

BVGer A-5776/2019 vom 9. Dezember 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-12-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5776_2019

FR: TAF A-5776/2019 du 9 décembre 2020

IT: TAF A-5776/2019 del 9 dicembre 2020

Regeste

Konzession und Netzzugang

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern diese von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund gemäss Art. 32 VGG vorliegt.

E. 1.2

Das BAV ist eine Vorinstanz nach Art. 33 Bst. d VGG und hat in Anwendung von Art. 32i des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1) verfügt. Obwohl das BAV formell je eine Verfügung betreffend die Vergabe der Transportleistungen und die Konzessionserteilung erlassen hat, bilden diese materiell Teil derselben Verfügung (Art. 32b Abs. 1 Satz 2 PBG). Es existiert damit materiell nur ein Anfechtungsobjekt. Sodann besteht bezüglich der betroffenen Sachgebiete keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig.

E. 1.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

E. 1.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung (Art. 49 VwVG). In Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen gemäss Art. 32i PBG kann die Angemessenheit vom Bundesverwaltungsgericht nicht beurteilt werden (Art. 56 Abs. 3 PBG); dies ist im Folgenden - soweit die Vergabeverfügung im Streit liegt - zu beachten.

E. 1.5.1

Vorab bestreiten die Vorinstanz, der Besteller 2 und die Beschwerdegegnerin die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 141 II 14 "Monte Ceneri".

E. 1.5.2

Die Vorinstanz führt weiter aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auf dem dritten Platz liege. Aus diesem Grund habe sie selbst bei Gutheissung der Beschwerde keinen Nutzen, da vor ihr auf der Rangliste ein zweitplatziertes Unternehmen stehe und zuerst nachgewiesen werden müsste, dass auch dieses zweitplatzierte Unternehmen den Zuschlag nicht erhalten würde. Die Beschwerdeführerin müsse also nachweisen, dass sie bei der Gutheissung der Beschwerde vernünftige Chancen auf einen Zuschlag habe. Vorliegend sei der Abstand jedoch so gross, dass er nicht mehr aufzuholen sei. Damit fehle es ihr an einem praktischen Interesse, da sie auch bei Obsiegen ihrer Anträge, den Zuschlag nicht erhalten würde.

E. 1.5.3

Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin kommt es auf den Eventualantrag bezüglich des Ausschlusses des beschwerdegegnerischen Angebots dagegen nicht an. Dies deshalb, weil die Gutheissung des Hauptantrags bereits zum Zuschlag an die zweitplatzierte Anbieterin führen würde und das Angebot der Beschwerdeführerin unberücksichtigt bliebe. Und selbst bei Gutheissung des Eventualantrags würde zwar die Beschwerdegegnerin vom Verfahren ausgeschlossen, aber das Transportangebot samt Konzession gleichwohl der Zweitrangierten zugeschlagen, und zwar ohne die eventualiter ebenfalls beantragte Neubeurteilung durch die Vorinstanz.

E. 1.5.4

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass nicht allein die Rangierung, sondern die gestellten Anträge massgeblich seien. Die Beschwerdeführerin rüge die wiederholte Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften durch die Vorinstanz. Somit bestehe unabhängig von der Platzierung eine reelle Chance auf die Zuschlagserteilung.

E. 1.6.1

Die Normen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) sind nicht unmittelbar auf Vergabeverfahren von Transportleistungen anwendbar; immerhin dienen sie aber als Orientierungshilfe (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 20. Oktober 2010 zum zweiten Schritt der Bahnreform 2 [nachfolgend: Botschaft zur Bahnreform 2.2], BBl 2011 911, S. 932; Markus Kern/Peter König, Verkehr: Öffentlicher Verkehr, in: Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 9.48; Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 4.3). Allerdings enthalten weder das PBG noch das BöB eine spezielle Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG). Zur Beschwerde ist demnach nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

E. 1.6.2

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin formell beschwert, denn sie hat am Vergabe- und Konzessionsverfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil ihr der Zuschlag nicht erteilt wurde. Strittig ist, ob ein schutzwürdiges Interesse besteht.

E. 1.6.3

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 141 II 14 E. 4 f. "Monte Ceneri") zum Vergaberecht 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. Führt ein Anbieter, der nicht auf dem zweiten Platz rangiert wurde, Beschwerde, hängt seine Legitimation daher davon ab, ob bei einer Aufhebung des angefochtenen Entscheids möglicherweise er selbst oder vielmehr die vor ihm Rangierten den Zuschlag erhielten. Diese Frage ist aufgrund der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. In der Regel rügt der weiter hinten platzierte Anbieter daher, dass nicht nur der Zuschlagsempfänger, sondern auch die übrigen vor ihm platzierten Mitbewerber auszuschliessen oder schlechter als er selbst zu bewerten gewesen wären oder aber, dass ein derart gravierender Verfahrensmangel vorliege, dass das Verfahren ganz oder teilweise neu durchgeführt werden müsse (Urteil des BGer 2D_24/2017 vom 14. Mai 2018 E. 2.2.1). Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 und 137 II 313 E. 3.3.3). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rend vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind und nicht einer der vor ihm platzierten Mitbewerber den Zuschlag erhalten würde (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H.; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 4.1 und B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6).

E. 1.6.4

Im vorliegenden Fall beantragt die Beschwerdeführerin, ihr sei der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen und die Vergabe zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In ihrer Begründung bringt die Beschwerdeführerin verschiedene Bewertungsrügen vor, wonach die Beschwerdegegnerin zu Unrecht mit 278 Punkten und sie mit 183 Punkten im Kriterium "Betriebsführung" bewertet worden sei. Ausserdem rügt sie bei der Preisbewertung eine Differenz zu ihrem Preisblatt in Höhe von Fr. 225'697.-. Weiter rügt sie, eine Verletzung des Transparenzgebots und eine falsche Sachverhaltsdarstellung, da die Differenz zwischen den in der Vergabeverfügung ausgewiesenen und den offerierten Kosten nicht nachvollziehbar sei. Schliesslich bringt sie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Form der Verletzung der Begründungspflicht vor.

E. 1.7

Es ist nachfolgend aufgrund der gestellten Anträge und Rügen zu beurteilen, ob ein schutzwürdiges Interesse besteht.

E. 1.7.1

Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin kann dabei nicht einzig auf den Haupt- oder auf den Eventualantrag abgestellt werden. An das Begehren und die Begründung sind insbesondere bei Laieneingaben keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es genügt, wenn aus der Beschwerde zumindest implizit ersichtlich ist, in welchen Punkten und weshalb der angefochtene Entscheid beanstandet und was verlangt wird (Urteile des BVGer

A-5107/2013 vom 1. Mai 2014 E. 1.5.1 und A-773/2013 vom 6. Juni 2013 E. 1.4). Lässt das Begehren die Absicht der beschwerdeführenden Partei nicht eindeutig erkennen, kann zur Auslegung auch die Begründung herangezogen werden (Urteil des BVGer A-52/2011 vom 28. April 2011 E. 1.1 f.; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1007 m.H.). Die Beschwerdeführerin stellt vorliegend zwar den Ausschluss der Beschwerdegegnerin als "Eventualantrag". Aus der Begründung wird jedoch klar, dass sie damit eine Eventualbegründung meint, falls sie mit ihren übrigen Rügen nicht durchdringt. Es ist somit nachfolgend auf alle vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin, einschliesslich des "Eventualantrags", gesamthaft einzugehen.

E. 1.7.2

Die Beschwerdeführerin legt einerseits dar, bei welchen Zuschlagskriterien sie besser zu bewerten wäre. Im Zuschlagskriterium "Betriebsführung" verfüge sie über eine zentrale mit einer Fachperson besetzte Betriebsleitzentrale. Die Punkteeinbussen beim Zuschlagskriterium "Betriebsführung" und insbesondere bei den Teilkriterien "Reklamationswesen" und "Reporting" seien somit nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin erhielt insgesamt 664 von 1000 Punkten, die zweitplatzierte Anbieterin deren 750 und die Beschwerdegegnerin erhielt 902 Punkte für ihr Angebot. Im Zuschlagskriterium "Betriebsführung" erhielt die Beschwerdeführerin 183 Punkte; der Beschwerdegegnerin wurden 278 Punkte erteilt. Würde der beschwerdeführerischen Bewertungsrüge gefolgt, wonach sie im Zuschlagskriterium "Betriebsführung" besser als die Beschwerdegegnerin zu bewerten sei, so erhielte sie bei gleicher Bewertung wie die Beschwerdegegnerin 95 Punkte mehr und damit insgesamt mehr Punkte als die zweitplatzierte Anbieterin.

E. 1.7.3

Andererseits rügt die Beschwerdeführerin im Sinne einer Eventualbegründung, dass die Beschwerdegegnerin auszuschliessen sei, da im Zeitpunkt der Vergabe der Transportleistungen und der Konzessionserteilung nicht feststehe, ob die Beschwerdegegnerin [angesichts der medial bekannten Umstände] sämtliche gesetzlichen Vorschriften, insbesondere im Zusammenhang mit dem Kalkulations- und Bestellwesen, einwandfrei erfülle. Damit würden ihrer Auffassung nach die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung nicht vorliegen und die Beschwerdegegnerin wäre vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdeführerin vor dem Beschwerdeverfahren keine Gelegenheit zur Stellung von Akteneinsichtsansträgen hatte und dass die Rügen nur glaubhaft gemacht werden müssen.

E. 1.7.4

Würde die Beschwerdeführerin mit diesen beiden Rügen gesamthaft durchdringen, so hätte sie eine reelle Chance auf den Zuschlag. Somit kann offen bleiben, ob ein Verfahrensfehler glaubhaft gemacht wurde, welcher die Wiederholung des Verfahrens zur Folge haben könnte, wodurch die Beschwerdeführerin ebenfalls zur Beschwerde legitimiert sein könnte (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 6).

E. 1.8

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2

Zunächst ist über die Rügen der Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Form der Verletzung der Begründungspflicht bzw. über die Rügen der Verletzung des Transparenzgebots sowie der falschen Sachverhaltsdarstellung zu befinden (E. 3). Anschliessend gilt es zu prüfen, ob der Untersuchungsgrundsatz verletzt wurde (E. 4). Schliesslich ist auf die Rüge einzugehen, wonach das Angebot der Beschwerdegegnerin zu Unrecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde (E. 5). Weiter ist darauf einzugehen, ob das Zuschlagskriterium "Preis" bzw. das dazugehörige Teilkriterium "Erträge" sich als rechtmässig erweisen (E. 6). Letztlich sind die Bewertungsrügen zu prüfen (E. 7).

E. 3.1

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht sowie des Transparenzgebots betreffend die Vergabeverfügung geltend. Zum einen bringt sie bezüglich des Zuschlagskriteriums "Betriebsführung" vor, es bestehe eine erhebliche Differenz zwischen dem Ergebnis der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegnerin. In der Begründung der Vorinstanz würden auf die Punkteinbussen zu den Teilkriterien "Reklamationswesen" und "Reporting" hingewiesen, aber weitere Angaben würden fehlen. Diese Ausführungen würden den Anforderungen an eine Begründung selbst unter Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis zum Vergaberecht nicht genügen. In der Submissionspraxis müssten die Qualitätskriterien, deren Bewertung einen grossen Ermessensspielraum öffnen, transparent und nachvollziehbar begründet werden. Es sei davon auszugehen, dass eine Begründung anhand objektiver Kriterien geliefert werden könne, welche den Grundsatz der Vertraulichkeit in keiner Weise verletze. Zum anderen erblickt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Transparenzgebotes sowie eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung darin, dass eine nicht nachvollziehbare Differenz zwischen den offerierten Betriebskosten der Beschwerdeführerin und der Preiskalkulation der Vergabestelle bestehe.

E. 3.2

Die Vorinstanz legt dar, dass die Beschwerdeführerin die teuerste Offerte eingereicht habe; entsprechend betrage die Punktedifferenz beim Zuschlagskriterium "Preis" zur Offerte der Beschwerdegegnerin 130 Punkte. Zwar sei die Offerte der Beschwerdeführerin auch beim Zuschlagskriterium "Betriebsführung" schlechter beurteilt worden. Die entsprechende Punktedifferenz betrage jedoch lediglich 95 Punkte. Diese Angaben seien aus dem Vergabeentscheid ersichtlich. Damit sei für die Beschwerdeführerin erkennbar gewesen, dass letztlich nicht die Qualität bzw. das Zuschlagskriterium "Betriebsführung", sondern der Preisunterschied entscheiden gewesen sei. Abgesehen davon würde die verlangte detaillierte Erläuterung der (vergleichenden) Bewertung der Zuschlagskriterien zu einer Offenlegung der konkreten Offertinhalte führen. Weiter erläutert die Vorinstanz, dass die Differenz zwischen den offerierten Betriebskosten und den massgeblichen Betriebskosten gemäss dem Offertvergleich in der Höhe von gerundet Fr. 226'000.- den negativen Auswirkungen auf andere abgeltungsberechtigte Linien im Kanton Bern der bisherigen Konzessionäre im Falle eines Linienverlustes entspreche, welche von den Bestellern im Sinne einer Gesamtbetrachtung bei der Preisbewertung ebenfalls berücksichtigt worden seien. Das entsprechende Vorgehen sei in Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen transparent beschrieben.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin nimmt zu diesem Vorbringen keine Stellung, da sich die ihrer Ansicht nach die nicht substantiiert vorgetragene Beanstandungen an die Vorinstanz richten würden.

E. 3.4.1

Das Personenbeförderungsgesetz enthält keine besonderen Normen zur Begründung der Konzessions- und Vergabeverfügung. Die Anforderungen an die Begründungspflicht richten sich deshalb nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes und der Bundesverfassung. Was das Vergabeverfahren anbelangt, gilt es zu berücksichtigen, dass die Normen des BöB betreffend die Begründung der Zuschlagsverfügung zwar nicht anwendbar sind, aber allenfalls als Orientierungshilfe dienen können (vgl. E. 1.6 hiervor).

E. 3.4.2

Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass eine Behörde ihren Entscheid begründet (Art. 35 Abs. 1 VwVG, ferner: Art. 29 Abs. 2 BV). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass ihn der Betroffene sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn er sich ein Bild über die Tragweite des Entscheids machen und ihn in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterziehen kann. Die Begründung muss deshalb zumindest kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (statt vieler BGE 143 III 65 E. 5.2 und Urteil des BGer 1C_270/2017 vom 12. Januar 2018 E. 3.2).

E. 3.4.3

Die Vorinstanz hat sowohl in den Ausschreibungsunterlagen als auch in der angefochtenen Verfügung die Methodik der Vergabe der Transportleistungen dargelegt. Danach wurden sämtliche gültigen Offerten mittels einer Nutzwertanalyse gemäss den vorab in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien bewertet und gewichtet (Art. 27i Abs. 3 der Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs vom 11. November 2009 [ARPV, SR 745.16]). In den Ausschreibungsunterlagen wurden zudem die Teilkriterien offengelegt. Jedes Teilkriterium wurde seinerseits auf einer Skala von 1 (sehr schlechte Leistung) bis 10 (sehr gute Leistung) bewertet; insgesamt konnten maximal 1000 Punkte erzielt werden. Den Zuschlag erhielt letztlich jenes Angebot, welches aufgrund der Nutzwertanalyse als das wirtschaftlich Günstigste ermittelt wurde. Weiter legte die Vorinstanz in der Verfügung die Preis- und Qualitätsbewertung sämtlicher gültiger Offerten offen. Die Preisbewertung umfasste für jede der Offerten die veranschlagten Betriebskosten und Erträgen, je mit einer Note und einer gewichteten Punktzahl versehen. Zusätzlich gab die Vorinstanz für sämtliche Offerten die bei den einzelnen Qualitätskriterien erzielten gewichteten Punktzahlen bekannt. Sie führte letztlich sämtliche Ergebnisse in einer Gesamtbeurteilung zusammen. Daraus war ersichtlich, welche Offerte wie viele Punkte (vom Punktemaximum) erzielte. Die Gesamtbeurteilung schloss die Vorinstanz (in der angefochtenen Verfügung) im Wesentlichen mit der Aussage ab, dass die Offerte der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Gewichtung zwischen Kosten und Erträgen deutlich teurer als die Offerten der Beschwerdegegnerin und der Zweitrangierten sei. Die Beschwerdeführerin biete zudem mit einer gewichteten Punktzahl von 420 (von 600 Punkten) gesamthaft grundsätzlich gute Qualität gegenüber den Konkurrenzofferten der Beschwerdegegnerin (528 Punkte). Massgebend für die schlechtere Beurteilung sei das (gewichtige) Zuschlagskriterium "Betriebsführung" (insbesondere in den Teilkriterien

"Reklamationsmanagement" und "Reporting"). Entsprechend liege das Preis-Leistungsverhältnis der beschwerdeführerischen Offerte deutlich unter demjenigen der beschwerdegegnerischen Offerte. Die Offerte der Beschwerdegegnerin sei klar die wirtschaftlich günstigste.

E. 3.4.4

In Bezug auf das Zuschlagskriterium "Preis" war für die Beschwerdeführerin grundsätzlich erkennbar, aus welchen Gründen die Vorinstanz ihr Angebot nicht berücksichtigte. Zudem erhielt sie einen Überblick, mit welchen Kosten und Erträgen die Konkurrenten offerierten und konnte dieser Übersicht entnehmen, dass ihre Offerte bei den Betriebskosten als auch beim qualitativen Zuschlagskriterium "Betriebsführung" (insbesondere in den Teilkriterien "Reklamationsmanagement" und "Reporting") deutlich schlechter abschnitt. Vorliegend ist der Vorinstanz insoweit zuzustimmen, als sie vorbringt, dass eine detaillierte Erläuterung der Offerten ohne Einwilligung der Beschwerdegegnerin gegen die Vertraulichkeit der Offerten verstossen würde (vgl. E. 3.5 hiernach). Zurecht weist die Beschwerdeführerin allerdings darauf hin, dass nicht ausschliesslich auf ihre offerierten Betriebskosten abgestellt wurde. Aus der Verfügung wird nicht klar, wie sich die massgeblichen Betriebskosten zusammenstellen. Erst mit der Beschwerdeantwort wurde die Hinzurechnung der negativen Auswirkungen auf andere Linien (gemäss Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen) detailliert erläutert (Aufrechnung von Fr. 226'000.- zu Lasten der Beschwerdeführerin). Da jedoch für die Beschwerdeführerin erkennbar war, dass letztlich nicht dieser geringfügige preisliche Unterschied (entspricht 27 Punkten), sondern der grosse preisliche sowie der qualitative Unterschied für den Zuschlag entscheidend waren (vgl. E. 3.4.3), ist dies für die Erfüllung der Begründungspflicht nicht erforderlich (vgl. Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.4.3.4.).

E. 3.4.5

Zusammengefasst erlaubte die Begründung der Beschwerdeführerin, die Vergabeverfügung sachgerecht anfechten zu können, was die eingereichte Beschwerdeschrift denn auch verdeutlicht. Selbst wenn im vorliegenden Fall von einer Gehörsverletzung auszugehen wäre, so wäre eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör jedenfalls durch die detaillierten Ausführungen der Vorinstanz in der Beschwerdeantwort sowie durch die der Beschwerdeführerin eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, als geheilt zu betrachten (zum Ganzen Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 2.2 und B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.2, jeweils m.H.). Des Weiteren hatte die Beschwerdeführerin im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens die Möglichkeit, sich zur Streitsache vor Bundesverwaltungsgericht, das den Sachverhalt und die Rechtslage (wenn auch unter Vorbehalt von Art. 56 Abs. 3 PBG) frei überprüft, umfassend zu äussern. Hinsichtlich der Konzessionsverfügung wurde keine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend gemacht. Eine allfällige Gehörsverletzung betreffend die Vergabeverfügung ist für den Ausgang dieses Verfahrens somit nicht mehr von Bedeutung.

E. 3.5

Dieses Ergebnis wird letztlich gestützt, wenn die Normen und die Praxis aus dem öffentlichen Beschaffungswesen als Orientierungshilfe herangezogen werden.

E. 3.5.1

Das BöB lässt - als *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 VwVG - zunächst eine summarische Begründung genügen (Art. 23 Abs. 1 BöB). Erst in einem zweiten Schritt hat die Vergabestelle gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB - auf Gesuch hin - den nicht berücksichtigten Anbieterinnen unter anderem den Preis des berücksichtigten Angebots (Bst. c), die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Bst. d) und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes bekanntzugeben (Bst. e).

E. 3.5.2

Hierzu fällt in Betracht, dass nach dem BöB nur ein beschränkter Anspruch auf eine Begründung besteht. So ist das gesamte (erstinstanzliche) Verfahren im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens dem Verfahrensgrundsatz der Vertraulichkeit (Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB) unterworfen. Danach hat die Vergabestelle den vertraulichen Charakter sämtlicher von einer Anbieterin gemachten Angaben zu wahren; dieser Grundsatz gilt ungeachtet des konkreten Inhalts oder eines Geheimhaltungsinteresses (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Auflage, 2013, Rz. 1181).

E. 3.5.3

Ferner schliesst der Grundsatz der Vertraulichkeit nicht nur im Vergabeverfahren die Weitergabe von Offerten bzw. Offertbestandteilen an die Konkurrenten aus, sondern auch in einem allfälligen Beschwerdeverfahren besteht nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ohne Zustimmung einer Anbieterin kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in die Konkurrenzofferte (vgl. Urteile des BGer 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 3.3 und 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; Zwischenverfügungen des BVGer B-3797/2015 vom 3. September 2015 und B-1172/2011 vom 6. Mai 2011 E. 3.3). Dies dürfte regelmässig auch auf die technischen Auswertungen der Offerten zutreffen (zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1185 f.). Ist die Weitergabe dieser Informationen nur mit dem Einverständnis der betroffenen Anbieterin möglich, können diese Angaben von vornherein nicht Gegenstand der Begründung der Vergabeverfügung bilden (Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.5.5.3).

E. 3.5.4

Damit hat der Gesetzgeber im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens die Wertungen getroffen, wie mit Interessenkollisionen zwischen dem Informationsbedürfnis der nicht berücksichtigten Anbieterin und dem Geheimhaltungsinteresse der Zuschlagsempfängerin umzugehen ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1182). Die allgemeine Begründungspflicht (bzw. der Anspruch auf rechtliches Gehör) wird somit von den berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Anbieterinnen zurückgedrängt (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3797/2015 vom 3. September 2015, S. 5).

E. 3.5.5

Demnach läge auch aus dem Blickwinkel des BöB keine Verletzung der Begründungspflicht vor.

E. 3.6

Weiter ist auf die geltend gemachte Verletzung des Transparenzgebots sowie auf die gerügte unrichtige Sachverhaltsdarstellung einzugehen.

E. 3.6.1

Der Grundsatz, das Vergabeverfahren transparent zu gestalten, wird in Art. 1 Abs. 1 lit. a BöB ausdrücklich festgehalten. Das Transparenzgebot wirkt sich in allen Phasen des Vergabeverfahrens aus, wobei zwischen der Transparenz ex ante - Klarheit im Voraus - und der Transparenz ex post - Verständlichkeit im Nachhinein - unterschieden wird (Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 23 ff.). Die Ex-post-Transparenz soll namentlich den Rechtsschutz garantieren. Ob ein Vergabeverfahren rechtmässig ist, lässt sich nur beurteilen, wenn ersichtlich ist, unter Berücksichtigung welcher Grundlagen, Kriterien und Überlegungen die Vergabestelle entschieden hat (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 28 ff.). Das Transparenzprinzip bzw. die daraus abgeleitete Dokumentationspflicht ist Voraussetzung für einen effektiven Rechtsschutz (Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 9.1). Denn ohne hinreichende Dokumentation lässt sich der Verdacht auf Ungleichbehandlung nachträglich weder bestätigen noch widerlegen (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 30 f. und 35; Elisabeth Lang, Der Grundsatz der Transparenz im öffentlichen Beschaffungsrecht, in: Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 109 f.).

E. 3.6.2

Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen definiert das Teilkriterium "Betriebskosten" wie folgt: "a Preis (40%) Die Bewertung ergibt sich als gewichtetes Mittel aus folgenden Teilkriterien: a.1 Betriebskosten (85%) Massgebliche Betriebskosten über alle 4 zu offerierenden Jahre Die massgeblichen Betriebskosten entsprechen: * den offerierten Betriebskosten (inkl. Einführungskosten) * abzüglich positive Auswirkungen (Synergien) bei anderen (nicht ausgeschriebenen) abgeltungsberechtigten Linien im Kanton Bern * zuzüglich negative Auswirkungen auf andere (nicht ausgeschriebene) abgeltungsberechtigte Linien im Kanton Bern der bisherigen Konzessionäre im Falle eines Linienverlustes (z.B. hängenbleibende Fixkosten), welche den übrigen Anbietern aufgerechnet werden. Diese, den übrigen Anbietern aufzurechnenden Kosten entsprechen pro offeriertem Betriebsjahr 1/10 der von den bisherigen Konzessionären geltend gemachten und von den Bestellern akzeptierten Kosten. Die von den bisherigen Konzessionären geltend gemachten Kosten werden dazu von den Bestellern kritisch geprüft und auf 4 Jahre linear abgeschrieben. Nutzwertfunktion: * tiefste massgebliche Betriebskosten = 10 Punkte * 40% höhere massgebliche Betriebskosten = 1 Punkt * dazwischen lineare Interpolation bei Kostendifferenzen über 50% werden Minuspunkte vergeben (...)"

E. 3.6.3

Vorliegend ist die Berechnung des Zuschlagskriteriums "Preis" in den Ausschreibungsunterlagen in Beilage 4 aufgeführt. Gemäss Beilage 4 werden negative Auswirkungen auf andere (nicht ausgeschriebene) abgeltungsberechtigte Linien im Kanton Bern der bisherigen Konzessionäre im Falle eines Linienverlustes (z.B. hängenbleibende Fixkosten), den übrigen Anbietern aufgerechnet. Die Transparenz ex ante erweist sich damit als unproblematisch. Ebenso kann der Beschwerdeführerin auch nicht gefolgt werden, soweit sie mit ihrer Rüge einen Verstoss gegen das Transparenzgebot ex post meint. Die Vorinstanz hat mit der Beschwerdeantwort die Berechnung des Teilkriteriums "Betriebskosten" in ihrer Beschwerdeantwort nachgeschoben und den Unterschied von Fr. 226'000.- erläutert. Schliesslich wurde zu Recht auch nicht vorgebracht, dass kein Evaluationsbericht vorgelegen hätte, der die Kosten weiter aufschlüsselt. Eine unrichtige Sachverhaltsdarstellung oder ein Verstoss gegen das Transparenzgebot sind somit nicht

ersichtlich. Diese Rüge erweist sich daher als unbegründet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt verschiedene Verletzungen des Untersuchungsgrundsatzes in Bezug auf die Betriebskosten (vgl. E. 7 hiernach zur Rüge betreffend das Zuschlagskriterium "Betriebsführung").

E. 4.1

Als erstes rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Untersuchungspflicht mit Blick auf die Auswertung der Betriebskosten. Die Auswertung der Betriebskosten habe ergeben, dass zwischen den ausgewiesenen Kosten der Beschwerdeführerin sowie der Beschwerdegegnerin eine Differenz von rund einer Mio. Franken bestehe. Bei den Betriebskosten sei von einem sehr hohen Anteil an Personalkosten auszugehen (mehr als 50 Prozent), bei denen von festen Kosten im Hinblick auf die zwingende Anwendung der gemäss Gesamtarbeitsvertrags-Vorschriften auszugehen sei. Zurzeit hätten die Transportunternehmen ihre Fahrdienstangestellten mit durchschnittlich Fr. 75'450.00.- pro Jahr (bzw. mit einer Entwicklung bis 1. Januar 2021: Fr. 77'360.-) zu entschädigen. Die weiteren Betriebskosten würden sich grösstenteils auf Sachkosten beziehen, bei denen aufgrund der zahlreichen regulatorischen Vorgaben ein geringer kalkulatorischer Spielraum bestehe. Die Vergabestelle (meint: Vorinstanz) habe von vertieften Abklärungen betreffend die Nachvollziehbarkeit und Plausibilität der Betriebskosten abgesehen. Gestützt auf die [medial] bekannten Umstände im Zusammenhang mit den Unregelmässigkeiten im Bestellverfahren bestünden gestützt auf den Untersuchungsgrundsatz eine erhöhte Pflicht, die Grundlagen für die Berechnung näher abzuklären. Weiter rügt sie eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes im Zusammenhang mit den offerierten Betriebskosten der Beschwerdegegnerin. Sofern die näheren Abklärungen bei der Beschwerdegegnerin ergeben würden, dass die offerierten Betriebskosten auf der Grundlage einer Vollkostenrechnung beruhten und deshalb geeignet seien, den Wettbewerb zu verfälschen, werde ein Ausschlussstatbestand erfüllt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes die Pflicht der Vergabebehörde ergeben, weitergehende Abklärungen zu treffen, falls sich konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben würden. So habe das Bundesgericht im Entscheid BGE 143 II 425 festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin zur Einreichung von zusätzlichen Unterlagen verpflichtet werden könne, um darzulegen, dass keine unzulässigen Quersubventionierungen vorlägen. Unter den vorliegenden Umständen hinsichtlich der vorstehend erwähnten Unregelmässigkeiten im Bestellverfahren sei eine vertiefte Abklärung durch die Vorinstanz geboten. Durch die nicht vorgenommenen Abklärungen zur Quersubventionierung habe die Vorinstanz ihre Untersuchungspflicht verletzt.

E. 4.2

Die Vorinstanz führt aus, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes die Pflicht der Vergabebehörde ergeben, weitergehende Abklärungen zu treffen, falls sich im Verlauf des Vergabeverfahrens "konkrete Anhaltspunkte" für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben würden. Es hätten jedoch keine Anhaltspunkte bestanden, die die Besteller dazu veranlasst hätten, die Angaben der Beschwerdegegnerin vertiefter zu überprüfen. Es habe damit auch kein Grund vorgelegen, um den Ausschluss der

Beschwerdegegnerin aus dem Vergabeverfahren für die Linie Spiez - Interlaken oder weiteren Ausschreibungen prüfen zu müssen. Weiter bestreitet sie die von der Beschwerdeführerin dargestellte Lohnentwicklung von Fahrdienstangestellten, da gemäss den Ausschreibungsunterlagen der Gesamtarbeitsvertrag (GAV) für die Bus- und Nahverkehrsbetriebe im Kanton Bern 2014 und nicht der GAV 2020 anwendbar sei. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin hierzu keine Fragen gestellt.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin hält den Vorbringen entgegen, es könne auf das Urteil des Bundesgerichtes in BGE 143 II 425 verwiesen werden, was die weiteren Ausschlussgründe betreffe. Es bestehe die Möglichkeit, weitere Erkundigungen einzuholen, insbesondere wenn die ungedeckten Kosten des Angebots aussergewöhnlich niedrig seien. Die Beschwerdegegnerin habe weder ungewöhnlich tiefe Betriebskosten noch ungewöhnlich hohe Erträge offeriert. Vielmehr würden die offerierten Betriebskosten der Beschwerdegegnerin in einer ähnlichen Grössenordnung wie diejenigen der Drittanbieterin liegen. Insgesamt würden sich aus den Offerten daher keinerlei Hinweise darauf ergeben, dass die offerierten Betriebskosten der Beschwerdegegnerin auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruhen würden, womit die Vergabestelle auch keine Pflicht zu weiteren Abklärungen gehabt habe. Das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 ausgeführt, dass Kostendifferenzen von 17,5% bzw. von "lediglich 14%" zu gering seien, um Anlass für weitere Abklärungen zu bieten. Umso weniger habe hier Grund für weitere Abklärungen bestanden, da die Differenz der massgeblichen Kosten zwischen der Offerte der Beschwerdegegnerin und der zweitgünstigsten Offerte (der Drittanbieterin) lediglich 3,5% betrage. Alle Anbieter hätten im Formular 6 der Ausschreibungsunterlagen explizit bestätigt, dass ihre Kalkulation mit Vollkosten gerechnet sei und die gesetzlichen Vorgaben berücksichtigt worden seien. Entsprechend habe die Vergabestelle davon ausgehen dürfen, dass diese Vorgaben eingehalten würden. Die Kostendifferenz von einer Mio. Fr. nicht nur zur Beschwerdegegnerin, sondern auch zur Zweitplatzierten, deute darauf hin, dass sich die Beschwerdeführerin schlicht verrechnet habe oder dass sie ihre Leistungen nicht zu konkurrenzfähigen Preisen erbringe.

E. 4.4

Besteller 2 verweist vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz.

E. 4.5

Replicando bestreitet die Beschwerdeführerin, dass von einer Vorverurteilung gesprochen werden könne, wenn die Vergabe des Transportrechts an die Beschwerdegegnerin vorerst unterbleibe. Es gehe in diesem Bereich auch um das Vertrauen in das Verhalten eines staatlichen Monopolisten, wozu die Beschwerdegegnerin zu rechnen sei, welche öffentliche Gelder in einem namhaften Ausmass zur Deckung ihrer Leistungen erhalte. Weiter widerspricht die Beschwerdeführerin den Ausführungen der Beschwerdegegnerin dahingehend, dass der zitierte Gerichtsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts nicht herangezogen werden könne. Es sei nicht die Frage zu klären, ob ein sogenanntes Unterangebot vorliege, welches allenfalls einen Rückschluss auf eine Quersubventionierung geben könne. Vielmehr stehe die Frage im Raum, ob aufgrund der bekannten Fakten ein Vorgehen der Beschwerdegegnerin vorliegt, wonach per se - unabhängig einem allfälligen Unterangebot - überhaupt eine Quersubventionierung oder

eine vergleichbare Finanztransaktion erfolgt sei, die jedoch gesetzeswidrig, wettbewerbsverzerrend und somit verpönt sei. Daher stehe vorliegend nicht die Preisdifferenz im Hinblick auf ein allfälliges Unterangebot, sondern das Verhalten der Beschwerdegegnerin im Hinblick auf eine unzulässige Quersubventionierung oder vergleichbare nicht zulässige interne Finanztransaktion, im Raum. Diese Frage sei von der Vorinstanz zwingend zu klären, bevor ein Vergabeentscheid gefällt werde. Gestützt auf den zitierten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts könne sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes nämlich die Pflicht der Vergabebehörde ergeben, weitergehende Abklärungen zu treffen, falls sich im Verlauf des Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben würden. Diese Voraussetzungen seien aufgrund der bekannten Umstände vorliegend erfüllt, womit die Vorinstanz zu zusätzlichen Abklärungen verpflichtet sei. Die Beschwerdeführerin habe einen Anspruch darauf, wenn sie von der Vorinstanz als Aufsichtsbehörde verlange, dass diese wegen der besonderen Umstände bei der Abklärung zusätzliche Schritte vornehme. Die Behauptung der Vorinstanz, wonach gestützt auf die vorliegenden Preisofferten sich die Beschwerdeführerin schlicht verrechnet habe, entbehre jeglicher sachlichen Begründung. Im Übrigen hält sie an ihren Ausführungen zur Anwendbarkeit des jeweils gültigen GAV und der Lohnentwicklung fest.

E. 4.6.1

Ein "ungewöhnlich niedriges Angebot" kann als eine Offerte aufgefasst werden, die das Vorliegen eines Unterangebots vermuten lässt (vgl. die Definition zu Art. XIII Abs. 4 Bst. a GPA von GERHARD KUNNERT, WTO-Vergaberecht, Baden-Baden 1998, S. 269). Ein "Unterangebot" ist ein Angebot, das unter den Gestehungskosten des Anbieters liegt (BVGE 2017 IV/4 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1057/2012 vom 29. März 2012 E. 2.6; vgl. HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 10 zu Art. 11 BöB, sowie GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 m.H.).

E. 4.6.2

Unterangebote sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes im Grundsatz zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind. In der Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts ist aber anerkannt, dass die Offerte einer staatlichen Anbieterin, die auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruht und deshalb geeignet ist, den Wettbewerb auf dem fraglichen Beschaffungsmarkt zu verfälschen, gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstösst. Sie erfüllt damit einen Ausschlussstatbestand gemäss Art. 11 BöB, auch wenn Unterangebote im BöB nicht ausdrücklich erwähnt werden (BVGE 2017 IV/4 E. 3.3 ff. und E. 4.1). Allein das Vorliegen eines Unterangebots genügt aber noch nicht für dessen Ausschluss. Solange beispielsweise der Fehlbetrag nicht auf unzulässige Weise mit Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt wird, kann im Einzelfall ein Angebot zulässig sein, das unter den Selbstkosten liegt. Zudem besteht in der Regel keine unzulässige Wettbewerbsverzerrung, wenn die Offerte aufgrund rechtmässig ausgerichteter staatlicher Subventionen (mit-) beeinflusst wird (vgl. zum Ganzen BGE 143 II 425 E. 4.5).

E. 4.6.3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes die Pflicht der Vergabebehörde ergeben, weitergehende

Abklärungen zu treffen, falls sich im Verlauf des Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben. Insoweit könne die Vergabestelle gestützt auf die Mitwirkungspflicht der Anbieterin weitere Erklärungen, Bescheinigungen und Erläuterungen verlangen, dass ein Fehlbetrag im Angebot nicht mit unzulässigen Quersubventionen gedeckt werde (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.3). Das Verfahren gestaltet sich damit zweistufig; zunächst muss die Vergabestelle einen Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung erkennen. Danach hat sie die nötigen Abklärungen zu treffen, um die Frage zu beantworten, ob eine unzulässige Quersubventionierung vorliegt oder nicht (Mirjam Barmet, Offerten staatlicher Anbieter: Was sind Anhaltspunkte für eine verbotene Quersubventionierung?, in: Kriterium 46/2019, S. 2).

E. 4.6.4

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts besteht diesbezüglich kein Grund zur Annahme einer generellen Pflicht der Vergabestelle zur Einholung zusätzlicher Informationen allein aufgrund eines aussergewöhnlich niedrigen Angebotspreises. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wäre eine solche Pflicht jedenfalls lediglich auf offensichtliche und krasse Fälle zu beschränken (BVGE 2017 IV/4 E. 3.3 und BVGE 2011/40 E. 4.6), in deren Kontext in aller Regel aber auch ein Ausschlussgrund nach Art. 11 BöB und damit einhergehend die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen (Art. 12 VwVG) in Frage stehen dürfte.

E. 4.6.5

Vorliegend können die Erwägungen des Bundesgerichts zum öffentlichen Beschaffungsrecht ohne Weiteres auf die Vergabeverfahren für Transportleistungen nach dem Personenbeförderungsgesetz übertragen werden. Im einen wie im anderen Fall bestehen dieselben, nicht abschliessend geregelten Ausschlussgründe (vgl. Art. 32f PBG sowie Art. 11 BöB) und es werden vergleichbare Ziele mit dem Vergabeverfahren verfolgt. Folglich muss auch bei der Vergabe von Transportleistungen im Falle einer unzulässigen Quersubventionierung durch eine Anbieterin mit staatlichem Hintergrund auf einen Ausschlussstatbestand (Verletzung des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität) erkannt werden. In diesem Zusammenhang besteht für die Vergabestelle die Pflicht zu weiteren Abklärungen, wenn Anhaltspunkte für ein Unterangebot vorliegen.

E. 4.6.6

Art. 27i Abs. 2 ARPV statuiert, dass der Besteller über ein offerierendes Unternehmen Erkundigungen einholen kann, wenn einerseits der Verdacht auf einen Ausschlussgrund nach Art. 32f PBG besteht oder die ungedeckten Kosten des Verkehrsangebots aussergewöhnlich niedrig erscheinen. Zwar beinhaltet diese Bestimmung - vor dem Hintergrund der Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz (Art. 32d Abs. 1 Bst. a sowie Art. 32e Abs. 2 PBG; Art. 27i Abs. 1 ARPV; vgl. BGE 143 II 425 E. 5.2) - lediglich das Recht der Vergabestelle, weitere Abklärungen zu treffen. Besteht jedoch nach dem oben Gesagten eine Abklärungspflicht bei konkreten Anhaltspunkten, definiert Art. 27i Abs. 2 ARPV gleichermassen die Schwelle für die zwingende Einholung weiterer Erkundigungen durch die Vergabestelle (vgl. auch zum Bestellverfahren: Art. 18 Abs. 2 ARPV, wonach von den Kantonen eine Offertprüfung durch das BAV verlangt werden kann, wenn es bei den Kennzahlen erhebliche, vom Transportunternehmen nicht hinreichend begründete Unterschiede gegenüber anderen Transportunternehmen gibt).

E. 4.6.7

Nach dem zuvor Gesagten müssen für eine unzulässige Quersubventionierung Anzeichen oder Anhaltspunkte bestehen, etwa aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, welches ein Unterangebot vermuten liesse. Allerdings ist vorliegend unstrittig, dass kein Unterangebot vorliegt. Die Beschwerdeführerin stört sich in ihrer Replik vielmehr daran, dass eine Quersubventionierung oder eine vergleichbare Finanztransaktion hätte untersucht werden müssen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hatte die Vorinstanz keinen Anlass, Abklärungen hinsichtlich einer allfälligen unzulässigen Quersubventionierung vorzunehmen. Daran vermag auch der Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichtes in BGE 143 II 425 E. 5.3 nichts zu ändern. Das Bundesgericht führt darin aus, dass weitergehende Abklärungen zu treffen seien, falls sich im Verlauf eines Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben würden. Namentlich stehe es der Vergabebehörde im Sinne einer effizienten Verfahrensführung frei, die staatliche Anbieterin zur Einreichung eines geeigneten Nachweises oder von Erklärungen darüber aufzufordern, dass sie über eine Marktbetätigungserlaubnis verfüge und ein Fehlbetrag im Angebot nicht mit unzulässigen Quersubventionen erfolge. Nichts Anderes ergibt sich auch aus der von der Beschwerdeführerin angeführten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018). Eine Untersuchungsspflicht bestünde nach dieser Rechtsprechung insoweit, als sich konkrete Anzeichen bzw. Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung bzw. für einen damit verbundenen Fehlbetrag im Angebot zeigten. Die geltend gemachten medial bekannten Vorfälle, welche die Beschwerdegegnerin betreffen, haben alle vor dem streitgegenständlichen Vergabe- bzw. Konzessionsverfahren stattgefunden und sind deshalb vorliegend nicht von Bedeutung. Weitere Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung wurden weder (substantiiert) geltend gemacht noch sind solche ersichtlich. Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt.

E. 4.6.8

Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich (sinngemäss) das Vorliegen einer unzulässigen Quersubventionierung rügt, da die Kostenstruktur wegen des GAV bzw. der hohen Personalkosten keine grossen preislichen Abweichungen zulasse, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Aus der Vergabeabsicht sowie der Vergabeverfügung geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin sowie die Zweitplatzierte massgebliche Betriebskosten von 6,073 Mio. Fr. sowie von 6,293 Mio. Fr. offeriert haben. Ausschliesslich das Angebot der Beschwerdeführerin ist mit Betriebskosten in der Höhe von 7,320 Mio. Fr. deutlich teurer. Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geht hervor, dass bei einem Unterschied der Offertpreise von 14% bzw. 7.5% noch von keinem "markanten Unterschied" die Rede sein kann (Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 8). Vorliegend liegt das Angebot der Beschwerdegegnerin im Verhältnis zur Zweitplatzierten in einem Abstand von ungefähr 3.5%, wie die Vorinstanz zu Recht anfügt. Inwiefern das Angebot der Beschwerdegegnerin im Gegensatz zum Angebot der Zweitplatzierten besonders auffällig sein sollte, ist weder substantiiert dargelegt noch aus den Akten ersichtlich. Dass die Beschwerdegegnerin gegen Preisbildungsregeln verstossen hätte oder dass es der Vorinstanz durch ihre Offerte nicht möglich gewesen wäre, sich einen aussagekräftigen und umfassenden Überblick über das Preis-Leistungsverhältnis des Angebots zu verschaffen (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März

2020 E. 8.2 m.H.), macht die Beschwerdeführerin dagegen zu Recht nicht geltend. Diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin beantragt im Sinne einer Eventualbegründung, die Beschwerdegegnerin sei vom Vergabeverfahren auszuschliessen bzw. es sei von einer Konzessionserteilung an die Beschwerdegegnerin abzusehen. Gestützt auf Art. 11 der Verordnung über die Personenbeförderung vom 4. November 2009 (aVPB, AS 2009 6027) dürfe eine Konzession nur erteilt werden, wenn das Unternehmen für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen Gewähr biete. Diese Voraussetzung sei bei der Beschwerdegegnerin nicht erfüllt, da zum Zeitpunkt der Vergabe der Transportleistungen und der Konzessionserteilung nicht feststehe, ob die Beschwerdegegnerin sämtliche gesetzlichen Vorschriften, insbesondere im Zusammenhang mit dem Kalkulations- und Bestellwesen, einwandfrei erfülle. Es werde auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Allein gestützt auf diese offenkundigen Tatsachen und die unterbliebenen zusätzlichen Abklärungen im Rahmen der vorliegend verletzten Untersuchungspflicht durch die Vergabestelle sei von einer Konzessionserteilung an die Beschwerdegegnerin abzusehen. Als stossend werde zudem erachtet, dass eine neue Buslinien-Konzession erteilt werden solle, bevor das Verwaltungsstrafverfahren abgeschlossen sei. Bis zum Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens sei die Beschwerdegegnerin von Amtes wegen vom Ausschreibungsverfahren auszuschliessen.

E. 5.2

Die Vorinstanz widerspricht den Vorbringen der Beschwerdeführerin dahingehend, dass aus der Vergangenheit keine Rückschlüsse für die Zukunft gezogen werden könnten. Folgte man der Argumentation der Beschwerdeführerin, so müsste die Beschwerdeführerin nicht nur vom laufenden und allen Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden, sondern es müssten alle ihr erteilten Konzessionen widerrufen werden. Dies sei unverhältnismässig und käme einer Vorverurteilung gleich, da bis zum Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens die Unschuldsvermutung gelte. Es liege kein im Gesetz vorgesehener Ausschlussgrund vor, wobei der Katalog nicht abschliessend sei.

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin entgegnet den Vorbringen der Beschwerdeführerin dahingehend, dass der "Fall (...)" ihrerseits in personeller, vertraglicher und finanzieller Hinsicht aufgearbeitet worden sei. Die Geschäftsleitung der Beschwerdegegnerin sowie weitere Positionen bei der Beschwerdegegnerin und der (...), einschliesslich des CEO seien vollständig neu besetzt worden. Eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft habe die Umbuchungsvorgänge im "Fall (...)" untersucht und die Rückerstattungsbeträge bzw. -empfänger ermittelt. Anschliessend sei diese Untersuchung im Auftrag des Bestellers 1 durch eine weitere Wirtschaftsprüfungsgesellschaft validiert worden. Zudem begleitete eine Arbeitsgruppe unter Federführung des Bestellers 1 und der Konferenz der kantonalen Direktoren des öffentlichen Verkehrs (KÖV) die Untersuchungen. Die Beschwerdegegnerin habe mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft und sämtlichen betroffenen Kantonen Vereinbarungen abgeschlossen und sich darin verpflichtet, für die Jahre 2007 bis 2018 Abgeltungen samt Zins zu 5% in der Höhe von total 188,1 Mio. Fr. zurückzubezahlen. Zudem habe die Beschwerdegegnerin für die Zeit vor 2007 Abgeltungen in der Höhe von total 17,2 Mio. Fr. zurückbezahlt, die aufgrund eingetretener Verjährung nicht hätten

zurückbezahlt werden müssen. Ergänzend zu den forensischen und buchhalterischen Untersuchungen seien alle Mitarbeitenden der Beschwerdegegnerin bzw. der (...) mehrfach und explizit aufgefordert worden, weitere allfällige Unstimmigkeiten umgehend zu melden. Diese Hinweise seien allesamt abgearbeitet und es seien zusätzliche Rückerstattungen betreffend sieben Gemeinden in der Höhe von 2,9 Mio. Fr. identifiziert worden, welche ebenfalls bezahlt worden seien. Zudem werde die Beschwerdegegnerin von allen in der Schweiz tätigen Transportunternehmen wohl am engsten aufsichtsrechtlich begleitet, insbesondere durch den Besteller 1. Sodann hätten auch die komplett neu eingesetzte Geschäftsleitung sowie die weiteren neu bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Personen (insbesondere im Bereich Finanzen und Revisionsstelle) ein erhebliches Interesse daran, dass sich der "Fall (...)" nicht wiederhole. Weiter äussert sich die Beschwerdegegnerin zur Verordnungsbestimmung von Art. 11 Abs. 1 Bst. d aVPB dahingehend, dass dieser auf Sachverhalte die in der Vergangenheit lägen und keine direkten Auswirkungen auf die streitgegenständliche Konzessionserteilung hätten, nicht anwendbar sei. Als Verordnungsbestimmung böte diese Vorschrift zudem keine genügende gesetzliche Grundlage, um die Beschwerdegegnerin aus dem vorliegenden bzw. aus allen weiteren Konzessionserteilungen, mithin aus dem Markt für Personenbeförderungen, auszuschliessen. Die Nichtkonzessionierung der Beschwerdegegnerin läge zudem nicht im öffentlichen Interesse, da damit eine Marktteilnehmerin wegfallen und somit der Wettbewerb reduziert würde. Dies zumal die privaten Interessen der Beschwerdegegnerin an der Teilnahme am Markt vermeintliche öffentliche Interessen am Ausschluss überwiegen würden und der Ausschluss daher unverhältnismässig wäre. Als Folge des "Falls (...)" seien Abgeltungen zurückbezahlt worden. Die Vorwürfe der angeblichen Quersubventionierungen sowie des angeblichen Verstosses gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität würden demzufolge ins Leere laufen.

E. 5.4

Besteller 2 verweist vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz.

E. 5.5.1

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf Art. 11 Abs.1 Bst. d aVPB, welcher zwischenzeitlich auf Gesetzesstufe durch Art. 9 Abs. 2 Bst. d PBG statuiert wird. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen braucht indessen nicht darauf eingegangen zu werden, ob es an einer gesetzlichen Grundlage mangelt, weshalb sich insofern auch keine intertemporalrechtlichen Fragen stellen.

E. 5.5.2

Nach Art. 11 Abs.1 Bst. d aVPB (bzw. Art. 9 Abs. 2 PBG) muss das Unternehmen für die Erteilung der Konzession nachweisen, dass es für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen Gewähr bietet. Das Fehlen von Ausschlussgründen stellt im Übrigen auch die Voraussetzung jeder Zuschlagserteilung an einen Anbieter dar. Die Ausschluss- bzw. Widerrufsgründe sind in Art. 32f PBG umschrieben. Die Besteller können ein Unternehmen vom Ausschreibungsverfahren ausschliessen, insbesondere wenn es: (a.) die Eignungskriterien nicht erfüllt; (b.) den Bestellern falsche Auskünfte erteilt hat; (c.) Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt hat; (d.) den Verfahrensgrundsätzen zuwiderhandelt; (e.) Abreden getroffen hat, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen; (f.) sich in einem Konkursverfahren befindet.

E. 5.5.3

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Voraussetzungen zur Erteilung des Zuschlags oder der Konzession nicht gegeben sein sollten, da die geltend gemachten Vorfälle vor der Konzessionserteilung stattgefunden haben. Die Beschwerdegegnerin legt im Übrigen nachvollziehbar dar, dass sie verschiedene Massnahmen und Prüfungen durch Wirtschaftsprüfungsgesellschaften durchgeführt habe. Zudem führt sie aus, dass Vereinbarungen für die Rückzahlung an die Schweizerische Eidgenossenschaft sowie an die Kantone und bestimmte Gemeinden getroffen worden seien. Unter diesen Umständen sind keine Gründe ersichtlich, inwiefern die Beschwerdegegnerin sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten würde. Insbesondere braucht auch nicht das Ergebnis eines damit im Zusammenhang stehenden Verwaltungsstrafverfahrens abgewartet zu werden. Schliesslich ist an dieser Stelle festzuhalten, dass keine gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss aus allen zukünftigen Vergaben gegeben ist (vgl. dagegen ausdrücklich für bestimmte schwerwiegende Verstösse Art. 13 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 [BGSA, SR 822.41] und Art. 45 des noch nicht in Kraft getretenen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, BBl 2019 4505). Dass im Übrigen die weiteren Konzessionsvoraussetzungen gemäss Art. 11 aVPB (bzw. Art. 9 Abs. 2 PBG) oder aber die Voraussetzungen nach Art. 32f PBG nicht erfüllt sein sollten, wird weder von der Beschwerdeführerin vorgebracht, noch ist solches ersichtlich. Damit sind die Konzessions- und Vergabeverfügungen in diesem Punkt zu bestätigen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin rügt weiter sinngemäss ein fehlerhaftes Preiskriterium, da sich aufgrund der erwarteten Nachfrage bzw. der eingestellten Erlöse sowie den zu erwartenden Vollkosten (abzüglich Synergiegewinne) weder die Zweckmässigkeit noch die Wirtschaftlichkeit der zu erbringenden Transportleistung erstellen liessen. Obschon das PBG den Bestellern vorgebe, bei der Ermittlung des günstigsten Angebots u.a. die Erlöse zu berücksichtigen, könne eine gewichtete Bewertung über vier Jahre zu einer substantiellen Veränderung führen. Die massgeblichen Betriebskosten sollten sich nach Auffassung der Beschwerdeführerin aus der tatsächlichen Kostenstruktur des jeweiligen Unternehmens ableiten lassen.

E. 6.2

Die Beschwerdegegnerin verteidigt sich dahingehend, dass sämtliche Zuschlagskriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen vom 14. November 2018 bekannt gegeben worden seien. Die Ausschreibungsunterlagen - einschliesslich der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" - seien demzufolge in Rechtskraft erwachsen; dies zumal die massgeblichen Vergabekriterien, insbesondere die Bewertung des Zuschlagkriteriums "Preis", der ständigen Praxis der Vorinstanz entsprechen würden und der Beschwerdeführerin bekannt sein müssten. Falls die Beschwerdeführerin mit der Bewertung der Vergabekriterien tatsächlich nicht einverstanden gewesen sei, so hätte sie die Ausschreibungsunterlagen - in analoger Anwendung von Art. 29 Bst. b BÖB - sofort anfechten können und müssen, jedenfalls aber unmittelbar nach Abschluss der Fragerunde. Die Rüge der Beschwerdeführerin sei daher verspätet. Das Zuwarten der Beschwerdeführerin bis zum Vergabeentscheid erweise sich zudem als treuwidrig. Aus beiden Gründen sei daher auf diese Rüge nicht einzutreten. Zudem sei die Rüge, wonach die Erlöse nicht hätten bewertet werden dürfen, für den Zuschlag ohnehin nicht kausal, weil die Beschwerdeführerin bei den Betriebskosten schlechter abgeschnitten habe (Note 5.4) als

bei den Erträgen (Note 5.7). Würde man also - wie die Beschwerdeführerin forderte - nur auf die Betriebskosten abstellen, so wäre ihr Angebot schlechter bewertet worden als in der angefochtenen Verfügung.

E. 6.3

Die Vorinstanz widerspricht den Ausführungen der Beschwerdeführerin, als diese eine unkorrekte Auswertung des Preiskriteriums geltend macht.

E. 6.4

Besteller 2 verweist vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz.

E. 6.5

In ihrer Replik hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen fest.

E. 6.6

Bei ihren Ausführungen beruft sich die Beschwerdegegnerin insbesondere auf die Praxis des Beschaffungsrechts, wonach die Beschwerdeführerin die Bewertungskriterien in der Ausschreibung habe anfechten müssen. Es ist deshalb im Folgenden auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zur Anfechtung von Ausschreibungen bzw. Ausschreibungsunterlagen im Vergaberecht einzugehen, welche als Orientierungshilfe heranzuziehen ist (vgl. E. 1.6 hiervor).

E. 6.6.1

Einwände, welche die Ausschreibung selbst betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, soweit Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (Zwischenentscheide des BVGer B-1185/2020 vom 7. Mai 2020 E. 6.3 und B-738/2012 vom 14. Juni 2012 E. 3.1 m.H.). Dagegen sind behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen nach geltender Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes zum Vergaberecht grundsätzlich (insbesondere unter Vorbehalt von Treu und Glauben) nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVGE 2014/14 E. 4.4 m.H.). Die Verfahrensökonomie gebietet es aber, im Rahmen der Beschwerde gegen die Ausschreibung auch gerügte Mängel gegen die gleichzeitig zur Verfügung stehenden Ausschreibungsunterlagen zu hören, welche zwar aus der Ausschreibung selbst nicht ersichtlich sind, aber zentrale Punkte des nachfolgenden Vergabeverfahrens betreffen (BVGE 2018 IV/2 E. 1.1 m.H.). Dabei entspricht die Praxis des Bundesverwaltungsgerichtes nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1bis Bst. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001, IVöB), wonach Rügen gegen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung stehende Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags als verwirkt gelten (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6594/2017 vom 27. April 2018 E. 4.1 m.H.; vgl. zum Ganzen Martin Zobl, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich 2020, Rz. 19 ff. zu Art. 53 BöB 2019 m.H.). An dieser Stelle sind die Rechtssuchenden jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber de lege ferenda mit Art. 53 Abs. 2 des noch nicht in Kraft getretenen Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BBl 2019 4505, S. 4532) die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum kantonalen Recht ausdrücklich auch für

Bundesvergaben massgeblich erklärt.

E. 6.6.2

Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen das Teilkriterium "Erträge", wobei sie in der Einschätzung der Erträge durch die Anbieter einen Verstoss gegen das Transparenzgebot erblickt. Ihrer Auffassung nach sollten sich die massgeblichen Betriebskosten aus der tatsächlichen Kostenstruktur des Unternehmens ableiten lassen. Die Ausschreibung vom 14. November 2018 erwähnt in Ziff. 2.10 der SIMAP-Publikation (Meldungsnummer 1045761, SIMAP-Projekt-ID 178706) keine Zuschlagskriterien, sondern verweist auf die detaillierten Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen. Nach dem zuvor Gesagten kann daher gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen rügt. Die Beschwerdegegnerin geht in ihrem Vorbringen wohl mit Blick auf die dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Recht (vgl. E. 6.6.1) davon aus, dass die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen offensichtlich verspätet (und damit ebenso offensichtlich verwirkt) seien. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis zum Bundesvergaberecht, welche hier als Orientierungshilfe heranzuziehen ist (vgl. E. 1.6 hiervor), ändert nämlich der Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestanden haben, nichts daran, dass die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags beanstandet werden können (vgl. BVE 2014/14 E. 4). Zwar ist es aus prozessökonomischen Gründen zulässig, gleichzeitig mit der Ausschreibung publizierte Ausschreibungsunterlagen mit dieser anzufechten, aber es gereicht der Beschwerdeführerin - unter Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben - nicht zum Nachteil, wenn sie die Ausschreibungsunterlagen erst mit dem Zuschlag rügt. Damit sind die gegen die Ausschreibungsunterlagen gerichteten Rügen der Beschwerdeführerin nicht offensichtlich verspätet.

E. 6.6.3

Zusammenfassend sind die Rügen bezüglich der Ausschreibungsunterlagen unter Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben zu hören.

E. 6.7

Die Beschwerdegegnerin stellt sich schliesslich - wohl im Sinne einer Eventualbegründung - auf den Standpunkt, dass das Zuwarten der Beschwerdeführerin bis zum Vergabeentscheid gegen Treu und Glauben verstosse.

E. 6.8

Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht zu diesem Umstand.

E. 6.8.1

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr zwischen Bundesbehörden und Privatpersonen (Urteil des BGE 2C_733/2018 vom 11. Februar 2019 E. 6.1 m.H.). Mit dieser Begründung kann beispielsweise das Recht auf Beschwerde gegen eine nicht ordnungsgemäss publizierte Baubewilligung verwirken (Urteil des BGE 1C_150/2012 vom 6. März 2013 E. 2.3). Auch hat das Bundesgericht in BGE 118 Ia 271 E. 1c in Bezug auf Stimmrechtsbeschwerden erkannt, dass ein Stimmberechtigter, welcher aus seiner Sicht zu beanstandende Vorbereitungshandlungen nicht anfecht, im Direktprozess vor dem

Bundesgericht allfällige Mängel im Vorfeld einer Wahl oder Abstimmung nicht mehr im Anschluss an deren Ergebnis geltend machen kann. Vergleichbar gilt ebenfalls gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben für Ausstandsgründe, dass diese geltend zu machen sind, sobald der Rechtsunterworfenen davon Kenntnis erhält. Es soll nicht abgewartet werden, ob der Entscheid trotz Verletzung von bekannten Ausstandsgründen nicht zugunsten des Rechtsunterworfenen ausfällt (vgl. BGE 134 I 20 E. 4.3.1 und BGE 136 III 605 E. 3.2.2; Zwischenentscheid des BVGer B-4852/2012 vom 15. November 2012 E. 5.5). In Vergabesachen hat das Bundesverwaltungsgericht erkannt, dass sich die Tatsache, wonach Rügen gegen die Ausschreibung, soweit deren Anordnungen bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne Weiteres erkennbar sind, im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung nicht mehr vorgebracht werden können, auch aus Treu und Glauben ergibt (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich dagegen nicht bereits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dass eine "verspätete", also gegenüber der Vergabestelle nicht erhobene Rüge - unabhängig von ihrer Art - offensichtlich verwirkt wäre (BVGE 2014/14 E. 4.4). Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdeführerin gestützt auf Treu und Glauben eine Rügeobliegenheit in Bezug auf die Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen trifft und ob diese verletzt worden ist.

E. 6.8.2

Die Ausschreibung verweist für die Zuschlagskriterien vollumfänglich auf die Ausschreibungsunterlagen (vgl. Ziff. 2.10 der SIMAP-Publikation), welche ab dem Publikationsdatum der Ausschreibung bezugsbereit waren (vgl. Ziff. 3.12 der SIMAP-Publikation). In den Ausschreibungsunterlagen wird im Hauptdokument bereits im Inhaltsverzeichnis auf die relevante Stelle "Offertprüfung und Vergabekriterien" verwiesen. Ziff. 6.2 f. des Hauptdokuments enthält die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung und verweist auf Beilage 4. Zusätzlich enthält Ziff. 8 des Hauptdokuments eine Übersicht aus der hervorgeht, dass in Beilage 4 "die Zuschlagskriterien inkl. Teilkriterien" enthalten sind. Die Zuschlagskriterien sind in zwei Teilkriterien "Betriebskosten" und "Erträge" unterteilt, welche samt deren Gewichtung (85% und 15%) aus Beilage 4 ersichtlich sind.

E. 6.8.3

Beilage 4 lautet auszugsweise wie folgt: "a Preis (40%) Die Bewertung ergibt sich als gewichtetes Mittel aus folgenden Teilkriterien: a.1 Betriebskosten (85%) Massgebliche Betriebskosten über alle 4 zu offerierenden Jahre Die massgeblichen Betriebskosten entsprechen: * den offerierten Betriebskosten (inkl. Einführungskosten) * abzüglich positive Auswirkungen (Synergien) bei anderen (nicht ausgeschriebenen) abgeltungsberechtigten Linien im Kanton Bern * zuzüglich negative Auswirkungen auf andere (nicht ausgeschriebene) abgeltungsberechtigte Linien im Kanton Bern der bisherigen Konzessionäre im Falle eines Linienverlustes (z.B. hängenbleibende Fixkosten), welche den übrigen Anbietern aufgerechnet werden. Diese, den übrigen Anbietern aufzurechnenden Kosten entsprechen pro offeriertem Betriebsjahr 1/10 der von den bisherigen Konzessionären geltend gemachten und von den Bestellern akzeptierten Kosten. Die von den bisherigen Konzessionären geltend gemachten Kosten werden dazu von den Bestellern kritisch geprüft und auf 4 Jahre linear abgeschrieben. Nutzwertfunktion: * tiefste massgebliche Betriebskosten = 10 Punkte * 40% höhere massgebliche Betriebskosten = 1 Punkt * dazwischen lineare Interpolation bei Kostendifferenzen über 50% werden

Minuspunkte vergeben a.2 Erträge (15%) Offerierte Erträge (Verkehrserträge, Nebenerlöse, Gewinne aus Nebengeschäften) über alle 4 zu offerierenden Jahre. Nutzwertfunktion: höchste offerierte Erträge = 10 Punkte 50% tiefere Erträge = 1 Punkt Dazwischen lineare Interpolation Bei Ertragsdifferenzen über 50% werden Minuspunkte vergeben"

E. 6.8.4

Zuschlagskriterien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, d.h. so, wie sie der angesprochene Kreis von Fachleuten verstehend durfte und musste (vgl. BVGE 2019/IV/2 E. 6.7.2 und BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 m.H.).

E. 6.8.5

Wie erwähnt, wird für die Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen. Beilage 4 der Ausschreibungsunterlagen sieht unmissverständlich vor, wie das Zuschlagskriterium Preis samt dessen Teilkriterien "Betriebskosten" und "Erträge" zu verstehen sind. Ein potentieller Offerent, welcher rasch Näheres über die zu berücksichtigenden Kostenkomponenten erfahren möchte, wird nicht darum herumkommen, anhand der Systematik der Ausschreibungsunterlagen in Kürze die nötigen Informationen zur Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien zu finden, zumal es sich beim Preis mit 40% Gewichtung um ein zentrales Zuschlagskriterium handelt. Kommt hinzu, dass die Ausschreibungsunterlagen insgesamt recht kurz ausfallen, womit es ohne einlässliches Studium der Ausschreibungsunterlagen ersichtlich war, wie das Zuschlagskriterium Preis bewertet und gewichtet werden würde. Dessen Tragweite, Inhalt und Bedeutung waren nach dem Vertrauensprinzip klar erkennbar und die Auslegung ist unumstritten. Strittig ist einzig, ob sich das Zuschlagskriterium "Preis" als rechtmässig erweist bzw. ob auf die Kostenstruktur der Anbieter abgestellt werden müsste. Zusammenfassend waren die gerügten Kostenkomponenten des Zuschlagskriteriums "Preis" und dessen gerügte Mängel ohne weiteres erkennbar. Unter diesen Umständen besteht eine Rügeobliegenheit und mithin eine Anfechtungspflicht. Die Beschwerdeführerin konnte unter diesen Umständen unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht bis zum Zuschlag abwarten, um die Ausgestaltung und Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" zu rügen, sondern hätte die festgestellten Mängel bei der Vergabestelle unaufgefordert und sofort rügen müssen. Die Beschwerdeführerin hat indessen weder die Ausschreibung angefochten noch hat sie die festgestellten Mängel bei der Vergabestelle sofort und unaufgefordert gerügt.

E. 6.9

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben schon die Ausschreibung hätte anfechten oder die festgestellten Mängel bei der Vergabestelle unaufgefordert und sofort hätte rügen müssen, um die Ausgestaltung und Gewichtung des Preiskriteriums bzw. des Teilkriteriums "Erträge" zu rügen. Ihr Recht, Einwendungen dagegen zu erheben, ist daher verwirkt.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin bringt im weiteren verschiedene Bewertungsrügen vor, wonach sie besser zu bewerten sei, als die Beschwerdegegnerin. Als erstes verlangt sie die Korrektur ihres Angebots bezüglich der Betriebskosten um Fr. 225'697.-. Weiter rügt sie die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Betriebsführung". Sie verfüge über ein Betriebsleitsystem, das einen hohen technischen Standard aufweise und daher besonders geeignet sei, Unregelmässigkeiten im Betrieb sofort kundenorientiert weiterzugeben. Diese

Informationen würden wesentlich zur Kundenzufriedenheit beitragen, was allgemein aus Kundenbefragungen hervorgehe. Im Weiteren verfüge die Beschwerdeführerin über eine mit einer Fachperson besetzte Betriebsleitstelle. Daher bestehe die Möglichkeit, im Fall von Betriebsstörungen nicht nur zeitnah zu informieren, sondern zusätzlich die betrieblich notwendigen Massnahmen zu treffen, damit die Qualität der Fahrplanleistungen nicht oder nur marginal beeinträchtigt würden. Demgegenüber werde bezweifelt, ob die Beschwerdegegnerin über eine zentrale mit einer Fachperson besetzte Betriebsleitzentrale verfüge. Die Punkteeinbussen beim Zuschlagskriterium "Betriebsführung" und insbesondere bei den Teilkriterien "Reklamationsmanagement" und "Reporting" sei somit nicht nachvollziehbar. Der Unterschied von 95 Punkten zwischen ihrem Angebot und demjenigen der Beschwerdegegnerin sei zu erhellen.

E. 7.2

Die Beschwerdegegnerin wendet ein, der Rückstand der Beschwerdeführerin auf die Beschwerdegegnerin mit 238 Punkten sei derart gross, dass selbst eine volle Punktzahl beim Teilkriterium "Betriebsführung" Punkte statt die erreichten 183 Punkte am Zuschlag nichts zu ändern vermöchte. Die Rüge würde sich somit als nicht kausal erweisen, zumal die zweitplatzierte Anbieterin vor der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden würde.

E. 7.3

Nach Ansicht der Vorinstanz ist der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Punkterückstand von 95 Punkten im Zuschlagskriterium "Betriebsführung" zu 87% (83 von 95 Punkten) auf die Teilkriterien "Reklamationsmanagement" und "Reporting" zurückzuführen, für welche die von der Beschwerdeführerin erwähnten Aspekte (Leitsystem, Leitstelle) nicht bzw. von untergeordneter Bedeutung seien. Nur 12 der 95 Punkte des Rückstands seien durch das Teilkriterium "Störungsmanagement" zu erklären, welches im Übrigen neben Leitsystem und Leitstelle auch andere Aspekte umfasse, namentlich die betriebliche Organisation, die Anschlusssicherung und die Fahrgastinformation. Damit seien die Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht geeignet, die Bewertung des Zuschlagskriteriums Betriebsführung in Zweifel zu ziehen. Die von der Beschwerdeführerin kolportierten Gerüchte zu heutigen bzw. früheren betrieblichen Problemen der Beschwerdegegnerin seien weder belegt noch relevant. Das Gebot der Gleichbehandlung verpflichte die Vergabestelle, den Auftrag nicht aufgrund von Gerüchten oder Erfahrungen aus der Vergangenheit, sondern allein aufgrund der Angaben in den Offerten zu vergeben. Dabei dürfe und müsse sie sich grundsätzlich darauf verlassen, dass die offerierten Leistungen auch erbracht würden. Eine Pflicht der Vorinstanz zu weiteren Abklärungen bestehe nur, wenn einzelne Angaben in den Offerten offensichtlich unglaubwürdig seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall gewesen.

E. 7.4

Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin weisen zurecht darauf hin, dass die Beschwerdeführerin den Punkteunterschied zur Erstplatzierten, das heisst zur Beschwerdegegnerin mit ihren Bewertungsrügen nicht wettmachen kann. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Bewertungsrüge zu den Betriebskosten. Im Übrigen richten sich ihre Rügen nur gegen zwei von drei Teilkriterien des Zuschlagskriteriums "Betriebsführung". Würde man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, so resultierten im Zuschlagskriterium "Preis" zusätzlich 27 Punkte und im Zuschlagskriterium Betriebsführung höchstens 95 Punkte. Damit würde es ihr allenfalls gelingen den Abstand

zur Zweitplatzierten mit 750 Punkten aufzuholen. Es würde ihr aber nicht gelingen, den Abstand von 238 Punkten zur Beschwerdegegnerin wettzumachen. Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Beschwerdegegnerin sei im Teilkriterium "Störungsmanagement" schlechter zu bewerten. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, die die nicht substantiierten Vermutungen der Beschwerdeführerin stützen würden. Damit vermag auch dieses Vorbringen nichts am Ausgang dieses Verfahrens zu ändern. Die Beschwerdeführerin kann somit gestützt auf ihre Bewertungsrügen weder den Zuschlag an sich selbst noch die Aufhebung des ganzen Verfahrens und die Neuausschreibung des Auftrags erreichen, was ihr allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde. Somit ist weder dargetan noch ersichtlich, welches konkrete praktische Interesse die Beschwerdeführerin an einer Besserbewertung ihres Angebots haben sollte, da es sich nun als richtig erwiesen hat, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Ausschluss der Beschwerdegegnerin hat (vgl. E. 5 hiervor). Es ist daher nicht weiter auf diese Rüge einzugehen.

E. 8

Zusammengefasst erweisen sich die Vergabe- und Konzessions-verfügungen als rechens. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

E. 9

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

E. 9.1

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist insgesamt als vollständig unterliegend zu betrachten. Sie hat die auf Fr. 5'000.- festgesetzten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 9.2

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund einer detailliert einzureichenden Kostennote oder, wenn keine (hinreichend detaillierte) Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE; vgl. Urteil des BVGer A-3841/2014 vom 1. Juli 2015 E. 2.2 m.H.). Nach dem zu den Kostenfolgen Gesagten ist die Beschwerdegegnerin als obsiegend zu betrachten und hat Anspruch auf eine Parteientschädigung. Sie hat keine eingereicht. In Anbetracht des mutmasslichen Zeitaufwands für das Verfahren erscheint eine Entschädigung von Fr. 8'000.- als angemessen. Diese ist der Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin zu entrichten. Schliesslich haben weder die Vorinstanz noch der Besteller 2 einen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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