



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-3237/2020
sce/grb

Zwischenentscheid vom 5. August 2020

Besetzung

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

In der Beschwerdesache

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Riccardo Schuhmacher und Stefano Rosli,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Filiale Zofingen,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "N03, 180007, VTV NT BS, Ersatz Kameras
und Ereignisdetektion Nordtangente BS,
Los 2 Kameras und BAS",
SIMAP-Projekt-ID 201123,
SIMAP-Meldungsnummer 1137935,

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

Am 9. März 2020 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Filiale Zofingen (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "N03, 180007, VTV NT BS, Ersatz Kameras und Ereignisdetektion Nordtangente BS / Los 2 Kameras und BAS" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1123059; Projekt-ID 201123). Gegenstand der Submission ist die Erneuerung der Videoanlage und Ereignisdetektion der Nordtangente Basel von der Verzweigung Wiese bis zur Landesgrenze zu Frankreich, bestehend aus den Abschnitten Tunnel St. Johann, Dreirosenbrücke und Tunnel Horburg. Die Beschaffung umfasst die Lieferung und Inbetriebnahme von 122 neuen IP-Kameras inklusive Kameragehäuse, Befestigungen und Anschlussdosen, die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von 10 vollausgerüsteten Medien-Schränken inklusive E/O-Wandler, die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines neuen Bildauswertesystems (BAS) inklusive Anlagesteuerung und 2 Schränke, die Anbindung an das übergeordnete Videomanagementsystem (UeVM GE VIII), die Anbindung an das übergeordnete Leitsystem (BLS GE VIII), die Demontage der alten Verkehrsfernsehanlage und Encoder inklusive Entsorgung, den Rückbau und die Entsorgung der alten Ereignisdetektion sowie Dienstleistungen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Angebote waren bis zum 28. April 2020 einzureichen. Der Bauauftrag sollte am 1. Juni 2020 beginnen und am 31. Dezember 2021 enden. Die Ausschreibung enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.

B.

In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der X. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

C.

Die Vergabestelle erteilte am 3. Juni 2020 der Y. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag und publizierte den Zuschlag am 4. Juni 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1137935). Die Zuschlagspublikation enthielt keine Rechtsmittelbelehrung.

D.

Mit Schreiben vom 4. Juni 2020 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot von der Bewertung habe ausgeschlossen werden müssen, weil das Eignungskriterium EK3 nicht erfüllt gewesen sei.

E.

Gegen die Zuschlagsverfügung erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 24. Juni 2020 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und stellt die folgenden materiellen Anträge:

- "1. Es sei die Beschwerde gutzuheissen.
2. Die Ausschlussverfügung vom 04.06.2020 sei aufzuheben.
3. Die Zuschlagsverfügung betreffend die Ausschreibung 'N03, 18007, VTV NT BS, Ersatz Kameras und Ereignisdetektion Nordtangente BS / Los 2 Kameras und BAS' an die Y. _____ AG vom 04.06.2020 (elektronische Publikation unter www.simap.ch) sei aufzuheben und der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner.

eventualiter

1. Es sei die Beschwerde gutzuheissen.
2. Die Ausschlussverfügung vom 04.06.2020 sei aufzuheben.
3. Die Zuschlagsverfügung betreffend die Ausschreibung 'N03, 18007, VTV NT BS, Ersatz Kameras und Ereignisdetektion Nordtangente BS / Los 2 Kameras und BAS' an die Y. _____ AG vom 04.06.2020 (elektronische Publikation unter www.simap.ch) sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegner."

In prozessualer Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und der Vergabestelle sei bereits superprovisorisch zu verbieten, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen.

Das Angebot der Beschwerdeführerin sei gemäss Offertöffnungsprotokoll das günstigste. Der Preis habe als Zuschlagskriterium eine Gewichtung von 50%. Sofern die Offerte der Beschwerdeführerin in die Bewertung einbezogen werde, habe diese somit eine reelle Chance auf den Zuschlag.

Die Vergabestelle habe die vorliegende Beschaffung als Bauauftrag ausgeschrieben. Vergebe die Auftraggeberin für die Realisierung eines Bauwerkes mehrere Bauaufträge, so sei deren Gesamtwert massgebend. Das

Zerstückelungsverbot besage, dass ein Auftrag nicht in der Absicht, die relevanten Schwellenwerte zu umgehen, in Einzelaufträge aufgeteilt werden dürfe (Art. 7 BöB). Vorliegend sei aus dem Lastenverzeichnis (Ziff.1.1.2) gut ersichtlich, dass das Los 2 Teil eines grösseren Gesamtprojekts mit einem geschätzten Gesamtwert von weit über 10 Mio. Fr. sei. Ihre Aufteilung lasse sich somit sachlich nicht rechtfertigen. Der massgebende Schwellenwert sei damit erreicht. Mit Blick auf die Umschreibung in der Ausschreibung sei sogar fraglich, ob es sich beim Los 2 wirklich um ein Bauwerk handle. Es handle sich tatsächlich um eine gemischte Leistung, die sich prinzipiell aus Lieferung und Dienstleistung zusammenstelle. Der Schwellenwert gemäss Art. 6 BöB sei somit jedenfalls erreicht.

Der Vergabestelle sei überspitzter Formalismus und ein Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben und das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie auch eine falsche Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen, weil sie angenommen habe, dass die Referenz im Eignungskriterium 3 die Ausschreibungsvorgaben nicht einhalte. Dass im Angebot der Beschwerdeführerin unter dem Punkt "Ausführungsbedingungen" das Kästchen "unter Verkehr" in der Tat nicht angekreuzt worden sei, sei ein reines Versehen der Beschwerdeführerin. Was die Nachtarbeit angehe, habe auf den einzureichenden Unterlagen nirgends angegeben werden können und müssen, dass das Referenzprojekt unter Nachtarbeit ausgeführt worden sei. Die Vergabestelle habe zudem gewusst, dass die Beschwerdeführerin bereits Projekte in Nachtarbeit und unter Verkehr erstellt habe. Die Beschwerdeführerin legt schliesslich dar, dass ihren Interessen an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, und der Gewährung des effektiven Rechtsschutzes der Vorrang zu erteilen sei. Seitens der Vergabestelle sei keine Dringlichkeit gegeben. Die Ausführungsarbeiten erfolgten sowieso unter Verkehr.

F.

Mit Verfügung vom 25. Juni 2020 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

G.

Mit Vernehmlassung vom 3. Juli 2020 beantragt die Vergabestelle, auf die

Beschwerde sei nicht einzutreten, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden. Bereits weil der angefochtene Zuschlag nicht dem BöB unterstellt sei und keinen Rechtsschutz geniesse, sei der Antrag auf aufschiebende Wirkung abzuweisen.

Die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend das Zerstückelungsverbot gehe fehl. Die vorliegende Einzelbeschaffung "Ersatz Kameras und Ereignisdetektion Nordtangente BS, Los 2 Kameras und BAS" sei Teil des Gesamtmassnahmenprojekts "N03, VTV NT BS, Ersatz Kameras und Ereignisdetektion Nordtangente BS (180007)". Die Realisierung des Projekts 180007 sei auf Fr. 4'115'910.– geschätzt worden. Das Los 2 bilde nur einen Teil des Projekts und sei auf Fr. 1'980'000.– geschätzt worden. Damit werde der Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 Bst. c Böb nicht erreicht. Auf die Beschwerde sei somit nicht einzutreten. Zwar werde zugleich auf demselben Perimeter das Projekt "Ersatz Signalisationsanlage Sign NT (130032)" ausgeführt, welches 2013 generiert worden und viel komplexer und grösser als das 2018 generierte Projekt 180007 sei. Es werde aber lediglich die Realisierung koordiniert, die fachtechnischen Inhalte der beiden Projekte seien dagegen getrennt und sie seien separat ausgeschrieben worden.

Die Vergabestelle erachtet es sodann als korrekt, dass das vorliegende Projekt als ein Bauprojekt und somit die ausgeschriebene Leistung gesamthaft als Bauauftrag einzustufen sei. Unzutreffend sei demgegenüber, dass es sich vorliegend um eine Lieferung respektive eine Dienstleistung handle. Die IP-Kameras würden nicht nur durch die Zuschlagsempfängerin geliefert, sondern auch durch sie in Betrieb genommen. Die Gesamtheit der Leistungen sei als integrierender Teil eines Bauwerks (Tunnel) zu betrachten und werde auch so abgenommen.

Ferner sei die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge, der Ausschluss sei willkürlich erfolgt, weil die Vergabestelle ihre Referenzperson nicht angerufen habe und die Arbeiten im Referenzprojekt unter Verkehr und in Nachtarbeit ausgeführt worden seien, unbegründet. Die Vergabestelle habe in Ziffer 3.8 der Ausschreibung unter EK3 ausdrücklich ein Referenzprojekt "inkl. Arbeiten im Tunnel unter Verkehr auf Hochleistungsstrasse in Nachtarbeit" verlangt. Die Referenzperson sei angefragt worden und habe die Auskunft erteilt, dass im Referenzprojekt nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien. Im Tunnel selber sei jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden, da es sich um einen Neubautun-

nel gehandelt habe, auch sei aufgrund dessen, dass es sich um einen Neubau handle, auch nicht in der Nacht gebaut worden. Schliesslich könne die Vergabestelle bei der Beurteilung der Offerten nicht noch weitere als die in der eingereichten Offerte enthaltenen Elemente einbeziehen. Demnach müsste, auch wenn auf die Beschwerde einzutreten wäre, diese abgewiesen werden. Die Beschwerde habe keine Erfolgschancen und der Antrag auf aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Die Vergabestelle beantragt abschliessend, die Akteneinsicht sei zu beschränken, soweit es sich um interne Dokumente oder die Offerten der Anbieterinnen handle und es sei dem Offert- und Geschäftsgeheimnis Rechnung zu tragen.

H.

Zur Anfrage des Gerichts, ob die Zuschlagsempfängerin sich als Partei am Verfahren beteiligen wolle, liess sich diese innert der ihr gesetzten Frist bis zum 8. Juli 2020 nicht vernehmen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

2.

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags 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 m.H. "Microsoft"; dazu PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Rz. 1340 m.H.).

3.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

4.

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).

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. "Lüftung Belchentunnel"). 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m.H. "Microsoft").

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 "Vermessung Durchmesserlinie" (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerinnen 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 "Hörgeräte"). 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 "Microsoft"). 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 "Prestations de planification à Grolley/FR"). 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 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) – 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. "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1341).

Ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist nicht nur dann abzuweisen, wenn die Beschwerde materiell als offensichtlich unbegründet erscheint, sondern auch, wenn die Beschwerde prima facie deshalb keine Erfolgsaussichten hat, weil aller Voraussicht nach darauf nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-562/2015 vom 21. April 2015 E. 4.1 "Support Software ORMA").

5.

Im vorliegenden Fall ist vorab umstritten, ob der massgebliche Schwellenwert erreicht und das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde überhaupt zuständig ist.

5.1 Die Vergabestelle geht in der Ausschreibung vom 9. März 2020 von einem Bauauftrag und bei der Art des Bauauftrags von "Planung und Ausführung" aus (Ausschreibung, Ziff. 1.8 und 2.1). In der Ausschreibung hat die Vergabestelle die Beschaffung unter der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Referenznummer "45316210 – Installation von Verkehrsüber-

wachungseinrichtungen" aufgeführt (Ausschreibung, Ziff. 2.5), welche einer Bauarbeit entspricht (vgl. CPV-Codes 2008, <<http://www.cpv.e-nem.pl/de/45316210-0>>, letztmals besucht am 4. August 2020).

Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Einstufung. Aus der Umschreibung des Auftrags in der Ausschreibung gehe hervor, dass es sich um eine gemischte Leistung aus Lieferung und Dienstleistung handle. Gemäss der von der Rechtsprechung entwickelten Präponderanztheorie richte sich bei einer gemischten Leistung die vergaberechtliche Natur des Gesamtgeschäfts nach der (zumeist in finanzieller Hinsicht) überwiegenden Teilleistung. Deutlich mehr als 60% des Gesamtbetrags ihrer Offerte für das Los 2 betreffe die Lieferung von Material (Positionen 100 + 200). Der Schwellenwert gemäss Art. 6 BöB sei damit erreicht.

Demgegenüber ist die Vergabestelle der Meinung, die Gesamtheit der Leistungen sei als integrierender Teil eines Bauwerks (Tunnel) zu betrachten und werde auch so abgenommen. Ein Vertrag könne gleichzeitig mehr als eine Auftragskategorie nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a bis c BöB umfassen. Das BVGer habe bereits Arbeiten im Zusammenhang mit der Lieferung, Montage und Inbetriebnahme des Steuerungssystems der Lüftungsanlagen im Rahmen des Projekts für den Strassentunnel Belchen ("N02, 070037, Tunnel Belchen (BTB) TP4, 1 Fahrraumlüftung BSA / Lüftungsteuerung+ MCC") als Bauleistungen qualifiziert (Urteil BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 1.8 "Lüftung Belchentunnel"). Im vorliegenden Fall würden die IP-Kameras nicht nur durch den Zuschlagsempfänger geliefert, sondern auch durch ihn in Betrieb genommen. Unter die "Divison 51" "construction work" der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang I Annex 5 des GPA fielen nicht nur klassische Bauwerke, sondern auch Arbeiten, die für sich genommen nicht als Bauleistungen einzustufen wären, in der Optik des öffentlichen Beschaffungswesens aber kraft der CPC-Klassifikation als solche gelten würden. Sämtliche unter Ziffer 2.6 Simap aufgeführten Leistungen würden in die Kategorien provCPC 516 "Einrichtungen von Installationen" und dort spezifisch unter 5164 "electrical work" fallen. Somit sei es korrekt, das vorliegende Projekt als ein Bauprojekt und somit die ausgeschriebene Leistung gesamthaft als Bauauftrag einzustufen.

5.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 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.

5.2.1 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

5.2.2 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 des GPA. Das BöB ist anwendbar, wenn der geschätzte Wert eines zu vergebenden Bauauftrags den Schwellenwert von 8,7 Millionen Franken erreicht (Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]).

Als Lieferauftrag wird ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf bezeichnet (Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB). Der Schwellenwert für Lieferaufträge beträgt 230'000 Franken (Art. 6 Abs. 1 Bst. a BöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021).

5.2.3 Im vorliegenden Fall beträgt der Zuschlagspreis Fr. 1'303'910.– (exkl. MWST), weshalb davon auszugehen ist, dass der geschätzte Wert des in Frage stehenden Auftrags unter dem Schwellenwert für Bauaufträge, aber über dem Schwellenwert für Lieferaufträge liegt.

5.2.4 Das Vergaberecht verlangt mit Bezug auf jeden öffentlichen Auftrag eine einheitliche Qualifikation, obwohl sich nicht alle Geschäfte ohne weiteres eindeutig als Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag identifizieren lassen (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1119 f.). Wenn ein Geschäft Leistungen aus mehr als einer der Kategorien Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen enthält, ist bei notwendigen Mi-

schungen über die einheitliche Qualifikation nach der Präponderanzmethode zu entscheiden. Grundsätzlich gilt, dass derjenige Schwellenwert einschlägig ist, der den gewichtigsten Auftragsteil betrifft (vgl. BEYELER, a.a.O, Rz. 1128, 1136; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O, Rz. 305).

5.2.5 Was Bauleistungen betrifft, so verweisen alle für ihre Definition einschlägigen Vorschriften – Anhang I Annex 5 GPA; Anhang VII des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68); Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB; Anhang 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11); Art. 6 Abs. 1 Bst. a IVöB – umfassend auf die Division 51 der provCPC-Klassifikation respektive vollumfänglich auf die Gruppen 511-518 provCPC. Neben den klassischen Baumeisterarbeiten im Hoch- und Tiefbau gelten als Bauleistungen beispielsweise auch elektrische Installationen (provCPC 51641) (BEYELER, a.a.O., Rz. 936 ff.).

5.2.6 In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass der Auftrag über Bauleistungen praktisch immer auch die Lieferung wenigstens eines Teils der Baumaterialien umfasse, die für die Ausführung der Bauleistungen erforderlich seien. Dies mache den Bauauftrag aber insoweit nicht zum gemischten Bau- und Lieferauftrag, als die fraglichen Materialien vom Beauftragten selber verbaut würden – in diesem Umfang gehe die Materiallieferung zunächst an den Leistungserbringer und erst durch den Einbau (und daher als Bauleistung) an den Auftraggeber, dieser erhalte die Materialien verarbeitet, inkorporiert in Bauleistungen, womit der ganze Auftrag einheitlich als Bauauftrag zu qualifizieren sei. Ein Lieferauftrag liege hingegen dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Baumaterialien in beweglicher Form (also nicht eingebaut) beschaffe, um sie selber zu verwenden (zu verbauen) oder sie Dritten (insbesondere einem Bau-Leistungserbringer) zur Verfügung zu stellen (BEYELER, a.a.O., Rz. 939 f.).

5.2.7 Gegenstand der vorliegend umstrittenen Beschaffung Los 2 "Ersatz Kameras und BAS" sind die Lieferung und Inbetriebnahme von 122 neuen IP-Kameras inklusive Kameragehäuse, Befestigungen und Anschlussdosen; die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von 10 vollausgerüsteten Medien-Schränken inklusive E/O-Wandler; die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme eines neuen Bildauswertesystems (BAS), inklusive Anlagesteuerung und 2 Schränke; die Anbindung an das übergeordnete Videomanagementsystem (UeVM GE VIII), die Anbindung an das übergeordnete

Leitsystem (BLS GE VIII); die Demontage der alten Verkehrsfernsehanlage und Encoder inklusive Entsorgung; den Rückbau und die Entsorgung der alten Ereignisdetektion sowie Dienstleistungen (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Die Montage der neuen IP-Kameras und die Demontage und Entsorgung der alten Kameras gehört indessen nicht zum Los 2, sondern erfolgt im Los 1 "Kabelinfrastruktur" (Lastenheft BSA, Ziff. 1.1.3).

5.2.8 Aus den Offerten der verschiedenen Anbieter geht hervor, dass auf die beiden Positionen 100 (Lieferung der 122 IP-Kameras inklusive Gehäuse, Medienschränke, WAN-Anschluss) und 200 (Bildauswertesystem) zusammen mehr als zwei Drittel des jeweiligen Angebotspreises entfällt.

5.2.9 Letztlich kann indessen – im Kontext des vorliegenden Zwischenentscheides – die Frage offenbleiben, ob der Beschaffungsgegenstand von Los 2 als Liefer- oder als Bauauftrag einzustufen, der massgebliche Schwellenwert damit erreicht ist oder nicht und auf die Beschwerde entsprechend voraussichtlich einzutreten ist, da die Beschwerde jedenfalls in materieller Hinsicht prima facie als offensichtlich unbegründet einzustufen ist, wie noch darzulegen ist.

6.

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe, indem sie angenommen habe, die Referenz im Eignungskriterium 3 halte die Ausschreibungsvorgaben nicht ein, den Sachverhalt falsch dargestellt und das Gebot von Treu und Glauben sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Auch sei der Vergabestelle überspitzter Formalismus vorzuwerfen. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass sie in ihrem Angebot unter dem Punkt "Ausführungsbedingungen" das Kästchen "unter Verkehr" nicht angekreuzt habe, macht aber geltend, es handle sich dabei um ein reines Versehen der Beschwerdeführerin. Hätte die Vergabestelle die Kontaktperson des damaligen Bauherrn oder die Beschwerdeführerin selbst gefragt, hätte diese bestätigen können, dass das Referenzprojekt tatsächlich auch unter Verkehr und in Nacharbeit erfolgt sei. Die Beschwerdeführerin beantragt, die von ihr angegebene Referenzperson sei als Zeuge einzunehmen.

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, tatsächlich hätten aufgrund von Planungsfehlern aus übergeordneten Projekten (Signalschilder vor die Kameras gestellt) die Kameras unter Verkehr und in Nacharbeit an neue Standorte versetzt werden müssen. Die Beschwerdeführerin reicht zum

Beweis, dass die Kameras unter Verkehr versetzt worden seien, zwei Fotos ein.

Sodann führt die Beschwerdeführerin aus, was die Nachtarbeit angehe, sei das "Nachtarbeitskriterium" im Dokument "Unternehmerangaben" nie zum Vorschein gekommen. Dies weise darauf hin, dass das "Nachtarbeitskriterium" erstens gar kein Eignungskriterium sei und zweitens für die Vergabestelle zweitrangig sei. Auf den einzureichenden Unterlagen habe somit nirgends angegeben werden können und müssen, dass das Referenzprojekt unter Nachtarbeit ausgeführt worden sei. Hätte die Vergabestelle dies als Eignungskriterium oder als eine wichtige Information erachtet, hätte sie die Beschwerdeführerin darüber informieren respektive nachfragen müssen. Ein Fehler in den Submissionsunterlagen könne nicht zu einem Nachteil für die Bewerber führen. Zudem müssten die Eignungskriterien immer auf die zu beschaffende Werkleistung angepasst sein. Im konkreten Fall würden die Montagearbeiten zum grössten Teil im Tunnel erbracht, und die Lichtverhältnisse während des Tags und der Nacht seien somit eher ähnlich. Das Kriterium lasse sich somit sachlich nicht vertreten.

Die Vergabestelle wendet ein, dem Evaluationsbericht und der entsprechenden Notiz könne entnommen werden, dass die Referenzperson angefragt worden sei. Die Auskunft sei gewesen, dass im Referenzprojekt nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien. Im Tunnel selber sei jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden, da es sich um einen Neubautunnel gehandelt habe. Tatsächlich sei (...) ein Neubau, der erst 2017 in Betrieb genommen worden sei. Weil es sich um einen Neubau handle, sei auch nicht in der Nacht gebaut worden. Damit sei auch das Thema Nachtarbeit nicht erfüllt gewesen.

6.1 Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB). Fehlende Eignung beziehungsweise das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (vgl. Art. 11 Bst. a BöB). Ein fehlendes Eig-

nungskriterium kann daher nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

6.2 Art. 9 Abs. 1 BöB wird durch Art. 9 Abs. 1 VöB konkretisiert, wonach die Auftraggeberin für die Überprüfung der Eignung der Anbieter die in Anhang 3 VöB genannten Unterlagen erheben und einsehen kann. Als Nachweis in diesem Sinn gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin die ordnungsgemässe Erbringung dieser Leistungen überprüfen und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entspricht und ob sie ordnungsgemäss erbracht wurde (vgl. VöB, Anhang 3, Ziffer 8).

Nach Art. 9 Abs. 2 VöB trägt die Auftraggeberin 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. "Personalverleih"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555 f. m.H.). Gemäss GATT-Botschaft 2 (BBI 1994 IV 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 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich").

6.3 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 B-504/2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"). 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 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1 "Signalisation"; ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 324). Sofern ein solcher gewährleistet bleibt, ist eine restriktive Festsetzung der Eignungskriterien zulässig, vorausgesetzt, sie sind ausreichend auftrags- beziehungsweise leistungsbezogen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557).

6.4 Da im Beschwerdeverfahren Unangemessenheit nicht gerügt werden kann (vgl. Art. 31 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (vgl. Zwischenentscheide B-504/2009 E. 5.3 und 6.1 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich" sowie Zwischenentscheid des BVGer B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2 "Bauftrag N3/68 Linthebene"; Entscheide der BRK 2004-003 und CRM 2004-004 vom 22. März 2004, veröffentlicht in: VPB 68.88 E. 4b und VPB 68.119 E. 4d/aa; 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 (vgl. Zwischenentscheid B-7393/2008 E. 3.2.2.2 "Bauftrag N3/68 Linthebene"; Zwischenverfügung der BRK 2006-011 vom 22. August 2006 E. 5c/cc; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.).

6.5 Im vorliegenden Fall legte die Vergabestelle in Ziffer 3.7 der Ausschreibung und im Dokument 5 "Unternehmerangaben" (Ziff. 2) die folgenden sechs Eignungskriterien fest:

"EK1: Technische Leistungsfähigkeit (Firmenreferenz)

EK2: Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit

EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL)

EK4: Nachweis der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen

EK5: Leistungsanteil Unterakkordanten

EK6: Referenzobjekt Browserschnittstelle / Datenpunktschnittstelle"

Die Vergabestelle verlangte in der Ausschreibung (Ziff. 3.8) und in den Ausschreibungsunterlagen (Dokument 5 "Unternehmerangaben" Ziff. 2.3) in

tuationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 m. H. "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.).

Die Praxis unterscheidet diesbezüglich drei Kategorien:

Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie"). Massstab für die Beurteilung ist – abgesehen vom Gleichbehandlungsgebot – die Vergleichbarkeit der Angebote. Kann das fehlerhafte Angebot aufgrund der Formfehler nicht mit den Angeboten anderer Anbieter verglichen werden, ist regelmässig von einem wesentlichen Formfehler auszugehen (vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 19 BöB N. 6 m. H.). Fehlen relevante Angaben oder Unterlagen im eingereichten Angebot, führt das zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2 "Erneuerung Funksystem»). Auch Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungsverhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Produktanforderungen sind, soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergebe, absolute Kriterien: Ihre Nichterfüllung

führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteile des BVerG B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.1 "Datennetzwerkkomponenten"; B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 "HP-Monitore"; TRÜEB, a.a.O., Art. 12 BöB N. 2).

Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie").

Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BVerG 2C_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid des BVerG B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"; Urteil des BVerG B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 "Elektroinstallationen Müllheim").

6.8 Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin im fraglichen Formular drei von vier Kästchen angekreuzt, nicht aber das Kästchen "unter Verkehr". Anders als in jenem Fall, in dem die Anbieterin vergessen hatte, sämtliche Kreuze in einem bestimmten Formular anzubringen, mit denen sie ausdrücklich erklären musste, die von der Vergabestelle verlangten Bedingungen einzuhalten und über die nötigen personellen Ressourcen zu

verfügen (vgl. Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"), ist prima facie nicht ersichtlich, warum die Vergabestelle dieses fehlende vierte Kreuz als Versehen hätte ansehen müssen, das Anlass zu einer Nachfrage gegeben hätte. Vielmehr drängte dieses differenzierte Ankreuzen den Eindruck auf, dass das vierte Kästchen absichtlich leer gelassen worden war.

Hinzu kommt, dass die Vergabestelle, obwohl die Beschwerdeführerin somit gar nicht geltend gemacht hatte, das Referenzprojekt sei unter Verkehr ausgeführt worden, dennoch die angegebene Referenzperson diesbezüglich anfragte, wie sich aus ihren Ausführungen und auch aus dem Evaluationsbericht ergibt. Die Auskunft sei gewesen, dass im Referenzprojekt nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien. Im Tunnel selber sei jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden, da es sich um einen Neubautunnel gehandelt habe. Insbesondere auch unter Berücksichtigung dieser Auskunft ist nicht ersichtlich, warum die Vergabestelle hätte annehmen sollen, die Beschwerdeführerin habe das vierte Kästchen lediglich versehentlich nicht angekreuzt, so dass sie ihr Gelegenheit geben müsste, ihre eigene Angabe, das Referenzprojekt sei nicht unter Verkehr ausgeführt worden, nachträglich zu ändern.

6.9 Prima facie erscheint daher der Vorwurf der Beschwerdeführerin, aufgrund des Verbots von überspitztem Formalismus hätte die Vergabestelle ihr Gelegenheit geben müssen, ihre eigene Angabe, das Referenzprojekt sei nicht unter Verkehr ausgeführt worden, nachträglich zu ändern, als offensichtlich unbegründet.

6.10 Entgegen ihrer eigenen Angabe in ihrer Offerte behauptet die Beschwerdeführerin erstmals im Rechtsmittelverfahren, das Referenzprojekt sei auch unter Verkehr ausgeführt worden. Tatsächlich hätten aufgrund von Planungsfehlern aus übergeordneten Projekten (Signalschilder vor die Kameras gestellt) die Kameras unter Verkehr und in Nacharbeit an neue Standorte versetzt werden müssen. Die Beschwerdeführerin reicht zum Beweis, dass die Kameras unter Verkehr versetzt worden seien, zwei Fotos ein, und beantragt die Einvernahme der von ihr angegebenen Referenzperson als Zeuge.

6.11 Aufgrund des in Beschaffungsverfahren, namentlich bis zum Zwischenentscheid betreffend die Gewährung der aufschiebenden Wirkung, geltenden qualifizierten Beschleunigungsgebots ist über das Gesuch um aufschiebende Wirkung lediglich im Sinne einer prima-facie-Würdigung der

materiellen Sach- und Rechtslage aufgrund der Parteivorbringen und der bereits eingereichten Dokumente zu entscheiden (Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billetautomaten"). Die hypothetische Möglichkeit, dass diese bisherige Aktenlage durch weitere, noch einzuholende Beweismittel, Zeugenaussagen oder Gutachten widerlegt werden könnte, kann dabei nicht berücksichtigt werden, sofern dafür keine konkreten Anhaltspunkte vorhanden sind (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 10.9 "IT-Dienste ASALfutur").

6.11.1 Im vorliegenden Fall zeigen die beiden eingereichten Fotos einen Strassenbereich ausserhalb des Tunnels. Weder diese Fotos noch die im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Behauptung, das Referenzprojekt sei "auch" unter Verkehr ausgeführt worden, stehen damit notwendigerweise in Widerspruch zu der von der Vergabestelle wiedergegebenen Auskunft der Referenzperson, dass nur die Anschlussbereiche zum Teil unter Verkehr gewesen seien, im Tunnel selber jedoch nicht unter Verkehr gebaut worden sei, da es sich um einen Neubautunnel gehandelt habe. So bestreitet die Beschwerdeführerin insbesondere diese letzte Aussage nicht ausdrücklich.

6.11.2 Unter diesen Umständen liegen keine hinreichenden konkreten Anhaltspunkte vor, um anzunehmen, dass die von der Vergabestelle dargelegte Aussage der Referenzperson unrichtig sein könnte.

6.12 Prima facie ist daher davon auszugehen, dass offensichtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle aufgrund der eigenen Angaben der Beschwerdeführerin in deren Offerte und den Aussagen der Referenzperson davon ausgegangen ist, das zum Eignungskriterium "EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL)" angegebene Referenzprojekt sei insofern nicht vergleichbar, als es sich nicht um Arbeiten in einem Tunnel unter Verkehr auf einer Hochleistungsstrasse gehandelt habe.

6.13 Wie es sich bezüglich der Anforderung, das Referenzprojekt sei zusätzlich auch in Nachtarbeit auszuführen gewesen, zu der die Vergabestelle kein anzukreuzendes Kästchen vorgesehen hatte, verhält, kann offengelassen werden, da es sich um kumulative Anforderungen handelte.

7.

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Vergabestelle seien

auch andere ihrer Referenzobjekte bekannt. Die alte Anlage N03 NTB sei vor circa 15 Jahren durch die Beschwerdeführerin geliefert worden. Die Vergabestelle habe somit eindeutig gewusst, dass die Beschwerdeführerin bereits Projekte in Nacharbeit und unter Verkehr erstellt habe.

Die Vergabestelle wendet dagegen ein, ein solches Vorgehen wäre willkürlich und würde die Beschwerdeführerin gegenüber den anderen Anbieterinnen favorisieren, was sowohl dem Prinzip der Transparenz als auch jenem der Gleichbehandlung widersprechen würde.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es zwar nicht unzulässig, wenn eine Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens auf nicht ausdrücklich angeführte, aber für sie selbst ausgeführte Referenzprojekte zurückgreift, um die Eignung auch dann zu bejahen, wenn das von der Zuschlagsempfängerin angegebene Referenzprojekt nicht genügt (Urteil des BVerG B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.5 "Betankungsanlagen"). Ein Rechtsanspruch einer Anbieterin darauf, dass eine Vergabestelle dies tut, besteht indessen nicht (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVerG B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.8.5 "Erneuerung Videoanlage II").

Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall das Referenzprojekt die Eignung der betreffenden Schlüsselperson, nicht die Eignung der Beschwerdeführerin selbst belegen sollte, weshalb offen ist, ob die Lieferung der alten Anlage vor rund 15 Jahren durch die Beschwerdeführerin überhaupt ein geeignetes Referenzprojekt für den Nachweis der Erfüllung des Eignungskriteriums EK3 darstellen würde.

8.

Die Beurteilung prima facie ergibt somit, dass offensichtlich nicht zu beanstanden ist, wenn die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK3: Fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson (Referenzprojekt PL)" ausgeschlossen hat, und die Beschwerde deswegen als offensichtlich unbegründet einzustufen ist.

Der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

9.

Über die Kostenfolge dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerde auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen. Dieser Zwischenentscheid ersetzt Dispositiv Ziffer 1 der Zwischenverfügung vom 26. Juni 2020.

2.

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

3.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 201123; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Auszug; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 6. August 2020