

# **BVGer B-4895/2017 vom 8. Februar 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4895\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4895_2017)

FR: TAF B-4895/2017 du 8 février 2018

IT: TAF B-4895/2017 del 8 febbraio 2018

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) 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.

### **E. 1.2**

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen einen Ausschluss oder die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a und d in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

#### **E. 1.3.1**

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.

#### **E. 1.3.2**

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).

#### **E. 1.3.3**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet

der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. September 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 72000000 IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese Nummer entspricht nach der Systematik der CPCprov der Referenznummer 84000. Diese gehört zur Klasse Computer and related services. Diese Klasse wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur VöB) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

#### **E. 1.3.4**

Der Zuschlag wurde vorliegend zu einem Preis von Fr. 1'608'255.- inkl. MWST von 8 % vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WPF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (AS 2015 4743) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.-. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

#### **E. 1.3.5**

Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Das BöB ist folglich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

#### **E. 1.3.6**

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

#### **E. 2.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG 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.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG).

#### **E. 2.3**

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff.).

#### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin beantragt, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr selbst zu erteilen. Sie hält in ihrer Beschwerde fest, dass die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen. Erstens sei ihr Angebot nicht ausschreibungskonform, da davon auszugehen sei, dass sie das Beschaffungsobjekt nur unter Beizug eines Subunternehmers ausführen könne, dessen Leistungsanteil deutlich über 50 % liege. Dies laufe Ziff. 3.6 der Ausschreibung zuwider. Zweitens fehle ihr nach Massgabe der bekannt gegebenen Kriterien die Eignung für die Ausführung des Beschaffungsobjekts. Drittens sei davon auszugehen, dass sie die geforderten Eignungsnachweise bzw. Bestätigungen nicht erbracht habe. Schliesslich seien die Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin nach unterschiedlichen Massstäben rechtsungleich bzw. willkürlich bewertet worden, so dass der Beschwerdeführerin und nicht der Zuschlagsempfängerin die beste Bewertung hätte zuteilwerden müssen (S. 7). Die Beschwerdeführerin geht davon aus, als zweitplatzierte Anbieterin reelle Chancen auf den Zuschlag zu besitzen. Er sei wohl nur wegen eines höheren Angebotspreises nicht ihr erteilt worden. Sie trage Rügen vor, die im Falle ihrer Anerkennung durch die angerufene Beschwerdeinstanz zur Erteilung des Zuschlags führten (S. 10). Sie gehe davon aus, dass ihr Angebot das wirtschaftlich Günstigste sei, weshalb ihr der Zuschlag hätte erteilt werden müssen (S. 35).

#### **E. 2.5**

Würde das Gericht dieser Argumentation Folge leisten, hätte die Beschwerdeführerin als an zweiter Stelle rangierte Anbieterin eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 mit Hinweisen, Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 1. Februar 2017 E. 1.3 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

#### **E. 2.6**

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 2.7**

Die Eintretensvoraussetzungen sind daher im vorliegenden Fall erfüllt.

#### **E. 2.8**

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-2957/2017 vom 23. Juni 2017, E. 1.2 mit Hinweisen, und B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1340 mit Fn. 3099).

#### **E. 3.1**

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, welche 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 (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 "Lüftung Belchentunnel" 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 B-3402/2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

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. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder"). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbesondere S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid B-3402/2009, 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 Sinn 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; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341; zum Ganzen BVGE 2017/IV 3 E. 3.3).

### **E. 4.1**

In Ziff. 3.6 der Ausschreibung wird festgehalten, dass Subunternehmer zugelassen seien. Sie könnten zu maximal 50 % beigezogen werden. Sie seien in den Angebotsunterlagen entsprechend aufzuführen. Angaben betreffend Subunternehmer würden mitbewertet.

## **E. 4.2**

Diese Einschränkung wird von der Beschwerdeführerin nicht als unbegründet oder unverhältnismässig beanstandet. Demnach ist auf diese Einschränkung im vorliegenden Fall nicht näher einzugehen.

### **E. 4.3.1**

Bei Ziff. 3.6 der Ausschreibung handelt es sich weder um ein formales Eignungskriterium noch um ein Zuschlagskriterium, sondern um eine allgemeine Teilnahmebedingung (vgl. Einordnung dieser Bedingung zwischen Ziff. 3.1 "Generelle Teilnahmebedingungen" und Ziff. 3.7 "Eignungskriterien").

### **E. 4.3.2**

Angebote, bei denen feststeht, dass der Anbieter die Teilnahmebedingungen nicht einhalten kann, sind vom Vergabeverfahren auszuschliessen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1128 mit Hinweis). Dies gilt insbesondere bei Nichterfüllung einer allgemeinen Teilnahmebedingung.

### **E. 4.4.1**

Die Beschwerdeführerin geht in ihrer Beschwerde davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin das Beschaffungsobjekt nur unter Beizug eines Subunternehmers ausführen könne, dessen Leistungsanteil deutlich über 50 % liege (S. 7). Sie ziehe für die Ausführung wesentlicher Teile der ausgeschriebenen Arbeiten wohl die C.\_\_\_\_\_ GmbH (Deutschland) bei. Deren Leistungsanteil mache sowohl qualitativ, quantitativ als auch preislich vermutlich mehr als 50 % aus (S. 20). Nur dank eines solchen Subunternehmers und der dadurch ermöglichten Kostenverlagerung ins günstigere Ausland sei die Zuschlagsempfängerin in der Lage gewesen, günstiger als die Beschwerdeführerin zu offerieren. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin sei auszuschliessen. Der Ausschluss sei umso zwingender, als man nicht prognostizieren könne, wie sie - soweit sie zur selbständigen Leistungserbringung überhaupt in der Lage wäre - kalkuliert hätte, wenn sie die Leistungen zu mindestens 50 % selbständig hätte erbringen müssen (S. 32). Die Zuschlagsempfängerin habe Ziff. 3.6 der Ausschreibung verletzt (S. 35).

### **E. 4.4.2**

In ihrer Replik ergänzt die Beschwerdeführerin, die für die Umsetzung benötigten Leistungskomponenten (Softwarelösung, Aufnahmetechnik) stammten von der C.\_\_\_\_\_ GmbH. Namentlich die von der Vergabestelle erwähnte Aufnahmetechnik der Zuschlagsempfängerin (fünf Kameras und 360-Grad-Profilscanner) entspreche nachweislich jener der C.\_\_\_\_\_ GmbH (S. 5). Der gemäss der Beurteilung der Vergabestelle noch zu leistende Entwicklungsaufwand sowie die Befahrungsleistung würden nach Schweizer Ansätzen zu einem viel höheren Preis als jenem der Zuschlagsempfängerin führen. Auch dies sei ein Indiz für die Verlagerung dieser Tätigkeiten auf ein im Ausland domiziliertes Subunternehmen (S. 6). Das Angebot der Zuschlagsempfängerin halte die Bedingung, dass ein (ausländischer) Subunternehmerbeizug lediglich zu maximal 50 % erfolgen dürfe, nicht ein (S. 7). Sollte die Zuschlagsempfängerin tatsächlich in ihrem Angebot den Beizug von Subunternehmern nicht bekannt gegeben haben, sei wegen dieser falschen Angaben im Angebot ein zwingender Ausschlussgrund zu erblicken, wenn zusätzlich zur Zuschlagsempfängerin Dritte bei der Leistungserbringung mitwirkten (S. 9). Sollte der Subunternehmerbeizug der

Vergabestelle entgegen den tatsächlichen Verhältnissen und Absichten der Zuschlagsempfängerin nicht offengelegt worden sein, liege ein Ausschlussgrund vor (S. 10). Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie keinen strikten Beweis für den Subunternehmerbeizug der Zuschlagsempfängerin erbringen müsse. Im Licht der vorgetragenen Indizien dränge sich eine genaue Abklärung der Frage, ob und inwiefern ein Subunternehmerbeizug erfolgt sei, zwingend auf (S. 11). Die Verbindung zwischen der A. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ GmbH sei geradezu offensichtlich. Dies lasse darauf schliessen, dass zwischen diesen beiden Firmen zumindest eine enge Zusammenarbeit bestehe, und dass die C. \_\_\_\_\_ GmbH auch vorliegend mit wesentlichen Teilleistungen an der Erfüllung des Beschaffungsobjekts mitwirken werde (S. 12). Es werde bestritten, dass die Zuschlagsempfängerin in der Lage sein solle, die ausgeschriebenen Leistungen selbständig und ohne Beizug eines Subunternehmers mutmasslich aus dem Ausland und zum Preis von lediglich Fr. 1'489'125.- (exkl. MWST) zu erbringen (S. 23-24).

#### **E. 4.5.1**

Die Vergabestelle entgegnet in ihrer Vernehmlassung, die Zuschlagsempfängerin habe ihr Angebot ohne Beizug eines Subunternehmens eingereicht (S. 8). Im Rahmen der Eignungsüberprüfung seien gegenüber der Vergabestelle keine Subunternehmer erwähnt worden. An der Anbieterpräsentation vom 31. Mai 2017 sei zu keinem Zeitpunkt der Eindruck entstanden, dass die Zuschlagsempfängerin mit einem Subunternehmen zusammenarbeiten würde (S. 9). Der Zuschlag sei an eine Bietergemeinschaft gegangen, welche in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen ohne Beizug eines Subunternehmers (aus dem Ausland) zu erbringen (S. 14).

#### **E. 4.5.2**

In ihrer Duplik insistiert die Vergabestelle, aus dem Angebot lasse sich kein Indiz auf ein Subunternehmen entnehmen (S. 4). Sowohl aus dem Angebot als auch aus den Ausführungen der Zuschlagsempfängerin anlässlich der Präsentation vom 31. Mai 2017 ergebe sich absolut kein Hinweis auf den Beizug eines Subunternehmens (S. 5). Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin würde mit einem Subunternehmen zusammenarbeiten, entbehrten gemäss den vorliegenden Fakten und Abklärungen jeglicher Grundlage (S. 15).

#### **E. 4.6**

In Ziff. 2.0.1 ("Firmenangaben") der Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin vom 11. Mai 2017 ist das Wort "Subunternehmer" zweimal durchgestrichen. Auch aus den übrigen Akten geht unmittelbar kein Beizug eines Subunternehmers hervor.

#### **E. 4.7**

Damit ist weiter zu prüfen, ob sich ein solcher Beizug allenfalls indirekt aus den Akten ergibt.

#### **E. 4.7.1**

Die Beschwerdeführerin äussert in ihrer Beschwerde, dass sich das Erfassungsfahrzeug der Zuschlagsempfängerin nicht nur auf der Internetseite <www.D. \_\_\_\_\_ .ch>, sondern auch auf der Internetseite der C. \_\_\_\_\_ GmbH bzw. deren Partnerunternehmen in Polen finde (S. 19-20).

#### **E. 4.7.2**

In ihrer Replik ergänzt die Beschwerdeführerin, das Messfahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA habe Messsensoren für die Erhebung der Zustandsparameter: visueller Fahrbahnzustand, Längs- und Querebene. Die erwähnten fünf Umgebungskameras sowie der 360-Grad-Scanner seien nicht auf dem dargestellten Fahrzeug integriert (S. 5). Sie könne technisch aufzeigen, dass die von der A.\_\_\_\_\_ AG angebotene Erfassungssensorik mit dem Messfahrzeug der C.\_\_\_\_\_ GmbH in Verbindung gebracht werden müsse und nichts mit den Sensoren auf dem Fahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA zu tun habe. Auch nach Ansicht der Vergabestelle sei dasselbe Fahrzeug auf den Beschwerdebeilagen 22 und 24 ersichtlich. Nach wie vor sei dieses Fahrzeug mit den Buchstaben H.\_\_\_\_\_, aufgedruckt auf der linken Fahrzeugfläche (Beilage 24) bzw. auf dem Nummernschild (Beilage 22) auf den Webseiten beider Unternehmen abrufbar (S. 11). Auf der Vernehmlassungsbeilage 5, welche aus Ausdrucken der Webseiten der C.\_\_\_\_\_ GmbH bestehe, sei - abgesehen von der orangen Farbe - dasselbe Fahrzeug mit derselben Technologie abgebildet. Das dargestellte Messfahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA zeige Aufnahmesensoren zur Erfassung der messtechnischen Längs- und Querebene. Die im Angebot erwähnten und erforderlichen Sensoren seien bei diesem Messfahrzeug nicht vorhanden. Das Messfahrzeug der B.\_\_\_\_\_ AG integriere Sensoren zur Erfassung des Strassenzustandes (S. 12). Es sei eindeutig ersichtlich, dass es sich beim Messfahrzeug auf der Homepage der A.\_\_\_\_\_ AG um dasselbe Messfahrzeug wie jenes auf der Homepage der C.\_\_\_\_\_ GmbH handle (S. 14). Es treffe demnach nicht zu und werde bestritten, dass der Fahrzeugtyp und die Messapparate der Zuschlagsempfängerin, der C.\_\_\_\_\_ GmbH und der Beschwerdeführerin identisch wären. Eine solche Aussage sei völlig undifferenziert. Der Vermieter eines solchen ausgestatteten Fahrzeugs stelle offensichtlich auch entscheidende Komponenten der Softwarelösung bereit. Die Miete des Fahrzeugs laufe im Resultat somit auf einen Subunternehmerbeizug hinaus, welcher den Kern des Projekts betreffe und die zulässige Grenze von 50 % mutmasslich überschreite (S. 15). Die erwähnte Aufnahmetechnologie eines 3D-Laserscannings, welche bei der Zuschlagsempfängerin zum Einsatz gelangen solle, finde sich auf dem Fahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA nicht, sondern lediglich beim vorgenannten Fahrzeug "H.\_\_\_\_\_", welches sich auch auf der Homepage der C.\_\_\_\_\_ GmbH finde. Dies stelle ein weiteres Indiz für deren Beizug dar (S. 32).

#### **E. 4.7.3**

In ihrer Vernehmlassung vom 29. September 2017 wendet die Vergabestelle ein, die Beschwerdeführerin führe zum Thema Subunternehmen ein Bild eines Erfassungsfahrzeuges auf der Webseite der C.\_\_\_\_\_ GmbH und der Webseite der Zuschlagsempfängerin ins Feld (S. 8-9). Dieser Einwand belege aber keinesfalls, dass die Zuschlagsempfängerin vorliegend mit einem Subunternehmer zusammenarbeiten würde und sei daher gegenstandslos. Das Fahrzeugfoto auf der Webseite lasse kaum Schlüsse auf die künftige Leistungserbringung zu, im Gegenteil. In den von der Beschwerdeführerin eingereichten Beweisbildern sei zwar ein Fahrzeug auf der Webseite <www.D.\_\_\_\_\_.ch> ersichtlich, jedoch werde auf den Webseiten der C.\_\_\_\_\_ GmbH ein anderes Fahrzeug gezeigt. Auf den angeblichen Beweisbildern seien zudem davon abweichende Fahrzeugtypen zu erkennen, wobei das dritte Bild mit dem Fahrzeug auf der Webseite der B.\_\_\_\_\_ SA übereinstimme. Diese Fahrzeugtypen seien der Vergabestelle von der Zuschlagsempfängerin anlässlich der Präsentation vorgestellt worden. Auch die Beschwerdeführerin scheine ein typenähnliches Fahrzeug zu verwenden. Zumindest der Fahrzeugtyp und auch die Messapparate schienen auf den ersten Blick mit jenen der Zuschlagsempfängerin wie auch der C.\_\_\_\_\_ GmbH absolut identisch. Der Vergabestelle

sei nicht das Fahrzeug wichtig, sondern die Softwarelösung, das heisse es stehe den Anbietern offen, ob sie solche Fahrzeuge selber besäßen oder diese allenfalls ausmietet (S. 9).

#### **E. 4.7.4**

In ihrer Duplik bringt die Vergabestelle vor, es gehe nicht um Fahrzeugbilder der Anbieter (S. 2). Für die Beurteilung sei nicht massgebend, wie viele Kameras und Scanner auf einer Fahrzeugabbildung ersichtlich seien (S. 2-3). Die Beschwerdeführerin versuche mit Ausführungen zu Fahrzeugbildern und Fahrzeugausrüstungen aufzuzeigen, dass die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Ihre diesbezüglichen Abhandlungen seien aber inhaltslos, denn es gehe nicht um eine dreidimensionale Zustandserfassung, sondern um eine Softwarelösung Video. Es sei bei der vorliegenden Ausschreibung unerheblich, mit welchen Fahrzeugen die Anbieter die digitale Erfassung der Fahrbahnräume vornähmen, und es sei für die Vergabestelle irrelevant, mit welchen Geräten (Video, Laser etc.) und mit welcher Anzahl an Geräten (ein, zwei, fünf Kameras/Scanner etc.) die Fahrzeuge ausgerüstet seien. Die reinen Fahrzeugbilder oder auf den Fahrzeugen installierte oder allenfalls fehlende Geräte seien nicht beurteilt worden, weder in den Angeboten noch während der Präsentationen. Die Fahrzeugbilder seien für die ausgeschriebene Softwarelösung unerheblich. Die Vergabestelle habe die Angebote keinesfalls aufgrund von irgendwelchen in den Angeboten aufgeführten oder im Internet recherchierten Fahrzeugbildern bewertet (S. 6). Die erneuten Behauptungen der Beschwerdeführerin zu Fahrzeugen und Fahrzeugbildern würden bestritten (S. 13).

#### **E. 4.7.5.1**

Die C. \_\_\_\_\_ GmbH verwendet laut eigener Homepage (unter: <[http://www.C.\\_\\_\\_\\_\\_.de](http://www.C._____.de)>, > Technologie > System H. \_\_\_\_\_, abgerufen am 9. Januar 2018) folgendes Erfassungsfahrzeug: [Bild] Das auf der Homepage genannte "System H. \_\_\_\_\_" steht ihr gemäss für "\_\_\_\_\_". Das Auto verfügt laut der Homepage über folgende Funktionen: ein Positionierungssystem I. \_\_\_\_\_, hochauflösende Einzelbildkameras, ein optionaler Laserscanner, zwei GPS-Antennen, eine Inertial Measurement Unit, Software, ein Odometer und eine zentrale Einheit zur Positionsbestimmung.

#### **E. 4.7.5.2**

Das Fahrzeug, das von der A. \_\_\_\_\_ AG offenbar in Zusammenarbeit mit der C. \_\_\_\_\_ GmbH bei der Zustandserfassung der G. \_\_\_\_\_ er Strassen im Jahre 2015 verwendet wurde, sieht wie folgt aus (vgl. <[https://www.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/](https://www._____.ch/)>, abgerufen am 9. Januar 2018): [Bild] Das Kennzeichen "EF \_\_\_\_\_" dieses seitlich mit "\_\_\_\_\_ " beschrifteten Autos bedeutet "Landespolizei F. \_\_\_\_\_" (Deutschland). In F. \_\_\_\_\_ befindet sich die Geschäftsadresse der C. \_\_\_\_\_ GmbH.

#### **E. 4.7.5.3**

Dieses eben erwähnte Fahrzeug entspricht demjenigen, das sich auf der Homepage <[www.D.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.D._____.ch)> der A. \_\_\_\_\_ AG findet (unter <[www.D.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.D._____.ch)> > Angebot, abgerufen am 17. Januar 2018). Dessen Kennzeichen ist durch weisse Grundfarbe mit einer schwarzen Aufschrift "H. \_\_\_\_\_" verdeckt. Dieser Schriftzug mahnt an das von der C. \_\_\_\_\_ GmbH verwendete "System H. \_\_\_\_\_" (vgl. E. 4.5.7.1 vorstehend).

#### **E. 4.7.5.4**

Die Zuschlagsempfängerin benutzt für den vorliegend umstrittenen Auftrag folgendes Fahrzeug (vgl. vorerwähnte Präsentation vom 31. Mai 2017): [Bild] Auf diesem findet sich die Aufschrift H.\_\_\_\_\_, neben dem Schriftzug "\_\_\_\_\_". Dieses Fahrzeug entspricht ebenfalls dem unter E. 4.7.5.2 abgebildeten und damit auch dem auf der Homepage <www.D.\_\_\_\_\_.ch> gezeigten (vgl. E. 4.7.5.3 vorstehend).

#### **E. 4.7.5.5**

Das Erfassungsfahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA sieht folgendermassen aus (vgl. <http://www.B.\_\_\_\_\_.ch>, abgerufen am 10. Januar 2018): [Bild] Das Erfassungsfahrzeug der B.\_\_\_\_\_ SA ist den vorgenannten Fahrzeugen äusserlich nicht ähnlich, obgleich offenbar derselbe Fahrzeugtyp verwendet wird. Die technischen Geräte sind offensichtlich an anderer Stelle angebracht. Es ist technisch anders ausgerüstet als die vorerwähnten Fahrzeuge und prima facie für die Erfüllung des vorliegend umstrittenen Auftrags ungeeignet.

#### **E. 4.7.6**

Das von der Zuschlagsempfängerin für die Auftragserfüllung verwendete Erfassungsfahrzeug gleicht in auffälliger Weise jenem der C.\_\_\_\_\_ GmbH und demjenigen, den die A.\_\_\_\_\_ AG im Jahre 2015 in der Stadt G.\_\_\_\_\_ in Zusammenarbeit mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH benutzte. Es kann demzufolge prima facie nicht ausgeschlossen werden, dass die Zuschlagsempfängerin für die Messung bei der Erfüllung des vorliegend strittigen Auftrags in der Tat ein Fahrzeug der C.\_\_\_\_\_ GmbH benutzt. Wäre dies der Fall, würde es sich um eine nicht angegebene Subunternehmerschaft handeln, welche möglicherweise den Umfang von 50 % überschreitet und damit die Teilnahmebedingung (E. 4.1 hiervor) verletzt. Die Zuschlagsempfängerin wäre folglich mangels Erfüllung der Teilnahmebedingung vom Vergabeverfahren auszuschliessen gewesen (vgl. E. 4.3.2 hiervor). Vertiefende Abklärungen bleiben dem Hauptverfahren vorbehalten.

#### **E. 5.1.1**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde, dass der Zuschlagsempfängerin die Eignung für die Ausführung des Beschaffungsobjekts fehle. Es sei davon auszugehen, dass sie die geforderten Eignungsnachweise bzw. Bestätigungen nicht erbracht (S. 7) und die ausgeschriebenen Eignungskriterien nicht erfüllt (S. 24) habe. Sie habe unter anderem keine eigenen Referenzprojekte erbracht, sondern nur solche in Kooperation mit einer sämtliche Kerntätigkeiten ausführende Subunternehmerin, sowie ungenügende Systemnachweise. Da es sich bei den Eignungskriterien um zwingende Anforderungen handle, hätte die Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen werden müssen (S. 31). Sie würden weder zusammen als Bietergemeinschaft noch je einzeln die verlangten Eignungskriterien erfüllen. Der mutmassliche Beizug eines Subunternehmers in der Person von C.\_\_\_\_\_ GmbH ändere daran nichts, weil auch diese Unternehmung nicht alle Eignungskriterien erfülle. Die Zuschlagsempfängerin weise ein anderes Kerngeschäft aus und ziehe bei vergleichbaren Projekten jeweils die C.\_\_\_\_\_ GmbH als Hauptleistungserbringerin bei, ohne für die Beurteilung der Eignung massgebliche Leistungsanteile darzutun. Auch die C.\_\_\_\_\_ GmbH erfülle die Eignungskriterien nicht in verlangtem Umfang (S. 33). Die Eignung sei nicht gegeben (S. 35).

#### **E. 5.1.2**

In ihrer Replik schreibt die Beschwerdeführerin, dass der Zuschlagsempfängerin bereits die Eignung zur Realisierung des streitgegenständlichen Projekts fehle (S. 4). Die Schnelllebigkeit des digitalen Anbietermarkts und die rasche Ausrichtung auf neue Technologien bzw. das Erschliessen neuer Marktsegmente änderten nichts daran, dass die Zuschlagsempfängerin für das streitgegenständliche Projekt ungeeignet sei (S. 5). Gemäss der Beurteilung der Eignungskriterien existierten grosse Teile des geforderten Funktionsumfangs noch nicht bzw. müssten diese erst noch umgesetzt werden (S. 17).

#### **E. 5.2.1**

Die Vergabestelle wendet in ihrer Vernehmlassung ein, die Zuschlagsempfängerin habe alle Eignungskriterien nachweislich erfüllt (S. 25).

#### **E. 5.2.2**

In ihrer Duplik äussert die Vergabestelle, dass sich die bestehende Softwarelösung der Beschwerdeführerin nicht als Massstab bei der Beurteilung, ob die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien erfülle oder nicht, analog heranziehen lasse. Die Beschwerdeführerin verkenne insbesondere, dass die Eignungskriterien in keinem direkten Zusammenhang mit dem stünden, was im Pflichtenheft für die künftig zu erbringenden Leistungen gefordert werde (S. 8). Der Beschwerdeführerin falle die Abgrenzung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien schwer (S. 11). Sie vermische die Anforderungen zu den Eignungskriterien mit den Systemanforderungen der Zuschlagskriterien. Eine klare Abgrenzung gelinge ihr nicht (S. 15).

#### **E. 5.3**

Wie in E. 4.7.6 hiavor dargelegt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zuschlagsempfängerin einen Subunternehmer beigezogen hat, womit die Vorbringen der Beschwerdeführerin, die von einem solchen ausgehen, prima facie nicht unbegründet scheinen. Sie bedürfen daher insbesondere in Bezug auf die Erfüllung der Eignungskriterien einer weiteren Prüfung.

#### **E. 5.4**

Aus der Beilage D zum Evaluationsbericht vom 13. Juni 2017 geht hervor, dass die Zuschlagsempfängerin alle Eignungskriterien erfüllt habe (Dokument "Evaluation: Übersicht" des gleichen Tages). Im Dokument "Ausschreibung vom 17.03.2017 / Projekt 152710 "Video (MISTRA-VDO) Beschaffung Softwarelösung und Bilddaten 2017-2024": Zusammenfassung des Ablaufes der Evaluation" vom 8. Juni 2017 ist festgehalten, dass die Vergabestelle anhand der Live Demo der angebotenen Lösung wirklich habe feststellen können, dass der Anbieter B - die Zuschlagsempfängerin - die Eignungskriterien erfülle. In einem Verhältnis von sechs zu null Stimmen habe das Evaluationsteam zugestimmt, dass der Anbieter B die Eignungskriterien erfülle (S. 2).

#### **E. 5.5**

Die behauptete (Nicht-)Erfüllung der Eignungskriterien ist im Folgenden näher zu prüfen.

##### **E. 5.5.1.1**

Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde in Bezug auf das EK1 vor, dass die im Angebot der Zuschlagsempfängerin aufgeführten Referenzprojekte wohl von einer Subunternehmerin, mutmasslich von der C. \_\_\_\_\_ GmbH, ausgeführt worden seien. Sofern die Zuschlagsempfängerin ihre Eignung bezüglich Referenzobjekte nachweisen

wolle, die von einem Drittunternehmen bzw. einer Subunternehmerin ausgeführt worden seien, sei dies nur zulässig, wenn dasselbe Drittunternehmen diese Leistungen erbringe. Dies sei wohl angesichts der prozentualen Beschränkung des Subunternehmeranteils nicht möglich. Damit erfülle die Zuschlagsempfängerin das EK1 nicht bzw. könne sie die zwingend verlangten Referenznachweise nicht erbringen. Die von ihr mutmasslich aufgeführten Referenzprojekte zu EK1 erfüllten die in der Ausschreibung geforderten Spezifikationen nicht (S. 21). Aufgrund der Projekte, welche die Zuschlagsempfängerin - in Zusammenarbeit mit der C.\_\_\_\_\_ GmbH - bisher aufgeführt habe, dürften insbesondere die Merkmale "Hosting für die Lösung" sowie "kundenspezifische Erweiterungen" nicht vorliegen (S. 22). Es sei davon auszugehen, dass die von der Zuschlagsempfängerin angeführten Referenzprojekte als Nachweis zu EK1 bzw. die verlangten Leistungen von der C.\_\_\_\_\_ GmbH ausgeführt worden seien. Da vorliegend der Leistungsanteil eines Subunternehmers auf 50 % beschränkt sei, seien diese Referenzprojekte nicht massgeblich (S. 34).

#### **E. 5.5.1.2**

In ihrer Replik erwähnt die Beschwerdeführerin, sollte der Eignungsnachweis erst aufgrund von Nachfragen eingereicht worden sein, sei darin eine unzulässige Angebotsergänzung bzw. eine verspätete Einreichung des Angebots im Sinn von Ziff. 3.8 der Ausschreibung zu erblicken, was zwingend zum Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin führen müsse (S. 9). Sie dürfe sich entsprechend der Subunternehmerklausel zu maximal 50 % auf Referenzen eines Subunternehmers berufen und auch dies nur gerade bezüglich jener Leistungen, welche er vorliegend tatsächlich erbringen solle (S. 10). Die Überprüfung, ob die Zuschlagsempfängerin im vorliegenden Fall das EK1 aufweise, sei offensichtlich nicht möglich bei der Heranziehung von Referenzprojekten, welche mittels Subunternehmerbeizugs in einem vorliegend unzulässigen Umfang durchgeführt worden seien. Die Vergabestelle bestreite nicht ausdrücklich, dass bei den Referenzprojekten der Zuschlagsempfängerin ein Subunternehmerbeizug von über 50 % erfolgt sei (Replik, S. 11). Ein Referenzprojekt, bei welchem die Zuschlagsempfängerin die wesentlichen Leistungen durch einen Subunternehmer habe erbringen lassen, der vorliegend überhaupt nicht oder zu einem Leistungsanteil von mehr als 50 % zum Einsatz kommen solle, sei als Eignungsnachweis offensichtlich untauglich (S. 20). Bei den mit Bezug auf EK1 angegebenen Referenzprojekten könne zumindest das Merkmal der Erbringung des Hostings für die Softwarelösung Video im Sinne des Beschaffungsgegenstands nicht erfüllt sein (S. 27). Ein Referenzprojekt ohne Subunternehmerbeschränkung bzw. bei welchem ein massgebender - vorliegend nicht zulässiger - Subunternehmerbeizug erfolgt sei, sei mit dem streitgegenständlichen Projekt offensichtlich nicht vergleichbar (S. 37).

#### **E. 5.5.2.1**

Die Vergabestelle weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass die Beschwerdeführerin die Subunternehmerbeschränkung von 50 % der zu erbringenden Leistung und die Eignungsnachweise in Form zweier Referenzprojekte der letzten fünf Jahre falsch interpretiere. Die Beschwerdeführerin vermische in ihren Ausführungen diese zwei Ausschreibungsvorgaben/Aspekte und verkenne dabei, dass die Ziff. 3.6 (Subunternehmer) von der Ziff. 3.7 bzw. Ziff. 3.8 (Eignungsnachweise) losgelöst zu betrachten sei. Ziff. 3.6 habe rein gar nichts mit den einzureichenden Eignungsnachweisen bzw. den nachzuweisenden Referenzprojekten gemäss EK1 zu tun (Ziff. 3.8) (S. 8). Im Rahmen der Eignungsüberprüfung seien die von der Zuschlagsempfängerin angegebenen zwei

Referenzprojekte geprüft worden. Die von ihnen zu diesen gemachten Angaben seien von den jeweils aufgeführten Auskunftspersonen bestätigt worden. Dabei seien gegenüber der Vergabestelle keine Subunternehmer erwähnt worden (S. 9). Die Referenznachweise der Zuschlagsempfängerin erfüllten das EK1 vollumfänglich (S. 11).

#### **E. 5.5.2.2**

In ihrer Duplik wendet die Vergabestelle ein, mit ihrer Behauptung, die mit der Ausschreibung geforderten Referenzprojekte hätten aufgrund der Subunternehmerbeschränkung von den Mitgliedern der Bietergemeinschaft selbst ausgeführt werden müssen, liege die Beschwerdeführerin falsch (S. 5). Ihr Vorwurf, die Vergabestelle hätte die Eignungsnachweise zu EK1 des Angebots der Zuschlagsempfängerin nicht sorgfältig geprüft, müsse entschieden zurückgewiesen werden. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass beim Eignungsnachweis von EK1 in Abweichung zum ausgeschriebenen Systemnachweis ZK2.14 der Softwarelösung nicht verlangt worden sei, dass das referenzierte System bereits von 20 Anwendern gleichzeitig genutzt worden, sondern nur, dass es bereits eingesetzt worden sei (S. 7). Ob das EK1 erfüllt sei oder nicht, bestimme sich einzig danach, ob eine Leistung in der Vergangenheit erbracht worden sei (S. 8).

#### **E. 5.5.3**

Die Ausschreibung bezeichnet ihre Ziff. 3.6 nicht als Eignungskriterium. Sie bezieht sich allein auf den Beizug eines Subunternehmers. Damit ist Ziff. 3.6 der Ausschreibung im Rahmen der Eignungskriterien prima facie nicht relevant.

#### **E. 5.5.4**

Ziff. 3.7 der Ausschreibung zählt bloss die Eignungskriterien auf. Das EK1 benennt sie dabei als "technische Leistungsfähigkeit". In Ziff. 3.8 der Ausschreibung wird in Bezug auf dieses EK1 der Nachweis der erfolgreichen Abwicklung zweier Referenzprojekte in den letzten fünf Jahren mit den folgenden Merkmalen gefordert: dass die hier - in diesem Beschaffungsverfahren - angebotene Softwarelösung Video eingesetzt worden ist, dass kundenspezifische Erweiterungen an der Softwarelösung vorgenommen worden sind, dass Support für die Softwarelösung Video erbracht worden ist, dass Hosting für die Softwarelösung Video erbracht worden ist und dass Bilddaten zu einem grösseren Strassennetz aufgenommen worden sind. Jedes Merkmal muss in mindestens einem Referenzprojekt nachgewiesen werden (Ziff. 3.8 der Ausschreibung).

#### **E. 5.5.5**

Dem Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017, das sich in der Beilage D zum Evaluationsbericht des gleichen Tags findet, ist zu entnehmen, dass es sich bei der zweiten Referenz der Zuschlagsempfängerin um ein Pilotprojekt eines Kantons handle, in welchem die angebotene Lösung eingesetzt werde. Die Referenzauskünfte hätten bestätigt, dass die einzelnen Merkmale erfüllt seien. Das EK1 sei erfüllt. Auch das gleichnamige Dokument vom 29. September 2017 hält diese Bestätigung und die Erfüllung des EK1 fest.

#### **E. 5.5.6**

Aus den Akten geht nichts Weiteres zur Erfüllung des EK1 durch die Zuschlagsempfängerin hervor. Insbesondere ergibt sich aus Ziff. 2.0.2 ("Referenzen der Firma / Bietergemeinschaft: EK1") der Angebotsunterlagen der Zuschlagsempfängerin vom 11. Mai 2017 kein Beizug eines Subunternehmers. Ob das EK1 in der Tat erfüllt ist, bleibt

ungewiss. Die Beschwerdeführerin stützt ihre Vorbringen einzig auf die Annahme ab, dass die Zuschlagsempfängerin in unzulässiger Weise ein Subunternehmen beigezogen habe, was prima facie nicht ausgeschlossen werden kann (E. 4.7.6 hiervor). Ob das EK1 erfüllt ist, muss demzufolge im Hauptverfahren vertiefend abgeklärt werden.

#### **E. 5.6.1.1**

Die Beschwerdeführerin geht in ihrer Beschwerde ferner davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin nicht in der Lage sei, die hinsichtlich der technischen Spezifikationen (EK3) geforderten Systemnachweise zu erbringen (S. 23). Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Zuschlagsempfängerin die Systemnachweise Ziff. 3.1 und Ziff. 3.2 überhaupt und ausschreibungskonform zu erbringen vermöge (S. 23) und die Systemnachweise Ziff. 3.4 bis 3.7 vollständig und demnach ausschreibungskonform erbracht habe (S. 24). Betreffend EK3 fehle der Zuschlagsempfängerin die Eignung (S. 33). Es sei davon auszugehen, dass sie die obgenannten Nachweise zumindest teilweise nicht erbringen können (S. 34).

#### **E. 5.6.1.2**

In ihrer Replik legt die Beschwerdeführerin dar, sie gehe weiterhin davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin das EK3 nicht erfüllt bzw. die Systemnachweise in dessen Zusammenhang nicht ausschreibungskonform erbracht habe (S. 8-9). Mit den Ausführungen der Vergabestelle in der Vernehmlassung sei belegt, dass die Zuschlagsempfängerin EK3.1 und EK3.2 nicht erbracht habe. Zumindest auch EK3.5-6 seien nicht erbracht worden (S. 27). Aus den eigenen Ausführungen der Vergabestelle sei abzuleiten, dass die Zuschlagsempfängerin das EK3 nicht erfülle. Es könne nicht sein, dass eine lediglich in Aussicht gestellte Funktionalität als erfülltes EK gewertet werde. Dies sei willkürlich (S. 28).

#### **E. 5.6.2**

Die Vergabestelle äussert in ihrer Duplik, die Beschwerdeführerin vermische auch hier die Eignungskriterien mit den Zuschlagskriterien, indem sie selbst beispielweise EK3.1 und EK3.2 mit ZK2.15 gleichsetze (S. 8).

#### **E. 5.6.3**

Die EK3.1-3.4, das EK3.7, die EK3.9 bis EK3.11 und EK3.13 bis EK3.15 können prima facie als erfüllt betrachtet werden.

#### **E. 5.6.4.1**

5.6.4.1.1 Nach EK3.5 muss der Anbieter den Systemnachweis erbringen, dass die Bildsequenzen als "Video" mit einer wählbaren Geschwindigkeit abgespielt werden können. Die Bilder sind dabei nicht in der vollen Qualität zu zeigen, es müssen dabei aber immer noch alle Objekte im Fahrbahnkorridor erkennbar sein. Das Video muss an jedem gewünschten Ort gestoppt werden können (Ziff. 3.8 der Ausschreibung). 5.6.4.1.2 In ihrer Replik äussert die Beschwerdeführerin, die Behauptung der Vergabestelle, EK3.5 sei von der Zuschlagsempfängerin erbracht worden, widerspreche ihrer eigenen Beurteilung von ZK2.15 wie auch ihren Ausführungen in der Vernehmlassung (S. 22). 5.6.4.1.3 Die Vergabestelle bringt in ihrer Vernehmlassung vor, dass die Zuschlagsempfängerin das EK3.5 erfüllt habe. Beispielsweise bei den ZK2.3 und ZK2.4 würden Screenshots gezeigt, auf welchen klar ersichtlich sei, dass Videos der Befahrungen abgespielt werden könnten und dass die Geschwindigkeit auch geändert werden könne. Neben den Ausführungen im

Angebot habe die Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Präsentation nachgewiesen, dass das EK3.5 vollumfänglich erfüllt werde (S. 13). 5.6.4.1.4 In ihrer Duplik ergänzt die Vergabestelle, dass bei EK3.5 Nachweise zur Performance weder verlangt noch geprüft worden seien (S. 9). 5.6.4.1.5 In den Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 hielt die Zuschlagsempfängerin ihren schriftlichen Nachweis von EK3.5 fest. Die Einzelbilder könnten über die Webapplikation nach Auswahl des entsprechenden Abschnitts, als Video in einer frei wählbaren Geschwindigkeit abgespielt werden. Die Bilder der Sequenz würden dabei in einer geringeren Auflösung übertragen, um die genutzte Bandbreite möglichst gering zu halten (S. 9). 5.6.4.1.6 Im Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017 wird zu EK3.5 erwähnt, dass das Kriterium gemäss den Angebotsunterlagen erfüllt sei (siehe Screenshots ZK2.4). 5.6.4.1.7 In der Softwarelösung der Zuschlagsempfängerin können die Einzelbilder als "Video" in einer frei wählbaren Geschwindigkeit abgespielt werden, wobei die Bilder der Sequenz in einer geringeren Auflösung übertragen werden (E. 5.6.4.1.3 vorstehend). Dieses "Video" kann an jeder Station gestoppt werden (vgl. Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 zu EK3.2). Dass jeder gewünschte Ort eine solche Station ist, ergibt sich aus den Angebotsunterlagen zu EK3.6 (E. 5.6.4.2.5 hiernach). Ob bei einem solchen Stopp noch alle Objekte im Fahrbahnkorridor erkennbar sind, geht aus den vorliegenden Akten aber nicht hervor. Der von der Vergabestelle erwähnte Nachweis im Rahmen der Präsentation ist nicht protokolliert. Es ist folglich nicht auszuschliessen, dass das EK3.5 nicht vollständig erfüllt ist.

#### **E. 5.6.4.2**

5.6.4.2.1 Laut EK3.6 muss der Anbieter den Systemnachweis erbringen, dass das Einzelbild in der vollen Qualität gezeigt wird, wenn das Video gestoppt ist. Es muss möglich sein, sich einzeln durch die Bilder vor und zurück zu bewegen (Ziff. 3.8 der Ausschreibung). 5.6.4.2.2 In ihrer Replik schreibt die Beschwerdeführerin, die Behauptung der Vergabestelle, EK3.6 sei von der Zuschlagsempfängerin erbracht worden, widerspreche ihrer eigenen Beurteilung von ZK2.15 wie auch ihren Ausführungen in der Vernehmlassung (S. 22). 5.6.4.2.3 Die Vergabestelle legt in ihrer Vernehmlassung dar, die im Angebot der Zuschlagsempfängerin eingefügten Bilder zu ZK2 zeigten auf, wie man sich mit den Bildern vor und zurück bewegen könne. In der Präsentation vom 31. Mai 2017 sei der Vergabestelle der ganze Ablauf live vorgeführt worden. Das EK3.6 sei nachgewiesen und erfüllt worden (S. 13). 5.6.4.2.4 In ihrer Duplik äussert die Vergabestelle, bei EK3.6 seien Nachweise zur Performance weder verlangt noch geprüft worden (S. 9). 5.6.4.2.5 In den Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 hielt die Zuschlagsempfängerin zu EK3.6 fest, dass die Webapplikation "E. \_\_\_\_\_" an der entsprechenden gestoppten Stelle geöffnet werde, wenn die Bildsequenz gestoppt werde. In dieser Webapplikation sei das Panoramabild zusammen mit den aufgezeichneten Punktwolken des Laserscanners abgespeichert und es könnten entsprechende Messaufgaben durchgeführt werden. Es sei möglich, sich durch die Einzelbilder vor und zurück zu bewegen (S. 10). 5.6.4.2.6 Im Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017 wird zu EK3.6 festgehalten, dass das Kriterium gemäss den Angebotsunterlagen erfüllt sei, und auf die Screenshots zu ZK2.10 verwiesen. 5.6.4.2.7 In der Softwarelösung der Zuschlagsempfängerin ist es möglich, sich durch die einzelnen Bilder vor und zurück zu bewegen. Bei einem Stopp wird das dieser Stelle entsprechende Panoramabild mit den aufgezeichneten Punktwolken des Laserscanners gezeigt. Ob dieses in der vollen Qualität dargestellt wird, ist aus den Akten freilich nicht ersichtlich. Der behauptete Nachweis ist insbesondere nicht im Protokoll der Präsentation vom 31. Mai 2017 festgehalten. Folglich ist prima facie unklar, ob die Zuschlagsempfängerin das EK3.6

tatsächlich vollständig erfüllt hat.

#### **E. 5.6.4.3**

5.6.4.3.1 Gemäss EK3.8 muss der Anbieter den Systemnachweis erbringen, dass die angebotene Softwarelösung Video so angepasst wird, dass eine Integration in den Service eIAM des Bundes möglich ist (Ziff. 3.8 der Ausschreibung). 5.6.4.3.2 In den Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 hielt die Zuschlagsempfängerin zu EK3.8 fest, dass die angebotene Softwarelösung jederzeit durch sie an Kundenwünsche angepasst werden könne. Somit sei auch eine Integration in den eIAM-Service des Bundes möglich (S. 10). 5.6.4.3.3 Im Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017 ist zu EK3.8 bemerkt, es könne aus den Angebotsunterlagen mehrmals nachgewiesen werden (Video Abspielen, Räumliches Basisbezugssystem Nationalstrassen [RBBS] Umsetzung). Das Kriterium sei erfüllt. 5.6.4.3.4 Die Zuschlagsempfängerin versichert lediglich, dass eine Integration in den eIAM-Service des Bundes möglich sei. Dass das EK3.8 durch "Video Abspielen" und "Umsetzung RBBS Nationalstrassen" erfüllt werden kann, ist anhand der vorliegenden Akten prima facie nicht nachvollziehbar. Insbesondere geht aus ihnen nicht hervor, dass der eIAM-Service des Bundes aus diesen beiden Teilfunktionen besteht. Demnach ist ungewiss, ob das EK3.8 in der Tat vollständig erfüllt ist.

#### **E. 5.6.4.4**

5.6.4.4.1 Nach EK3.12 muss der Anbieter den Systemnachweis erbringen, dass die Tickets in den Sprachen Deutsch, Französisch oder Italienisch erfasst werden können. Es wird vom Support Video verlangt, dass er diese Tickets unabhängig von ihrer Sprache versteht und korrekt verarbeiten kann. Allfällige Rückfragen oder Antworten müssen wahlweise in Deutsch, Französisch oder Italienisch verfasst werden (Ziff. 3.8 der Ausschreibung). 5.6.4.4.2 In den Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 hielt die Zuschlagsempfängerin zu EK3.12 fest, dass die Tickets in den Sprachen Deutsch, Französisch oder Italienisch verfasst werden könnten. Die Rückfragen und Antworten erfolgten auf Deutsch oder Französisch (S. 11). 5.6.4.4.3 Dem Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017 kann zu EK3.12 entnommen werden, dass die Kompetenzen gemäss den Angebotsunterlagen vorhanden seien. 5.6.4.4.4 Die Zuschlagsempfängerin hat zwar insbesondere die Erfassung italienischsprachiger Tickets zugesichert, ist aber nicht bereit, allfällige Rückfragen und Antworten auf Italienisch zu verfassen. Damit ist die Erfüllung des EK3.12 durch die Zuschlagsempfängerin prima facie nicht nachvollziehbar.

#### **E. 5.6.4.5**

5.6.4.5.1 Laut EK3.16 muss der Anbieter den Systemnachweis erbringen, dass eine Produktions- und eine Abnahmeumgebung bereitgestellt werden. Die Abnahmeumgebung muss vom ASTRA und von der Lieferantin für Tests genutzt werden können (Ziff. 3.8 der Ausschreibung). 5.6.4.5.2 In den Angebotsunterlagen vom 11. Mai 2017 hielt die Zuschlagsempfängerin zu EK3.16 fest, es würden eine getrennte Abnahmeumgebung und Produktivumgebung aufgesetzt und bereitgestellt (S. 11). 5.6.4.5.3 Zu EK3.16 geht aus dem Dokument "Bewertung Anbieter B" vom 13. Juni 2017 hervor, dass das Kriterium gemäss den Angebotsunterlagen erfüllt sei. 5.6.4.5.4 Die Zuschlagsempfängerin hat in den Angebotsunterlagen die Bereitstellung einer getrennten Abnahmeumgebung und Produktivumgebung versprochen. Dass die erstgenannte Umgebung vom ASTRA und von der Lieferantin für Tests genutzt werden kann, geht aber weder aus den erwähnten Unterlagen noch aus den übrigen vorliegenden Akten hervor. Entsprechend ist prima facie

unklar, ob die Zuschlagsempfängerin das EK3.16 vollständig erfüllt.

#### **E. 5.6.5**

Demgemäss ist prima facie nicht nur ungewiss, ob die Zuschlagsempfängerin das EK1, sondern auch, ob sie ebenfalls das EK3.5, EK3.6, EK3.8, EK3.12 und EK3.16 erfüllt. Die anderen Eignungskriterien des EK3 - EK3.1-3.4, das EK3.7, die EK3.9 bis EK3.11 und EK3.13 bis EK3.15 -sind prima facie erfüllt.

#### **E. 5.7**

Folglich ist im vorliegenden Fall unklar, ob die Zuschlagsempfängerin in der Tat die Eignungskriterien EK1 und EK3 erfüllt. Wenn nur schon eines dieser beiden Kriterien nicht erfüllt wäre, müsste die Zuschlagsempfängerin vom Submissionsverfahren ausgeschlossen werden.

#### **E. 6**

Eine prima facie-Würdigung ergibt somit, dass die Zuschlagsempfängerin möglicherweise hätte ausgeschlossen werden müssen. Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet erscheint.

#### **E. 7.1**

Demnach ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle - und der Zuschlagsempfängerin - an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde. Grundsätzlich gilt, dass eine Vergabestelle den Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, welchem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen hat (Zwischenentscheid B-6160/2017 des BVGer vom 18. Dezember 2017 E. 13; Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1328 und Rz. 1346-1347). Dementsprechend hat etwa auch das Bundesgericht mit Urteil 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 (E. 3.2) erkannt, dass der Dringlichkeit im zu beurteilenden Fall nur ein beschränktes Gewicht zukomme, da die Kantonsregierung den Zuschlag erst spät erteilt habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat einer Vergabestelle mit Zwischenentscheid B-891/2009 vom 23. März 2009 (E. 4.1) "Kurierdienst BAG I" vorgehalten, sie habe einen allfälligen zeitlichen Engpass selbst zu vertreten.

#### **E. 7.2**

Die Vergabestelle legt in ihrer Vernehmlassung dar, dass beim vorliegenden Projekt keine Dringlichkeit im vergaberechtlichen Sinn bestehe. Die zügige Abwicklung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens liege jedoch sehr im Interesse der Vergabestelle, da die bestehenden Betriebsverträge Mitte des Jahres 2018 ausliefen und eine Verlängerung dieser Verträge vergaberechtlich nicht möglich sei (S. 3).

#### **E. 7.3.1**

Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Beschwerde der Ansicht, dass die Beschaffung in keiner Weise dringlich sei, zumal die erforderlichen Leistungen bis auf Weiteres von ihr als bisheriger Leistungserbringerin erbracht würden. Selbst wenn die Dringlichkeit bejaht werden sollte, habe sie die Vergabestelle selber verschuldet, zumal im Rahmen einer sorgfältigen Planung eines Vergabeverfahrens immer auch genügende Zeitspannen für

allfällige Rechtsmittelverfahren einzukalkulieren seien. Es bestehe keine Dringlichkeit, welche gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung spräche (S. 13).

#### **E. 7.3.2**

In ihrer Replik ergänzt die Beschwerdeführerin, sie habe ein Interesse an der zügigen Abwicklung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Eine besondere Dringlichkeit bestehe aber nicht. Der Arbeitsbeginn sei bereits sichergestellt (S. 4).

#### **E. 7.4**

Nicht jedes Beschleunigungsinteresse der Vergabestelle entspricht einer Dringlichkeit, welche zur Abweisung der aufschiebenden Wirkung führt. Der Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Auftraggeberin bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Urteil 2C\_339/2010 E. 3.2; Zwischenentscheid B-6160/2017 E. 14.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1238 mit Hinweisen).

#### **E. 7.5**

Im vorliegenden Fall besteht unstrittig keine Dringlichkeit. Die Vergabestelle hat zwar ein Interesse, die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags spätestens Mitte des Jahres 2018 zu beginnen (E. 7.2 hiervor). Vor dem Hintergrund, dass die umstrittene Dienstleistung von der Vergabestelle erst am 17. März 2017 ausgeschrieben wurde, erscheint das von ihr geltend gemachte Interesse an einer zügigen Abwicklung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens jedoch als offensichtlich selbstverschuldet, hat sie doch in ihrer Planung keine Zeit für ein Rechtsmittelverfahren vorgesehen. Überdies vermag das Interesse an einer Überschreitung einer aus materiellrechtlich wünschbaren Vertragsdauer auf jeden Fall nicht das Interesse an einem effektiven Rechtsschutz zu überwiegen. Dass der bestehende Vertrag mit der Beschwerdeführerin aus vergaberechtlichen Gründen nicht verlängert werden kann, wird von der Vergabestelle im Übrigen bloss behauptet.

#### **E. 8**

Im Ergebnis ist daher der Antrag der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen.

#### **E. 9.1**

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin vor Ergehen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung teilweise Einsicht in Vergabeakten gewährt wurde. Der Beschwerdeführerin wurden am 3. Oktober 2017 die von der Vergabestelle in einem roten Mäppchen zusammengestellten Vernehmlassungsbeilagen 1 bis 9 sowie eine geschwärzte Kopie des Dokuments "Akten zum Vergabeverfahren" zugestellt.

#### **E. 9.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt umfassende Einsicht in die Vergabeakten. Da mit dem vorliegenden Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen entsprochen wird, stellt sich die Frage des

Ergreifens eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Über den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine weitergehende Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

**E. 10**

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens erfolgen mit separater Verfügung.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.