

# **BVGer A-5818/2019 vom 9. Dezember 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-12-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5818\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5818_2019)

FR: TAF A-5818/2019 du 9 décembre 2020

IT: TAF A-5818/2019 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**

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. 1.5.2**

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. Es bleibt nachfolgend zu prüfen, ob ein schutzwürdiges Interesse besteht.

#### **E. 1.5.3**

Die Beschwerdeführerin verlangt insbesondere den Ausschluss der Beschwerdegegnerin wegen Erteilung von falschen Auskünften bzw. wegen Nichterfüllung eines Eignungskriteriums.

#### **E. 1.5.4**

Würde dieser Argumentation gefolgt, so hätte die Beschwerdeführerin als Zweitrangierte im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vergaberecht offensichtlich reelle Chancen, selbst den Zuschlag zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.5 m.H.). Somit hat die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und ist zur Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.6**

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 Transparenz- bzw. des Gleichbehandlungsgebots zu befinden (E. 3). Anschliessend gilt es zu prüfen, wonach das Angebot der Beschwerdegegnerin zu Unrecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei (E. 4). Weiter ist darauf einzugehen, ob das Zuschlagskriterium "Preis" sich als rechtmässig erweist (E. 5).

#### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht sowie des Transparenzgebots betreffend die Vergabeverfügung geltend. Die aus den Angaben in der Verfügung berechneten ungedeckten Kosten (Differenz zwischen Betriebskosten und Erlöse) der Beschwerdeführerin seien um Fr. 227'000.- höher als in der Vergabeabsicht ausgewiesen. Grund dafür sei, dass die von der Beschwerdeführerin berechneten Betriebskosten für den Preisvergleich gegen oben angepasst worden seien. Eine analoge Anpassung sei bei der Beschwerdegegnerin nicht

vorgenommen worden. Der Verfügung könnten keine Gründe entnommen werden, weshalb bei der Preisbewertung nicht die von der Beschwerdeführerin in der Offerte berechneten Betriebskosten berücksichtigt worden seien. Um zusätzliche Kosten für die Übernahme von Betriebsmitteln des bisherigen Linienbetreibers könne es sich nicht handeln, da es sich um eine neue Linie handle und in der Ausschreibung ausdrücklich festgehalten worden sei, dass keine Betriebsmittel zu übernehmen seien. Die Preisbewertung sei nicht transparent und nicht nachvollziehbar. Ausserdem widerspreche sie dem gesetzlich vorgeschriebenen Gleichbehandlungsgebot. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete, dass Verfügungen wenigstens kurz begründet werden. Damit solle den Betroffenen eine sachgerechte Anfechtung ermöglicht werden. Vorliegend würden in der Verfügung keine Anhaltspunkte genannt, weshalb die von der Beschwerdeführerin offerierten Betriebskosten im Rahmen der Preisbewertung gegen oben angepasst worden seien. Aus der Verfügung ergebe sich lediglich, dass dies der Fall gewesen sei. Einer allfälligen Heilung der Verletzung der Begründungspflicht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens sei im Kosten- und Entschädigungspunkt Rechnung zu tragen.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass sich ihrer Kenntnis entziehe, ob die Vorinstanz bei den von ihr und der Beschwerdeführerin offerierten Betriebskosten Aufrechnungen vorgenommen habe. Sollten solche Aufrechnungen erfolgt sein, so werde dies die Vorinstanz erklären können. Entsprechend würden sich die Schlussfolgerungen der Beschwerdeführerin, wonach die Preisbewertung nicht transparent und nicht nachvollziehbar sei und diese dem Gleichbehandlungsgebot widerspreche, als voreilig erweisen.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz legt in formeller Hinsicht dar, dass nach dem BöB nur ein beschränkter Anspruch auf eine Begründung bestehe und das gesamte erstinstanzliche Verfahren im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens dem Verfahrensgrundsatz der Vertraulichkeit unterworfen sei. Der Grundsatz der Vertraulichkeit schliesse auch in einem allfälligen Beschwerdeverfahren die Weitergabe von Offerten bzw. Offertbestandteilen aus, ausser wenn die Anbieterin der Einsichtnahme zugestimmt habe. Weiter erläutert die Vorinstanz, dass die Differenz zwischen den offerierten Betriebskosten und den massgeblichen Betriebskosten gemäss dem Offertvergleich 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. 3.4**

Besteller 2 verweist vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz.

### **E. 3.5**

In ihrer Replik nimmt die Beschwerdeführerin Bezug auf die Korrektur ihrer Betriebskosten. Diese Angaben hätten ohne Not (und ohne Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen) in die angefochtene Vergabeverfügung integriert werden können. Sie erachte die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die vorinstanzlichen Ausführungen als geheilt, halte aber daran fest, dass die angefochtene Verfügung in dieser Hinsicht mangelhaft sei. Dem sei im Kosten- und Entschädigungspunkt Rechnung zu tragen. In der

Sache selbst halte die Beschwerdeführerin die Aufrechnung eines Zuschlages für unbegründet.

### **E. 3.6**

Die Vorinstanz sowie der Besteller 2 bringen in ihren Dupliken keine neuen Argumente vor.

### **E. 3.7**

Die Beschwerdegegnerin wendet mit Duplik vom 30. Juli 2020 im Wesentlichen ein, soweit die Beschwerdeführerin in ihrer eigenen Offerte Synergiegewinne in Abzug bringe, aber den spiegelbildlichen Vorgang - nämlich die Aufrechnung von Synergieverlusten bei einem Zuschlag an die Beschwerdeführerin - rüge, verhalte sie sich widersprüchlich. Ein solches Verhalten verdiene von vornherein keinen Rechtsschutz.

### **E. 3.8**

Die Beschwerdeführerin verteidigt sich dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin Synergieverluste in der Höhe von Fr. 227'000.- geltend machen könne, während sich die von ihr ausgewiesenen Synergiegewinne auf signifikant tieferem Niveau bewegen würden.

### **E. 3.9.1**

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. 1.5.1 hiervor).

### **E. 3.9.2**

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. 3.9.3**

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 gültigen

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) mit der Aussage ab, dass die Offerte der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Gewichtung zwischen Kosten und Erträgen leicht teurer als die Konkurrenzofferte der Beschwerdegegnerin, jedoch deutlich günstiger als die Konkurrenzofferte der Drittplatzierten sei. In Bezug auf die Qualität und Leistung weise die Offerte der Beschwerdeführerin mit 378 gewichteten Punkten (von 600 Punkten) die schlechtesten Werte aus (Beschwerdeführerin 528 Punkte und Drittplatzierte 420 Punkte). Massgebend für die schlechtere Beurteilung seien die Zuschlagskriterien "Betriebsführung" (insbesondere in den Teilkriterien "Störungsmanagement" und "Reporting") und "Erfahrung". Entsprechend liege das Preis-Leistungsverhältnis der beschwerdeführerischen Offerte deutlich unter demjenigen der beschwerdegegnerischen Offerte. Die Offerte der Beschwerdegegnerin sei klar die wirtschaftlich günstigste.

#### **E. 3.9.4**

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 bei den qualitativen Zuschlagskriterien "Betriebsführung" (insbesondere in den Teilkriterien "Störungsmanagement" und "Reporting") sowie "Erfahrung" 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. 3.10 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 gerundet Fr. 226'000.- zu Lasten der Beschwerdeführerin). Da jedoch für die Beschwerdeführerin erkennbar war, dass letztlich nicht dieser geringfügige preisliche Unterschied (entspricht einer Schlechterbewertung von 27 Punkten), sondern der grosse preisliche sowie der qualitative Unterschied für den Zuschlag entscheidend waren (vgl. E. 3.9.3 hiervor), 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. 3.9.5**

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, wovon auch die

Beschwerdeführerin ausgeht (vgl. 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. Da indessen keine Verletzung vorliegt, braucht auch nicht weiter darauf eingegangen zu werden, ob eine solche bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen wäre.

### **E. 3.10**

Dieses Ergebnis wird letztlich gestützt, wenn die Normen und die Praxis aus dem öffentlichen Beschaffungswesen als Orientierungshilfe herangezogen werden (vgl. E. 1.5.1 hiervor).

#### **E. 3.10.1**

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. 3.10.2**

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. 3.10.3**

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. 3.10.4**

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. 3.10.5**

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

### **E. 3.11**

Weiter ist auf die geltend gemachte Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots einzugehen.

#### **E. 3.11.1**

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. 3.11.2**

Einer der wichtigsten Verfahrensgrundsätze, welche die Vergabestelle bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen beachten muss, ist die Gleichbehandlung aller Anbieter (Art. 1 Abs. 2 BöB). Die Vergabestelle hat für formelle Chancengleichheit zu sorgen. Sie hat die Anbieter hinsichtlich der Verfahrensbedingungen gleich zu behandeln, um zu verhindern, dass ungerechtfertigte Unterschiede in ihrem den einzelnen Anbietern gegenüber geäußerten Verhalten ungerechtfertigte Unterschiede zwischen den einzelnen Kandidaturen erzeugen (Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 184 ff.).

#### **E. 3.11.3**

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. 3.11.4**

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 ungefähr Fr. 226'000.- erläutert. Schliesslich wurde zu Recht auch nicht vorgebracht, dass kein Evaluationsbericht vorgelegen hätte, der die Kosten weiter aufschlüsselt. Ein Verstoss gegen die Grundsätze der Transparenz oder der Gleichbehandlung in Bezug auf die Bereinigung der Angebote ist somit nicht ersichtlich. Diese Rüge erweist sich daher als unbegründet. Damit kann auch offen bleiben, ob sich die Beschwerdeführerin widersprüchlich verhält, wenn sie eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots infolge der Aufrechnung von negativen Auswirkungen rügt, aber gleichzeitig Synergieeffekte in ihrer Offerte zum Abzug bringt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass ein Anbieter nach Art. 32f Bst. b PBG auszuschliessen sei, wenn er den Bestellern falsche Auskünfte erteilt habe. Ziffer 4.4 der Ausschreibungsunterlagen sehe vor, dass die eingesetzten Fahrzeuge die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllen hätten. Der Beschwerdeführerin sei bekannt, dass die Polizei während der Sommersaison drei auf Buslinien im Berner Oberland eingesetzte Fahrzeuge der Beschwerdegegnerin kontrolliert und beschlagnahmt habe. In der Zwischenzeit seien die Fahrzeuge wieder im Einsatz. Grund für die Beschlagnahmung der Fahrzeuge sei nach ihren Vermutungen der Verdacht auf Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz wegen nicht vorschriftsgemässer Wartung des Dieselpartikelfilters von Fahrzeugen.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz verteidigt sich dahingehend, dass die Beschwerdegegnerin für den ihr zugeschlagenen Auftrag mehrheitlich neue Fahrzeuge einsetze. Aus diesem Grund sei es gänzlich ohne Bedeutung, wenn andere Fahrzeuge, die bereits im Einsatz seien,

gegebenenfalls aus dem Verkehr genommen werden müssten. Wie auch die Beschwerdeführerin selber schreibe, seien die Fahrzeuge wieder im Einsatz, was darauf hindeute, dass entweder der Verdacht nicht bestätigt werden können oder die allfälligen Mängel bereits behoben worden seien. Ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sei unter diesen Umständen unverhältnismässig. Würde man den Überlegungen der Beschwerdeführerin folgen, so müsse die Beschwerdegegnerin konsequenterweise auch aus allen künftigen Verfahren mit der gleichen Begründung ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss aus dem Verfahren sei in Art. 32f PBG vorgesehen und könne unter anderem dann erfolgen, wenn ein Unternehmen den Bestellern falsche Auskünfte erteilt habe. Da die Beschwerdegegnerin primär neue Fahrzeuge vorsehe, habe sie keine relevanten Tatsachen unterdrückt oder falsch dargelegt. Deshalb könne das erwähnte Vorkommnis nicht als falsche Aussage ausgelegt werden.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei Art. 32f Bst. b PGB um eine "Kann-Vorschrift" handle. Den Vergabebehörden komme demzufolge ein Ermessen in der Anwendung dieser Vorschrift zu. Gemäss Art. 56 Abs. 3 PBG sei jedoch im Beschwerdeverfahren auf Ermessensfragen nicht einzutreten. Selbst wenn auf den beantragten Verfahrensausschluss eingetreten würde, so wäre der Antrag abzuweisen. Dies deshalb, weil auf der streitgegenständlichen Buslinie neue Fahrzeuge zum Einsatz kämen und die von der Beschwerdeführerin erwähnten Dieselpartikelfilter nicht durch die Beschwerdegegnerin gewartet worden seien. Sie habe sich entsprechend nichts vorzuwerfen, zumal eine Subunternehmerin die Fahrzeuge betreibe. Ein Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sei zudem unverhältnismässig und liege nicht im öffentlichen Interesse.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Replik vom 20. April 2020 aus, dass die beanstandeten Busse von einem Subunternehmer auf Linien eingesetzt würden, für welche der Beschwerdegegnerin eine Personenbeförderungskonzession erteilt worden sei. Unter diesen Umständen sei die Beschwerdegegnerin dafür verantwortlich, dass die Konzessionsbestimmungen eingehalten werden, wozu namentlich die ständige Einsatzbereitschaft der Fahrzeuge gehöre. Diese beinhalte, dass die eingesetzten Fahrzeuge jederzeit den technischen Anforderungen entsprechen würden. Die Beschwerdegegnerin könne sich dieser Pflicht nicht durch den Einsatz eines Subunternehmers entledigen bzw. die Unterlassungen des Subunternehmers bei der gesetzlich vorgeschriebenen Wartung der Fahrzeuge sei der Beschwerdegegnerin zuzurechnen. Aus ihrer Sicht könne es bei dieser Ausgangslage nicht mit der Feststellung sein Bewenden haben, dass die Beschwerdegegnerin für das ausgeschriebene Verkehrsangebot neue Fahrzeuge einsetze. Die Beschwerdegegnerin müsse für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (auch betreffend technische Anforderungen der Fahrzeuge) Gewähr bieten. Darin liege ein generelles Eignungskriterium. Dessen Vorliegen sei bei der Beschwerdegegnerin in Frage gestellt, so dass ein Ausschluss auf Art. 32f Bst. a PBG gestützt werden könne. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin in ihrem Angebot bestätigt habe, dass die von ihr eingesetzten Fahrzeuge den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen entspreche. Sollte ihre Vermutung zutreffen, so hätte die Beschwerdegegnerin diesbezüglich falsche Auskünfte erteilt und müsse (nachträglich) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Auch abgesehen davon stelle das Führen von nicht vorschriftsgemäss gewarteten

Fahrzeugen im öffentlichen Linienverkehr einen wichtigen Grund für einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren dar. Die Beschwerdeführerin beantrage deshalb, bei der zuständigen Staatsanwaltschaft Auskünfte einzuholen. Die Beschwerdegegnerin habe mit der Einreichung des Angebots akzeptiert und implizit zugesichert, dass die eingesetzten Fahrzeuge die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften erfüllen würden. Der Einwand der Vorinstanz, die Beschwerdegegnerin müsse dann konsequenterweise von allen künftigen Ausschreibungen ausgeschlossen werden, sei in dieser Absolutheit nicht richtig. Im vorliegenden Verfahren stehe nur der Ausschluss betreffend die Ausschreibung der Linie Spiez-Interlaken zur Diskussion. Es könne offenbleiben, ob ein Ausschluss vom vorliegenden Ausschreibungsverfahren auch für andere Ausschreibungsverfahren gelte.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz widerspricht in ihrer Duplik vom 25. Mai 2020 den Vorbringen der Beschwerdeführerin. Gemäss Art. 32f Bst. a PBG könne ein Anbieter vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn er die Eignungskriterien nicht erfülle. Der Artikel beziehe sich aber offensichtlich ausschliesslich auf die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Eignungskriterien. Ein Freipass zum Ausschluss aufgrund anderer, willkürlich definierter genereller Eignungskriterien könne daraus nicht abgeleitet werden.

#### **E. 4.6**

Die Beschwerdegegnerin führt duplicando aus, entgegen den Insinuationen der Beschwerdeführerin seien bei allen drei beanstandeten Fahrzeugen die Abgasanlagen (einschliesslich Partikelfilter) ersetzt worden. Unzutreffend sei sodann die Behauptung, die Beschwerdegegnerin würde das konzessionsgegenständliche künftige Verkehrsangebot mit den drei reparierten Fahrzeugen bestreiten. Vielmehr werde die Beschwerdegegnerin - wie offeriert - neue Fahrzeuge einsetzen, also nicht die Fahrzeuge mit den reparierten Abgasanlagen. In rechtlicher Hinsicht sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Beschwerdeführerin den Vorwurf der angeblich falschen Auskunftserteilung (Art. 32f Bst. b PBG) fallengelassen habe. Stattdessen berufe sich diese in ihrer Replik auf Art. 32f Bst. a PBG, wonach eine Anbieterin aus dem Verfahren ausgeschlossen werden könne, wenn sie Eignungskriterien nicht erfülle. Ein Eignungskriterium "Fehlen von Vorfällen im Zusammenhang mit Dieselpartikelfiltern in den letzten Jahren" (oder ähnlich) sei jedoch in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten und ein solches Eignungskriterium könne nachträglich nicht geschaffen werden.

#### **E. 4.7**

Besteller 2 schliesst sich den Ausführungen der Beschwerdegegnerin sowie der Vorinstanz vollumfänglich an.

#### **E. 4.8.1**

Das Fehlen von Ausschlussgründen stellt 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. 4.8.2**

Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass der konkrete Anbietende den Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (Art. 32e PBG; vgl. Art. 9 Abs. 1 BöB und Art. VIII Bst. b GPA). Die Auftraggeberin gibt die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 32e PBG; oder aber in der Ausschreibung nach dem BöB: vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom Verfahren (Art. 32f PBG; vgl. Art. 11 Bst. a BöB; vgl. zum Ganzen das Urteil des BVerG B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1 f.).

#### **E. 4.8.3**

Die Beschwerdegegnerin verteidigt sich vorab mit dem Hinweis, dass es sich bei Art. 32f Bst. b PGB lediglich um eine "Kann-Vorschrift" handle, womit es sich um eine Ermessensfrage handle, welche durch das Bundesverwaltungsgericht nicht überprüft werden könne. Der Beschwerdegegnerin ist insoweit zuzustimmen, als die Kann-Vorschrift in Art. 32f PBG zwar darauf hindeutet, dass der Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht in jedem Fall zwingend erfolgen muss, auch wenn ein Tatbestand im Sinne der genannten Bestimmung erfüllt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 11 BöB, welche als Orientierungshilfe heranzuziehen ist (vgl. E. 1.5.1 hiervor), gilt jedoch Folgendes: Soweit ein Ausschlussgrund der Erreichung zentraler vergaberechtlicher Zielsetzungen dient, besteht für die Beschaffungsbehörde nur wenig Spielraum, vom Verfahrensausschluss abzusehen (BGE 143 II 425 E. 4.6). Eignungskriterien sind somit grundsätzlich als Ausschlusskriterien zu definieren, sodass bei Nichterfüllen auch nur eines Eignungskriteriums ein Ausschluss vom Vergabeverfahren die Folge sein muss. Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt indes dann nicht zum Ausschluss, wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre. Ein Ausschlussgrund muss eine gewisse Schwere aufweisen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Gleichbehandlung zwischen der fehlerhaften Offerte und den übrigen Angeboten nicht mehr gewährleisten liesse. Ein Ausschluss wäre hingegen unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, wenn die Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung untergeordneten Charakter hat und mit Blick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis nur unbedeutend ist (vgl. statt vieler das Urteil des BVerG 2C\_698/2019 vom 24. April 2020 E. 4 m.H.).

#### **E. 4.8.4**

Von den Eignungskriterien zu unterscheiden sind von den Anbietern zwingend einzuhaltende gesetzliche Grundvoraussetzungen (z.B. das Einhalten von massgebenden Arbeits- und Umweltschutzvorschriften, Gleichbehandlung von Frau und Mann, Bezahlen von Steuern und Sozialabgaben), Formvorschriften bzw. formelle Anforderungen, zwingende inhaltliche Vorgaben der Vergabestelle zum ausgeschriebenen Geschäft (Geschäftskonditionen, wie z.B. die Einhaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Auftraggeberin, oder zwingende technische Spezifikationen). Das Nichterfüllen dieser in der Praxis häufig auch als "Muss-Kriterien" bezeichneten zwingenden Teilnahmevoraussetzungen kann bzw. muss zwar ebenfalls zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen; sie haben jedoch bei richtiger Betrachtung mit der Eignung des Anbieters für den Auftrag nichts zu tun (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Zürich 2013, Rz.

582; vgl. ferner Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 5.1.5.2).

#### **E. 4.8.5**

Das BAV prüft die Strassenfahrzeuge und Schiffe, die zum konzessionierten Betrieb zugelassen werden sollen, nach den Vorschriften über die Zulassung zum Strassen- und Schiffsverkehr (Art. 24 der Verordnung über die Personenbeförderung [VPB, SR 745.11]).

#### **E. 4.8.6**

Art. 25 Abs. 1 VPB statuiert, dass das BAV die Zulassung zum konzessionierten Betrieb erteilt, wenn die Zulassungsprüfung ergeben hat, dass das Strassenfahrzeug oder das Schiff den massgebenden Vorschriften entspricht.

#### **E. 4.8.7**

Ziff. 2.23 der Ausschreibungsunterlagen ("Ausschluss vom Verfahren") lautet wie folgt: "Anbieter werden aus wichtigen Gründen vom Verfahren ausgeschlossen. Diese liegen namentlich vor, wenn: die Verfahrensgrundsätze gemäss PBG Art. 32d nicht eingehalten werden. ein Ausschlussgrund gemäss PBG Art. 32f vorliegt. die geforderten Leistungsvorgaben gemäss Ziffer 4 dieser Ausschreibungsunterlagen nicht oder nicht mehr erfüllt werden. Anbieter gegen weitere Bestimmungen dieser Ausschreibungsunterlagen verstossen."

#### **E. 4.8.8**

Ziff. 4.4 der Ausschreibungsunterlagen legt folgendes fest: "Alle eingesetzten Fahrzeuge haben die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu erfüllen Die regulär eingesetzten Fahrzeuge haben zudem während der gesamten Vertragsdauer folgende Anforderungen zu erfüllen: (...) mindestens Einhalten der Abgasnorm EURO 5 sowie Partikelfilter (oder nachweislich äquivalenter Standard) (...)" Neue Fahrzeuge (erste Inverkehrssetzung) müssen zusätzlich folgende minimalen Anforderungen erfüllen: (...) Abgasnorm mindestens EURO 6 oder nachweislich äquivalenter Standard (...) Bei den Reservefahrzeugen können Kompromisse eingegangen werden hinsichtlich Alter, Fahrzeuggrösse, Fahrzeugkonzeption und Ausstattung, nicht jedoch bezüglich Abgasnorm (inkl. Partikelfilter) und Niederflrigkeit."

#### **E. 4.8.9**

Die Eignungskriterien sind in Ziff. 6.2 der Ausschreibungsunterlagen wie folgt festgelegt: "Die Anbieter haben nachzuweisen, dass sie zur Erfüllung der gestellten Aufgabe geeignet sind, insbesondere hinsichtlich ihrer: wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit technischen und betrieblichen Leistungsfähigkeit Die Eignung wird dann bejaht, wenn der Anbieter im Jahr 2018 mindestens 300'000 Fahrplan-Kilometer im öffentlichen Personenverkehr (nur Strasse) leistet mindestens 3 Jahre Erfahrung im Betrieb von Buslinien des öffentlichen Regional- oder Ortsverkehrs nachweist, seit mindestens 3 Jahren eine Konzession im öffentlichen Personenverkehr besitzt. Anbieter, welche die Eignungskriterien nicht erfüllen, werden vom Verfahren ausgeschlossen."

#### **E. 4.9.1**

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin keine der Rügen im Zusammenhang mit der Erfüllung von Eignungskriterien ausdrücklich fallen gelassen. Mit den Vorbringen zu den Eignungskriterien rügt sie die Nichteinhaltung der Vorgaben von Ziff. 4.4 der Ausschreibungsunterlagen. Gemäss Ziff. 2.23 der

Ausschreibungsunterlagen sind die Vorgaben gemäss Ziff. 4.4 der Ausschreibungsunterlagen nicht als Eignungskriterien, sondern als Muss-Kriterien ausgestaltet. Dabei wird festgehalten, dass die regulär eingesetzten Fahrzeuge während der gesamten Vertragsdauer bestimmte Anforderungen zu erfüllen haben, namentlich im Zusammenhang mit Dieselpartikelfiltern. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob ein Verstoß gegen Muss-Kriterien vorliegt, wodurch die Beschwerdeführerin allenfalls einen Anspruch auf Ausschluss der Beschwerdegegnerin haben könnte.

#### **E. 4.9.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt in prozessualer Hinsicht, bei der zuständigen Staatsanwaltschaft Auskünfte zu den Bussen mit Dieselpartikelfiltern einzuholen. Die Behörde (bzw. das Gericht) stellt den rechtserheblichen Sachverhalt, unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 und 52 VwVG), von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls verschiedener Beweismittel (Art. 12 VwVG). Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG hat die Behörde (bzw. das Gericht) die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts tauglich erscheinen beziehungsweise diesen erhellen könnten (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Unter diesem Titel hat sie allenfalls auch Beweismittel aus den Akten anderer Verfahren oder bei Dritten erheben zu lassen oder die erforderlichen Amts- oder Rechtshilfemassnahmen durchzuführen (Waldmann/Bickel, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2016 [Praxiskommentar VwVG], Art. 33 Rz. 40). Bei der Beurteilung der Tauglichkeit eines Beweismittels kommt der entscheidenden Instanz ein gewisser Ermessensspielraum zu. Sie kann namentlich dann von einem beantragten Beweismittel absehen, wenn zum Voraus gewiss ist, dass diesem die Beweiseignung abgeht oder die verfügende Behörde den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde ausreichend würdigen kann (BGE 136 I 229 E. 5.3 m.H. und 134 I 140 E. 5.3; Urteile des BVGer A-1063/2014 vom 25. März 2015 E. 3.2 und A-1053/2014 vom 1. Dezember 2014 E. 3). Dem angebotenen Beweismittel darf allerdings nicht leichthin jegliche Beweistauglichkeit abgesprochen werden, sondern nur, wenn dieses das Beweisergebnis offensichtlich nicht zu beeinflussen vermag (Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 33 N. 15). Das Gericht ist ferner dann nicht gehalten, Beweise abzunehmen, wenn sie eine unerhebliche Frage betreffen oder aufgrund der Akten oder anderer Beweismittel der rechtserhebliche Sachverhalt genügend geklärt ist und die Vorinstanz überzeugt ist, ihre rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (sog. antizipierte Beweiswürdigung; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 3.144; vgl. Urteile des BVGer A-6519/2016 vom 3. Mai 2017 E. 4.2 und BVGer A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 2.2.4).

#### **E. 4.9.3**

Aufgrund der Aktenlage, d.h. gestützt auf die Eingaben der Parteien und der genannten Beilagen ist klar und unbestritten, dass bei bestimmten Fahrzeugen der Beschwerdegegnerin die Abgasanlagen (insbesondere die Partikelfilter) ersetzt worden sind. Ebenso ist unbestritten, dass diese Fahrzeuge wieder im Einsatz sind. Es handelt sich dabei nicht um die Fahrzeuge auf der streitgegenständlichen Buslinie Nr. 31.060 Spiez-Interlaken. Auf der streitgegenständlichen Buslinie kommen neue Fahrzeuge zum Einsatz, die die aktuellen Abgasnormen erfüllen (vgl. die teilweise offengelegte S. 51 der Offerte der Beschwerdegegnerin). Inwiefern die bereits auf anderen Buslinien eingesetzten

Fahrzeuge für die vorliegende Vergabe eine Bedeutung haben könnten, ist somit nicht ersichtlich. Nach dem Gesagten kann daher auf die zusätzlich beantragte Amtshilfe in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Damit wird aber auch klar, dass das Muss-Kriterium in Ziff. 4.4. nicht verletzt sein kann, welches sich ausschliesslich auf die Fahrzeuge bezieht, die im Rahmen der streitgegenständlichen Vergabe zum Einsatz kommen. Ebenso wenig gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die streitgegenständlichen Fahrzeuge falsche Auskünfte gegeben hätte und darum ein Ausschlussgrund bzw. allenfalls ein Anspruch auf Ausschluss für die hier zu beurteilende Vergabe vorliegen würde. Weiter beziehen sich auch die Vorschriften des 3. Abschnitts der VPB zur Zulassung von Fahrzeugen für konzessionierte Angebote (Art. 24 ff. VPB) auf die Fahrzeuge der streitgegenständlichen Konzession und nicht auf andere. Schliesslich ist an dieser Stelle festzuhalten, dass selbst bei einem Ausschlussgrund wegen Verletzung eines Muss-Kriteriums keine gesetzliche Grundlage für einen generellen 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). Somit erweisen sich diese Rügen als unbegründet.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die im vorliegenden Verfahren angewandte Preisbewertungsmethode bewerte die massgeblichen Betriebskosten und -erträge, blende die ungedeckten Kosten aber weitgehend aus. Dies führe zum Ergebnis, dass die Beschwerdegegnerin, deren ungedeckte Kosten für vier Betriebsjahre (und damit der ihr von der öffentlichen Hand abzugeltende Betrag) höher seien als diejenigen der Beschwerdeführerin, im Preiskriterium eine bessere Bewertung erzielt habe. Eine Bewertungsmethode, welche die Höhe der ungedeckten Kosten ausser Acht lasse, sei unsachlich und lasse sich mit dem vom Gesetz geforderten effizienten Mitteleinsatz nicht vereinbaren. Sie stehe überdies in Widerspruch zu einem Leitfaden der Vorinstanz, welcher als "Preis" die ungedeckten Kosten bezeichne, um zu verhindern, dass ein Unternehmen bewusst eine zu tiefe Offerte einreiche, um den Zuschlag zu erhalten. Die im Leitfaden beispielhaft abgebildete Nutzwertanalyse bewerte nebst den Betriebskosten denn auch die ungedeckten Kosten und nicht den Ertrag. Die hinsichtlich eines effizienten Mitteleinsatzes bereits im Ansatz unsachliche Preisbewertung werde zusätzlich dadurch verstärkt, dass den Betriebskosten mit 85 % in der Bewertung ein markant höheres Gewicht zukomme als den Erträgen mit 15 %. Durch diese Bewertungsmethode würden Offerten mit tiefen Kosten übermässig gut bewertet; auf die Höhe der Erträge komme es dagegen kaum an. Die Beschwerdeführerin fügt ihren Vorbringen an, dass sich einwenden liesse, sie hätte die Preisbewertungsmethode im Rahmen einer Beschwerde gegen die Ausschreibung anfechten müssen. Die Ausschreibung sei materiell aber keine Verfügung; sie werde lediglich in Verfügungsform gekleidet. Die Ausschreibung regle namentlich kein Rechtsverhältnis. Folglich könne der Ausschreibung, auch wenn sie nicht angefochten werde, keine materielle Rechtsbeständigkeit zukommen, denn die Rechtsbeständigkeit beziehe sich auf das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, woran es bei einer Ausschreibung gerade fehle. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Beschaffungsverfahren zum BöB seien Mängel betreffend die Ausschreibungsunterlagen in der Regel im Rahmen einer Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung zu rügen. Bei analoger Anwendung dieser Praxis auf die vorliegende Ausschreibung sei die Rüge der unsachlichen und

gesetzwidrigen Preisbewertung im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zulässig. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass die Preisbewertung Teil der Ausschreibung und diese mangels rechtzeitiger Anfechtung rechtsbeständig geworden sei, sei es möglich und zulässig, dass darauf zurückgekommen werde.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin widerspricht den Ausführungen der Beschwerdeführerin dahingehend, dass die Vorinstanz sämtliche Zuschlagskriterien (einschliesslich der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis") in den Ausschreibungsunterlagen vom 14. November 2018 bekanntgegeben habe. Diese seien demzufolge in Rechtskraft erwachsen. Die Bewertung des Zuschlagkriteriums "Preis" ("Betriebskosten": 85% und "Erträge": 15%) sei in den Ausschreibungsunterlagen offen ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin habe ihre Bedenken gegenüber der Preisbewertung im Rahmen der Fragerunde äussern können. Die Bewertung des Zuschlagkriteriums "Preis" ("Betriebskosten": 85% und "Erträge": 15%) entspreche der Praxis. Die Beschwerdeführerin kenne diese Preisbewertungspraxis bereits aus früheren Ausschreibungen. Falls die Beschwerdeführerin mit der Preisbewertung tatsächlich nicht einverstanden gewesen sei, so habe sie die Ausschreibungsunterlagen - in analoger Anwendung von Art. 29 Bst. b BÖB - sofort anfechten können und müssen, jedenfalls aber unmittelbar nach Abschluss der Fragerunde. Gemäss dem Wortlaut von Art. 32g Abs. 1 PBG würden die Zuschlagskriterien Kosten und Erlöse ausdrücklich erwähnt. Entsprechend sei nicht einzusehen, weshalb die Vorinstanz diese Zuschlagskriterien - wie die Beschwerdeführerin behaupte - nicht hätte bewerten dürfen. Das Zuwarten der Beschwerdeführerin bis zum Vergabeentscheid erweise sich zudem als treuwidrig. Aus beiden Gründen sei daher auf diese Rüge nicht einzutreten. Es handle sich bei den in Art. 32g Abs. 1 PBG aufgeführten Zuschlagskriterien um eine beispielhafte Aufzählung. Zudem würden die Zuschlagskriterien in Art. 32g Abs. 1 PBG nicht gewichtet. Die Besteller hätten demzufolge ein grosses Ermessen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung. Daher sei auf die Rüge, das Zuschlagskriterium "Preis" hätte anhand der ungedeckten Kosten bewertet werden müssen, in Anwendung von Art. 56 Abs. 3 PBG nicht einzutreten. Als Eventualbegründung wendet sie sodann im Wesentlichen ein, die unterschiedliche Gewichtung der Preis-Teilkriterien "Betriebskosten" (85%) und "Erträge" (15%) sei sachgerecht.

### **E. 5.3**

Die Vorinstanz verteidigt sich dahingehend, dass das Vorgehen zur Preisbewertung sachlogisch begründet und im Hinblick auf die Ermittlung des für die gesamte Auftragsdauer wirtschaftlich günstigsten Angebotes geboten sei. Die vorgenommene Preisbewertung habe sich deswegen bereits seit Jahren als gängige Praxis bei Busausschreibungen in der Schweiz etabliert. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf einen Leitfaden sei diesbezüglich irrelevant, da dieser Leitfaden keinen normativen Charakter habe. Die Ausschreibungsunterlagen seien unangefochten geblieben; entsprechende Rügen seien deshalb verwirkt. Der Sichtweise der Beschwerdeführerin, wonach die Ausschreibung materiell keine Verfügung sei, sondern lediglich in Verfügungsform gekleidet werde, müsse klar widersprochen werden. Die Beschwerdeführerin versuche damit einzig, die Ausschreibungsunterlagen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen den Zuschlag noch anzufechten. Gemäss Art. 32i Abs. 1 Bst. a PBG verfüge sie die Ausschreibung. Damit regle sie einseitig die Rechte und Pflichten der Unternehmen, die an der Ausschreibung teilnehmen wollten und gebe bekannt, welche

Regeln zur Anwendung kommen würden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung könnten die Ausschreibungsunterlagen als "integrierender Bestandteil der Ausschreibung" selbst betrachtet werden. Daraus könne der Schluss gezogen werden, dass rechtzeitig mit der Ausschreibung vorliegende Ausschreibungsunterlagen mit dieser angefochten werden müssten, wenn die zu erhebende Rüge nicht verwirken solle. Auch wenn die Beschwerdeführerin sich mit der ihrer Meinung nach mangelhaften Preisbewertung habe auseinandersetzen müssen, habe sie noch genügend Zeit gehabt, um eine Offerte vorzubereiten. Das spreche ebenfalls für eine selbstständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen. Die Ausschreibungsunterlagen seien daher faktisch zu einem Teil der Ausschreibung geworden und es lägen keine Umstände vor, die deren Anfechtbarkeit zum jetzigen Zeitpunkt zuließen. Die anderen offerierenden Unternehmen hätten gegen diese Methode nichts einzuwenden gehabt. Die Preisbewertungsmethode werde grundsätzlich auch bei anderen Ausschreibungen angewendet und sei bisher noch nie bemängelt worden. Damit widerspreche die Rüge zum jetzigen Zeitpunkt dem Grundsatz von Treu und Glauben.

#### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Aufrechnung der negativen Kosten vorliegend nicht angezeigt sei. Die Vergabe des ausgeschriebenen Verkehrsangebots sei nicht ursächlich für den (allfälligen) Linienerlust der Beschwerdegegnerin. Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Aufrechnung finde daher vorliegend gar keine Anwendung. Soweit der Aufrechnungsbetrag auch Kostenanteile der Buslinie 310 enthalte, liege ebenfalls kein Anwendungsfall einer Aufrechnung vor. Zudem sei der konkrete Aufrechnungsbetrag zu hoch. Dass der Beschwerdeführerin die Preisbewertungsregel aus früheren Verfahren bekannt gewesen sein solle und dass diese Regel bislang weder von ihr noch von anderen Unternehmen noch in anderen Verfahren angefochten worden sei, habe selbstredend nicht zur Folge, dass allein deswegen auf die vorliegende Beschwerde in diesen Punkten nicht eingetreten werden könne. Es bedeute auch nicht, dass die angewandte Bewertungsmethode richtig und rechtmässig sei, sondern zeige lediglich, dass die Rechtmässigkeit der Bewertungsmethode bislang gerichtlich nicht geprüft worden sei. Dies stehe einem Eintreten nicht entgegen. Vergabeverfahren nach Beschaffungsrecht und nach dem Ausschreibungsverfahren gemäss PBG würden die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bezwecken. Die Verfahren seien vergleichbar strukturiert, weshalb es nahe liege, auf Ausschreibungsverfahren nach PBG die Regeln des normalen Beschaffungsverfahrens analog anzuwenden, sofern sie passen würden. In der Sache selbst führt sie im Wesentlichen aus, eine sachgerechte Bewertungsmethode müsse deshalb dazu führen, dass dasjenige Angebot mit den tiefsten ungedeckten Kosten die höchste Punktzahl im Zuschlagskriterium "Preis" erziele. Diese Anforderungen erfülle die vorliegend angewandte Preisbewertungsmethode nicht, da die Beschwerdegegnerin trotz höherer ungedeckter Kosten mehr Punkte im Zuschlagskriterium "Preis" erzielt habe.

#### **E. 5.5**

In ihren Dupliken vom 25. Mai 2020 und 30. Juli 2020 halten die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen an ihren Anträgen fest.

#### **E. 5.6**

Besteller 2 verweist vollumfänglich auf die Beschwerdeantwort sowie die Duplik der Vorinstanz.

### **E. 5.7**

Bei ihren Ausführungen berufen sich die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz 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. 1.5.1 hiervor).

#### **E. 5.7.1**

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 Bundesverwaltungsgerichts 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 Bundesverwaltungsgerichts nicht derjenigen des Bundesgerichts zu Beschaffungen auf kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 15 Abs. 1 bis 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. 5.7.2**

Vorliegend beanstandet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen das Zuschlagskriterium "Preis" bzw. die Gewichtung der Teilkriterien "Betriebskosten" und "Erträge". Sie halte es für unzulässig, die Kosten und Erlöse zu benoten, sondern es hätte zur Ermittlung des besten Preisverhältnisses auf die Höhe der ungedeckten Kosten (Abgeltungsbetrag) abgestellt werden müssen. 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 sowie die Vorinstanz gehen in ihren Vorbringen wohl mit Blick auf die dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Recht (vgl. E. 5.7.1) davon aus, dass die Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen offensichtlich verspätet und damit auf diese nicht einzutreten sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Praxis zum Bundesvergaberecht, welche hier als Orientierungshilfe heranzuziehen ist (vgl. E. 1.5.1 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. BVGE 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. 5.7.3**

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

### **E. 5.8**

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

### **E. 5.9**

Die Beschwerdeführerin äussert sich dahingehend, dass sie nach Treu und Glauben nicht habe annehmen müssen, dass die mit Brutto-Abgeltung bezeichnete Differenz bei der Preisbewertung keine Rolle spielen würde, zumal die Ausschreibung von Angeboten des regionalen Personenverkehrs in erster Linie mit dem Zweck eingeführt worden sei, die Effizienz zu erhöhen und Kosten zu sparen. Es sei für die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht erkennbar gewesen, dass sich die vorgesehene Preisbewertungsmethode gleichsam in das Gegenteil verkehren würde und ein (für das subventionierende Gemeinwesen) ungünstiges Angebot im Preiskriterium die beste Punktzahl erreichen würde. Die Beschwerdeführerin habe sodann nicht damit rechnen müssen, dass die Vorinstanz den Preis abweichend von den (eigenen) Vorgaben im Leitfaden bewerten würde. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Preisbewertung Teil der Ausschreibung und diese mangels rechtzeitiger Anfechtung rechtsbeständig geworden sei, sei es möglich und zulässig, dass darauf zurückgekommen werde. Es sei allgemein anerkannt, dass beim Vorliegen von Wiedererwägungsgründen auf eine rechtskräftige Verfügung zurückgekommen werden könne, wobei Unrichtigkeit der ursprünglichen Verfügung als Wiedererwägungsgrund anerkannt sei.

### **E. 5.9.1**

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr zwischen den Bundesbehörden und den Privatpersonen (Urteil des BGer 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 BGer 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 BVerger 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 BVerger B-7216/2014 vom 30. September 2015 E. 5.2). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ergibt sich 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. 5.9.2**

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" (Ziff. 6) 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. 5.9.3**

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. 5.9.4**

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

#### **E. 5.9.5**

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. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass in Ziff. 5.1 der Ausschreibungsunterlagen bzw. im entsprechenden Formular die Abgeltungen der Leistungen erwähnt sind bzw. dass die Ausschreibungsunterlagen allenfalls nicht einem Leitfaden der Vorinstanz entsprechen. Die Tragweite, Inhalt und Bedeutung des Zuschlagskriteriums "Preis" waren nach dem Vertrauensprinzip klar erkennbar und die Auslegung des Zuschlagskriteriums "Preis" ist unumstritten. Strittig ist einzig, ob sich das Zuschlagskriterium "Preis" als rechtmässig erweist bzw. ob auf die ungedeckten Kosten abgestellt werden müsste. Zusammenfassend waren die gerügten Kostenkomponenten des Zuschlagskriteriums "Preis" und dessen gerügte Mängel ohne weiteres erkennbar. Unter diesen Umständen besteht eine Rügeobliegenheit der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin konnte darum unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht bis zum Zuschlag abwarten, um die Ausgestaltung und Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" zu rügen, sondern hätte diese Rüge bereits die festgestellten Mängel bei der Vergabestelle unaufgefordert und sofort rügen müssen. Die Beschwerdeführerin hat indessen weder die Ausschreibung angefochten noch hat sie die von ihr festgestellten Mängel bei der Vergabestelle sofort und unaufgefordert gerügt. Damit hat sie ihre Rügeobliegenheit verletzt. An diesem Ergebnis vermag auch der Einwand der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, wonach die Unrichtigkeit der ursprünglichen Verfügung als Wiedererwägungsgrund anerkannt sei. Es steht der Vorinstanz frei, ihre Verfügung allenfalls pendente lite in Wiedererwägung zu ziehen. So hat das Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen etwa mit einzelrichterlicher

Zwischenverfügung B-2957/2017 vom 23. Juni 2017 E. 5.2.3 im Sinne einer prima facie-Würdigung entschieden, dass eine Vergabestelle, die hinreichenden Anlass hat anzunehmen, dass im Rahmen einer allfälligen Rückweisung auch entsprechende Hinweise in Bezug auf die Qualität der Ausschreibungsunterlagen gemacht werden würden, auch diesbezüglich zur Wiedererwägung schreiten dürfe (vgl. ferner Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 2.5). Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben schon die Ausschreibung hätte anfechten oder aber die festgestellten Mängel bei der Vergabestelle unaufgefordert und sofort hätte rügen müssen, um die Ausgestaltung und Gewichtung des Preiskriteriums zu rügen. Ihr Recht, Einwendungen dagegen zu erheben, ist daher verwirkt.

## **E. 6**

Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat mit Replik vom 20. April 2020 von ihren Bewertungsrügen ausdrücklich Abstand genommen. Es erübrigt sich somit auf diese einzugehen. Soweit sie sich jedoch in ihrer Replik an der erfolgten (unvollständigen) Akteneinsicht stört, ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass es der Beschwerdeführerin unbenommen gewesen wäre, eine Akteneinsichtsverfügung zu verlangen, sofern ihre Anträge strittig geblieben sind (vgl. für eine strittige Akteneinsichtsverfügung in Vergabesachen die Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 7. Oktober 2020).

## **E. 7**

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

## **E. 8**

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

### **E. 8.1**

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. 8.2**

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 Kostennote 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 VKGE). (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.