellt worden sind. Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin die Offenlegung der Personenangaben des Evaluationsteams (Replik, Rz. 10). Ausserdem behält sie sich weitergehende Anträge im Hauptverfahren 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 ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin 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 Beschwerdeführerin vom 13. Oktober 2016 auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

2.1 Die Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin werden einstweilen abgewiesen, soweit ihnen nicht im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist.

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

3.

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

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 141328; Gerichtsurkunde, vorab in elektronischer Form)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab in elektronischer Form)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Sabine Büttler

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