

BVGer B-4117/2023 vom 3. April 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-04-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4117_2023

FR: TAF B-4117/2023 du 3 avril 2024

IT: TAF B-4117/2023 del 3 aprile 2024

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m.H.).

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB, SR 172.056.1]).

E. 1.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2.1

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 2012 unterstellt sind (vgl. BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H. "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

E. 2.2

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

E. 2.3

Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 der SIMAP-Ausschreibung vom 14. Dezember 2022 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziff. 1 erreichen. Anders als für

Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang 1 Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Anhang 3 zum BöB). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der prov. CPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff. "Personalverleih"; Urteile des BVGer B-3580/2021 vom 9. Mai 2022 E. 1.2.4 "Identity and Access Management"; B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). In Ziff. 2.1 der SIMAP-Ausschreibung wies die Vergabestelle die verfahrensgegenständliche Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: [7] Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" zu. Gemäss Ziff. 13 von Anhang 3 zum BöB entspricht diese Kategorie der prov. CPC-Referenznummer 84. Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann den CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorien "72000000 - IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung", "72313000 - Datenerfassung", "63000000 - Hilfs- und Nebentätigkeiten im Bereich Verkehr; Reisebürodienste" und "63712000 - Hilfstätigkeiten für den Straßenverkehr" zu (vgl. Ziff. 2.5 der SIMAP-Ausschreibung). Den Gegenstand und Umfang des Auftrags hält die Ausschreibung wie folgt fest (vgl. Ziff. 2.6 der SIMAP-Ausschreibung): "Zukünftig wird die Erhebung der LSVA über unterschiedliche Erfassungsservices, die parallel zueinander die in- und ausländischen Fahrzeuge bedienen, erfasst. Dies sind: - National Electronic Toll Service (NETS) - European Electronic Toll Service (EETS) - National Manual Toll Service (NMTS) Für die Überwachung der verschiedenen Erfassungsservices wird das Erfassungssystem Strasse (ESTR) eingesetzt. Als zentrale Systemkomponente für die LSVA Erhebung, welche alle Systemteile verbindet, dient das IT-System Camiuns des BAZG. Das neue Erfassungssystem Strasse (ESTR) wird da-rüber hinaus auch für die automatisierte Kontrolle anderer Strassengebühren (wie z.B. der Pauschalen Schwerverkehrsabgabe PSVA) sowie zur Unterstützung der Kontrollaufgaben anderer Schweizer Behörden eingesetzt." Die Einstufung in die erwähnten Kategorien erscheint unter Berücksichtigung des Gegenstands des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags nicht als unzutreffend und wird im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich demnach um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 BöB i.V.m. Ziff. 13 von Anhang 3 zum BöB.

E. 2.4

Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 77'866'806.- (mit MWST 7.7 % und Optionen) übersteigt der Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.- (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BöB).

E. 2.5

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 2.6

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

E. 3

Das BÖB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese grundsätzlich nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (vgl. Urteil des BVGer B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 4.1 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung - ihr Angebot wurde infolge Ausschlusses nicht berücksichtigt und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt. Sie ist damit formell beschwert.

E. 3.2

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, aber nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" m.H.; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

E. 3.3

Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin mit der Publikation des Zuschlags (nur) implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen, womit die Beschwerdeführerin zu Recht nur die am 5. Juli 2023 publizierte Zuschlagsverfügung angefochten hat, welche grundsätzlich ein rechtsgültiges Anfechtungsobjekt bildet (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. e sowie BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache (1) die Aufhebung des am 5. Juli 2023 auf Simap publizierten Zuschlags und ihres Ausschlusses, (2) die Rückweisung an die Vergabestelle zu zweckdienlichen Erkundigungen betreffend die Einhaltung der Teilnahmebedingungen und das Verständnis der weiteren Anforderungen der Beschwerdegegnerin, (3) eventualiter den Ausschluss der Beschwerdegegnerin und die Erteilung des Zuschlags an sie sowie (4) subeventualiter die

Aufhebung der Ausschreibung und die Neuausschreibung des Auftrags. Sie macht im Wesentlichen geltend, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden und rügt sowohl die Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin als auch den unzulässig tiefen Preis ihres Angebots und die diesbezügliche Prüfung der Vergabestelle.

E. 3.4

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe keine realen Chancen, den Zuschlag zu erhalten. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin hätte nur dann reelle Chancen auf den Zuschlag, wenn ihr Ausschluss unrechtmässig gewesen wäre.

E. 3.5

In der vorliegenden Ausschreibung sind, wie bereits erwähnt, nur zwei Angebote eingegangen, wobei dasjenige der Beschwerdeführerin ausgeschlossen wurde. Würde in dieser speziellen Konstellation mit nur zwei Angeboten der Auffassung der Beschwerdeführerin gefolgt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin rechtsfehlerhaft sei, müsste der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin aufgehoben werden. Die Beschwerdeführerin hätte somit Aussicht darauf, dass eine Neuausschreibung erfolgen würde, bei der sie möglicherweise erneut eine Offerte einreichen könnte und ihre Chancen auf den Zuschlag wären in Takt. Insofern hat sie auch dann ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des Zuschlags, wenn sie dadurch keinen direkten Zuschlag an sich selbst, sondern lediglich eine Neuausschreibung erwirken könnte. Insoweit spielt es entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin keine Rolle, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin unrechtmässig war oder nicht (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7062/2017 vom 16. Februar 2018 E. 7.2 f. "IT-Dienste ASALfutur" und das Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2). Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin eine Chance, den Zuschlag zu erhalten, würde ihrer Argumentation gefolgt, wonach ihr Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden sei und die Rechtswidrigkeit des Angebots der Beschwerdegegnerin zu bejahen wäre. Die Beschwerdeführerin hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 "Monte Ceneri" m.H., Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

E. 3.6

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat sich ausserdem rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

E. 3.7

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 4

Zunächst ist das von der Beschwerdeführerin in der Ergänzung der Beschwerdebegründung gestellte Ausstandsbegehren zu beurteilen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass zwei Mitglieder des Evaluationsteams zur Unternehmensgruppe "D./E._____" gehörten, welche mit der "B._____" Gruppe" enge geschäftliche Beziehungen pflegte. So gehe aus öffentlich zugänglichen Informationen hervor, dass "B._____" eine substantielle Auftraggeberin von "D./E._____" sei. Zur Untermauerung ihrer Ansicht legte die Beschwerdeführerin zwei Pressemitteilungen der D._____. ins Recht, wonach "B._____" "D./E._____" in den Jahren 2011/2012 und 2014 jeweils einen Auftrag erteilt habe. Zudem nimmt die Beschwerdeführerin mit Blick auf das von ihr gestellte Ausstandsbegehren in einer unaufgeforderten Stellungnahme vom 1. Dezember 2023 auf ein bereits in der Beschwerdeschrift erwähntes Infrastrukturprojekt "Pkw-Maut" in Deutschland Bezug. Im besagten Projekt sei es der C._____, einer Joint Venture Gesellschaft bestehend aus der Beschwerdegegnerin und einer weiteren Unternehmung, auf der Grundlage eines Betreibervertrags betreffend die Erhebung der Pkw-Maut in Deutschland freigestanden, mit der Genehmigung der deutschen Bundesregierung Unterauftragnehmer beizuziehen. Aus einer offiziellen Antwort der deutschen Bundesregierung "auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten [...], weiterer Abgeordneter und der Fraktion der FDP" vom 17. Oktober 2019, welche bei den Akten liegt, sei ersichtlich, dass die C._____ die D._____ als Unterauftragnehmerin beauftragt habe. Die Beschwerdegegnerin habe die Zusammenarbeit mit D._____ der deutschen Bundesregierung am 1. April 2019 zur Genehmigung vorgelegt. Die Beschwerdeführerin hält unter Verweis auf die von der Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 17. November 2023 ins Recht gelegte Beilage 19 (eine Pressemitteilung) darüber hinaus fest, dass die C._____ aus einem Schiedsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eine Ausgleichszahlung in Höhe von EUR [...] Mio. erhalten habe, nachdem im Zusammenhang mit der Kündigung des Betreibervertrages eine vergleichsweise Einigung abgeschlossen worden sei. Gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin sei zudem davon auszugehen, dass die erwähnten Geschäftsbeziehungen zwischen den Gruppen "B._____" und "D./E._____" nicht "abschliessend" seien.

E. 4.2

Die Vergabestelle stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die von der Beschwerdeführerin erwähnten Geschäftsbeziehungen mehrheitlich Konzerngesellschaften der "B._____" betreffen, in finanzieller und zeitlicher Hinsicht nicht intensiv gewesen seien und es nicht ersichtlich sei, weshalb bzw. inwiefern die persönliche Interessenlage der beiden Evaluationsteammitglieder von "D./E._____" durch den Ausgang des vorliegenden Beschaffungsverfahrens spürbar tangiert sein solle. Mit Blick auf den relativ kleinen Anbietermarkt für die streitgegenständlichen Leistungen liessen sich gemäss Ansicht der Vergabestelle zudem über eine lange Zeitdauer gewisse Geschäftsbeziehungen unter den wenigen Marktteilnehmern gar nicht vermeiden. Ferner betont die Vergabestelle, dass die Beschwerdegegnerin an der C._____ keine Mehrheitsbeteiligung habe und im Vergaberecht kein Durchgriff auf Konzerngesellschaften einer Anbieterin stattfänden. Ausserdem sei die Rüge bezüglich Verletzung der Ausstandspflicht im Zusammenhang mit der C._____ verwirkt, nachdem sich die Beschwerdeführerin bereits in der Beschwerdeschrift zum Infrastrukturprojekt "Pkw-Maut" in Deutschland in verschiedenster Hinsicht geäussert habe.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass keine engen, regelmässigen oder langjährigen geschäftlichen Beziehungen zur D./E._____-Gruppe bestünden. Der aus

dem Jahr 2014 angeführte Auftrag mache gerademal [...] % des (heutigen) konsolidierten jährlichen Umsatzes der D./E._____-Gruppe aus. Die Zusammenarbeit der C._______ und D._______ sei entgegen der falschen Darstellung der Beschwerdeführerin keine Geschäftsbeziehung zwischen der Zuschlagsempfängerin und der D./E._____-Gruppe. Dem Auftrag fehle es ohnehin auch volumenmässig an jeglicher Relevanz, um eine Befangenheit begründen zu können. Ausserdem verdiene das prozessuale Verhalten der Beschwerdeführerin keinen Schutz, da sie die Zusammenarbeit zwischen der C._______ und der D._______ erst nach Abschluss des Schriftenwechsels aufbringe, obwohl diese Zusammenarbeit aus öffentlich zugänglichen Informationen bereits früher erkennbar gewesen sei.

E. 4.4

Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Insofern haben im Rahmen von Submissionsverfahren auch Anbieter einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1071). Mit dem Inkrafttreten des revidierten BöB sieht Art. 13 BöB neu eine eigenständige Ausstandsregelung vor, wobei die Ausstandsgründe in Abs. 1 Bst. a-d weitgehend identisch mit denjenigen von Art. 10 Abs. 1 lit. a-c VwVG sind und der Auffangtatbestand von Art. 13 Abs. 1 lit. e weniger umfassend ist als derjenige von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG (Trüeb/Clausen, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl. 2021, Art. 13 BöB Rz. 1). Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten grundsätzlich auch für öffentliche Auftraggeberinnen, wobei es im öffentlichen Beschaffungswesen zu verhindern gelte, dass die Anforderungen betreffend Ausstand überspannt werden (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [im Folgenden: Botschaft BöB], BBl 2017 1851 ff., 1915). Art. 13 BöB lautet wie folgt: 1 Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten der Auftraggeberin oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die: a. an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben; b. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen; c. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind; d. Vertreterinnen oder Vertreter einer Anbieterin sind oder für eine Anbieterin in der gleichen Sache tätig waren; oder e. aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen. 2 Ein Ausstandsbegehren ist unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen. 3 Über Ausstandsbegehren entscheidet die Auftraggeberin oder das Expertengremium unter Ausschluss der betreffenden Person. Ein persönliches Interesse nach dem vorliegend möglicherweise in Frage kommenden Bst. a von Art. 13 Abs. 1 BöB liegt vor, wenn das mit der Sache befasste Behördenmitglied entweder direkt oder indirekt betroffen ist (Breitenmoser/Wyeneth, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 3. Aufl. 2023, Art. 10 N. 39 ff.). Der Bst. e von Art. 13 Abs. 1 BöB ist als Auffangtatbestand konzipiert und die dort erwähnten "anderen Umstände", welche die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen, sind anhand des Einzelfalls zu bestimmen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene

tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2 m. H.). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des BGer 1B_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3). Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z.B. eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstandsbe gründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist (Breitenmoser/Wyeneth, a.a.O., Art. 10 N. 91). Kontakte zwischen Auftraggeber und Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen oder bei einer Marktabklärung stellen in der Regel keine ausstandsbe gründenden Umstände dar (Botschaft BÖB, BBl 2017 1851 ff., 1915; Trüb/Clausen, a.a.O., Art. 13 BÖB Rz. 10). Nach konstanter Gerichtspraxis wird gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein angeblicher Ausstandsgrund so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Denn es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des BVer A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2).

E. 4.5

In ihrer Begründung zum Ausstandsbegehren gegen die beiden Evaluationsteammitglieder von "D./E._____" verweist die Beschwerdeführerin auf den Evaluationsbericht, welcher ihr mit den Vorakten am 25. September 2023 in einer teilweisen geschwärtzten Version zugestellt worden sei. Die Beschwerdeführerin vertritt damit implizit den Standpunkt, dass sie erst aufgrund der Vorakten und insbesondere des Evaluationsberichts erfahren habe, dass die beiden betroffenen Kommissionsmitglieder nicht in den Ausstand getreten seien. Soweit die Vorgänge um die C._____ betroffen sind, begründet die Beschwerdeführerin mit keinem Wort, weshalb sie ihre diesbezüglichen Überlegungen erst im Rahmen einer unaufgeforderten Stellungnahme vom 1. Dezember 2023 geltend gemacht und nicht bereits in der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 23. Oktober 2023 vorgebracht hat. Das Fehlen einer solchen Begründung wirkt sich für die Beschwerdeführerin nachteilig aus, weil sie sich in der Ergänzung der Beschwerdebegründung mit den behaupteten langjährigen engen geschäftlichen Beziehungen zwischen der Beschwerdegegnerin und "D./E._____" ausführlich auseinandergesetzt hat und sowohl in der Beschwerde (Rz. 101) als auch in der Ergänzung der Beschwerdebegründung (Rz. 143) bereits darauf hinweist, dass die Beschwerdegegnerin namentlich in Bezug auf die gescheiterte deutsche Pkw-Maut immer wieder in den Medien gewesen sei. Die Beschwerdeführerin stellt sich an keiner Stelle auf den Standpunkt, sie habe die ausstandsbe gründenden Umstände im Zusammenhang mit der C._____ erst nach der Einreichung der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 23. Oktober 2023 erfahren. Sie gibt als Grund für die Einreichung der unaufgeforderten Stellungnahme vom 1. Dezember 2023, welche die C._____ zum Gegenstand hat, an, sie wolle eine wesentliche Falschangabe der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Dauer und Intensität ihrer Geschäftsbeziehung mit der D./E._____ -Gruppe richtigstellen. Die Bekanntheit der Vorgänge um die C._____ und die Kenntnis der Rolle der beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder im

vorliegenden Verfahren ab dem Zeitpunkt der Zustellung des teilweise geschwärzten Evaluationsberichts am 25. September 2023 haben jedoch zur Folge, dass die Beschwerdeführerin den weiteren Verlauf des Verfahrens nicht abwarten durfte, bevor sie sich Rechenschaft darüber ablegte, ob die Vorgänge um die C. _____ ihrer Ansicht nach einen Ausstandsgrund darstellten. Das Versäumnis der Beschwerdeführerin, den Ausstandsgrund im Zusammenhang mit der C. _____ nicht nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, spätestens mit der Einreichung der Ergänzung der Beschwerdebeurteilung vom 23. Oktober 2023, zu benennen, kann nicht damit entschuldigt werden, dass zuerst Klarheit bestehen müssen, ob sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt stelle, die Geschäftsbeziehungen zwischen ihr und "D./E. _____" seien nicht intensiv. Ein solches Zuwarten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und ist rechtsmissbräuchlich, da der angeblich bestehende Ausstandsgrund schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können.

E. 4.6

Selbst wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund im Zusammenhang mit der C. _____ noch als rechtzeitig und nicht als verspätet zu beurteilen wäre, läge - wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt - kein Ausstandsgrund im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. e BöB ("Unabhängigkeit") vor. In diesem Zusammenhang wäre die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Intensität der Geschäftsbeziehungen zwischen "D./E. _____" und "B. _____" genauer zu betrachten. Der letzte Auftrag, den "D./E. _____" von "B. _____" gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin erhalten hat, betraf die Vorgänge um die C. _____ im Jahr 2019 (um die Genehmigung der deutschen Bundesregierung für die genannte Geschäftsbeziehung wurde am 1. April 2019 ersucht). Die beiden weiteren von der Beschwerdeführerin erwähnten Geschäftsbeziehungen betreffen die Jahre 2011/2012 und 2014. Die geltend gemachten Geschäftsbeziehungen zwischen "D./E. _____" und "B. _____" erscheinen daher nicht besonders aktuell und liegen bereits mindestens fünf Jahre zurück. Die wirtschaftliche Beziehung zwischen den beiden Unternehmensgruppen kann aufgrund der drei von der Beschwerdeführerin genannten Aufträge in dreizehn Jahren auch nicht als intensiv gewertet werden. Den Umfang der geltend gemachten Geschäftsbeziehungen zwischen "D./E. _____" und "B. _____" beziffert die Beschwerdeführerin nicht. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin stellen sich auf den Standpunkt, dass der prozentuale Anteil der Auftragssumme der drei erwähnten Aufträge gemessen am Gesamtumsatz von "D./E. _____" gering sei. Der aus dem Jahr 2014 angeführte Auftrag mache gerademal [...] % des (heutigen) konsolidierten jährlichen Umsatzes der D./E. _____-Gruppe aus und dem Auftrag im Zusammenhang mit der C. _____ fehle es volumenmässig an jeglicher Relevanz. Nach Durchsicht der von der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin gegenüber dem Gericht offengelegten Unterlagen (vgl. die mit der Stellungnahme der Vergabestelle vom 17. November 2023 eingereichten Vorakten, Register-Nr. 14 "Aufträge D./E. _____" und die mit der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 17. November 2023 eingereichte Beilage 16) und unter Berücksichtigung der entsprechenden gegenüber dem Gericht ungeschwärzten Ausführungen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin in ihrer jeweiligen Stellungnahme vom 17. November 2023 (Rz. 21 bzw. Rz. 18 ff.) kann das Bundesverwaltungsgericht bestätigen, dass der Umfang der Geschäftsbeziehungen zwischen "D./E. _____" und "B. _____" als gering bezeichnet werden darf. Die kurze Zeitspanne zwischen der Vorlage des entsprechenden Unterauftragnehmervertrags mit "D./E. _____" zur Genehmigung an die deutsche Bundesregierung am 1. April 2019 und der

vorzeitigen Kündigung des Betreibervertrags mit der C._____ im Juni 2019 deutet eher darauf hin, dass keine grösseren geschäftlichen Aktivitäten haben durchgeführt werden können. Das Bundesverwaltungsgericht kann bestätigen, dass der aus dem Jahr 2014 angeführte Auftrag in der Grössenordnung von [...] % des (heutigen) konsolidierten jährlichen Umsatzes der D./E._____-Gruppe liegt und dass die Auftragssumme der Geschäftsbeziehung aus dem Jahr 2011/2012 im [...] anzusiedeln ist. Insgesamt trifft es zu, dass im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung um die C._____ keine volumenmässig bedeutenden Zahlungen an die "D./E._____" geflossen sind. Zusammenfassend besteht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kein Anschein der Befangenheit, da die drei Geschäftsbeziehungen zwischen der Beschwerdegegnerin und "D./E._____" zwölf bzw. zehn und die letzte fünf Jahre zurückliegen und vergleichsweise geringe Auftragssummen betroffen waren. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin keine weiteren Hinweise auf eine angeblich enge Bindung zwischen den betroffenen beiden Evaluationsteammitgliedern und "B._____", auf andere gemeinsame Aktivitäten oder tangierte persönliche Interessen der beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder. Die Unbefangenheitserklärungen der beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder, welche in den Akten liegen und der Beschwerdeführerin in einer geschwärzten Version zugänglich gemacht wurden, sind nicht zu beanstanden. Weitere Informationen betreffend die Offenlegung und Behandlung allfälliger Interessenkonflikte der Mitglieder des Evaluationsteams, die der Beschwerdeführerin oder ihren Rechtsvertretern offengelegt werden könnten, sind nicht ersichtlich. Auf den Hinweis der Vergabestelle, wonach die von der Beschwerdeführerin behaupteten Geschäftsbeziehungen lediglich Konzerngesellschaften betreffen und im Beschaffungsrecht ohnehin keine Durchgriffsmöglichkeit bestünde, muss nicht mehr näher eingegangen werden.

E. 4.7

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin nichts vorbringt, was eine Ausstandspflicht der beiden Evaluationsteammitglieder von "D./E._____" zu begründen vermöchte. Die entsprechende Rüge erweist sich demnach als unbegründet.

E. 5.1

Im vorliegenden Vergabeverfahren gelangte die Vergabestelle unter anderem zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" nicht erfüllt habe. Gemäss Vergabestelle war im Eignungskriterium EK08 für das/die anzugebende/n Referenzprojekt/e der Nachweis zu erbringen, dass die Anbieterin selbst die Rolle als Generalunternehmerin innehatte. Im angegebenen Referenzprojekt Nr. 2 habe aktenkundig und nachweislich die Gesamtverantwortung im Projekt nicht bei der Beschwerdeführerin selbst, sondern bei der von ihr für die vorgesehene Leistungserbringung beigezogenen Subunternehmerin gelegen. Die Beschwerdegegnerin stützt den Standpunkt der Vergabestelle.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht im Zusammenhang mit dem Eignungskriterium EK08 im Wesentlichen geltend, dass sie ein Referenzprojekt ihrer Subunternehmerin als Eignungsnachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums EK08 "Referenzprojekt" habe einreichen dürfen.

E. 5.3

Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem den wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel (Art. 2 Bst. a BöB). Dementsprechend muss es sicherstellen, dass nur Anbieterinnen zugelassen werden, die überhaupt in der Lage sind, den Auftrag zu erfüllen. Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist deswegen die Befähigung jeder einzelnen Bewerberin zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 27 Abs. 1 BöB verlangt daher, dass die Auftraggeberin in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen objektiv erforderliche und überprüfbare Eignungskriterien festlegt, die insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen zur Erfüllung des konkreten Projekts betreffen. Eignungskriterien dienen unter anderem dazu, den Kreis der Anbieterinnen auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (vgl. BVGE 2017/IV/3 E. 4.3.1 "Mobile Warnanlagen"; 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 2.2 "A1 / Weiningen"). Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 564 ff.). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. Urteile des BGER 2C_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 "Engineered Materials Arresting System Piste 28"; 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 "CT-Ersatz Radiologie"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.10.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Die einschlägigen Passagen in der Ausschreibung vom 14. Dezember 2022 bzw. der Berichtigung vom 25. Januar 2023 zum Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt", die gleichlautend auch in den Ausschreibungsunterlagen im Anforderungskatalog (Dokument E-101) enthalten sind, lauten wie folgt (vgl. Ziff. 3.8 der Ausschreibung, Ziff. 4 der Berichtigung sowie Anforderungskatalog, Version 01V01, S. 14 f.): "Referenzprojekt Der Anbieter muss seine Erfahrung mit der erfolgreichen Realisierung von Projekten im Bereich der Verkehrstelematik - und zwar konkret anhand eines oder maximal zweier Referenzprojekte(s) betreffend die Kontrolle der Einhebung von Strassengebühren - nachweisen. Das (die) als Referenzprojekt eingereichte(n) System(e) muss (müssen beide): * zum Zeitpunkt der Angebotseingabe in produktivem Betrieb sein, und * der Anbieter muss den Betrieb des Systems (der Systeme) zumindest auf technischer Ebene führen, oder * er muss zumindest den technischen Support und/oder die Wartung dafür leisten, und * seine (deren) Realisierung oder zumindest seine (deren) letzte umfassende Erneuerung (erkennbar an der (den) öffentlichen Ausschreibung(en) der damit verbundenen Lieferungen und Leistungen oder ähnlich vergleichbaren Merkmalen) muss im Jahr 2014 oder danach erfolgt sein. Das (die beiden) Referenzprojekt(e) muss (müssen) des Weiteren zumindest (kollektiv) folgende Eigenschaften aufweisen, wobei sich der Anbieter bei dessen Realisierung, Erneuerung und/oder Betrieb durchaus fachspezifischer Subunternehmer hat bedienen können (oder auch noch bedient), die unter seiner Gesamtverantwortung tätig (geworden) sind: 1) Die Rolle des ANBIETERS muss die eines Generalunternehmers oder eine gleichwertige sein, d.h. der ANBIETER war (ist) für die vertragskonforme Errichtung und den vertragskonformen Betrieb (oder zumindest die Wartung) des als Referenzprojekt vorgestellten Systems verantwortlich. 2) Der Liefer- und Leistungsumfang des ANBIETERS (einschliesslich seiner Subunternehmer) umfasst zumindest * das Systemdesign; *die Lieferung, Installation, Test und Inbetriebnahme der

Erfassungstechnik; * den Betrieb des Systems auf (zumindest) technischer Ebene oder zumindest die Wartung der Erfassungstechnik; * die Planung und Steuerung der Errichtung der baulichen Infrastruktur zumindest an ausgewählten Standorten. 3) Systemparameter * Es muss sich um ein zumindest auch auf Bild- und/oder Videoerfassung basierendes System zur Erfassung von Fahrzeugen im frei fliessenden Verkehr («multi lane free flow») am Strassennetz eines Landes des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), des Vereinigten Königreiches England (UK) oder der Schweiz zur Kontrolle der Einhebung von Strassenbenützungsgebühren (zumindest von Schwerfahrzeugen) handeln. * Dieses System muss aus stationären und mobilen und/oder transportablen Erfassungseinrichtungen beliebiger Anzahl bestehen, die zumindest o den Zeitpunkt und Ort einer Fahrzeugpassage erfassen, o das FAHRZEUGKENNZEICHEN FRONT und/oder HECK samt dessen Nationalität automatisiert lesen, o die Fahrzeugarten wie z.B. Motorrad, PKW, LKW, Bus, usw. unterscheiden und optional auch weitere Fahrzeugmerkmale wie z.B. Mautpflicht, Achszahl, oder weitere (Sub)Fahrzeugklassen erkennen können, die erfassten Daten in der Folge automatisiert auswerten und die Ergebnisse dieser Auswertungen sowie die Fahrzeugpassage selbst durch signiertes Bild- und Datenmaterial belegen. Dabei muss ein Betrieb zu jeder Tages- und Nachtzeit ohne nennenswerte Einschränkungen sichergestellt sein. Nachweis Die Angaben über das (die beiden) Referenzprojekt(e) erfolgen über das Formblatt (über zwei getrennte Formblätter) E-203, welche(s) als Nachweis der Referenz(en) dem Angebot beizulegen und vom ANBIETER rechtsgültig zu unterzeichnen ist (sind)." In der Ausschreibung (Ziff. 3.6) hält die Vergabestelle unter dem Titel "Subunternehmer" unter anderem Folgendes fest: "Subunternehmer sind zugelassen. Zieht der Anbieter zur Erfüllung seiner Lieferungen und Leistungen Subunternehmer bei, entbindet ihn das nicht von seiner Gesamtverantwortung für den Ausschreibungsgegenstand bzw. im Auftragsfall für die vertragskonforme Realisierung desselben." Im Pflichtenheft (Ziff. 10.3.6) heisst es unter Verweis auf den Anforderungskatalog (Dokument E-101) zu Subunternehmern weiter: "Subunternehmer, die einen wesentlichen Bestandteil der ausgeschriebenen Lieferungen und Leistungen erbringen, sind im Angebot des ANBIETERS (Dokument E-101) mitsamt des ihnen jeweils zugeordneten Liefer- bzw. Leistungsumfanges und ihres Anteils am Angebotsvolumen zu benennen - Details siehe E-101. Wesentlich im Sinne dieser Festlegung ist ein Subunternehmer dann, wenn [...] c) sich der ANBIETER im Rahmen seines Angebotes der Merkmale und/oder Referenzen des Subunternehmers bedient hat, um die in Dokument E-101 definierten Eignungskriterien zu erfüllen." Im Referenzformular E-203 ("Referenzen der Unternehmung"), das mit "Referenzprojekt des Anbieters" betitelt ist und gemäss Ausschreibung für jedes eingereichte Referenzprojekt auszufüllen war, wird neben diversen Angaben wie z.B. einem Kurzbeschreibung der Referenz auch die "Rolle des Anbieters" abgefragt. Im Antwortbereich zur Rubrik "Rolle des Anbieters" wird Folgendes festgehalten: "Generalunternehmer(oder gleichwertige Rolle angeben und ausführen, warum diese gleichwertig sein soll) [Klicken Sie hier, um Text einzugeben]" Eine weitere Rubrik im Referenzformular lautet: "Lieferungen und Leistungen des Anbieters (einschliesslich beteiligter Subunternehmer, die unter seiner Gesamtverantwortung tätig waren bzw. sind) im Zusammenhang mit der Projektsteuerung [...]". Ausserdem enthält das Referenzformular E-203 eine Rubrik zu Subunternehmern: "Falls Subunternehmer eingesetzt wurden: Namen und Rollen der wesentlichen Subunternehmer:" In der ersten Fragenrunde wurde im Zusammenhang mit dem Eignungskriterium EK08 und dem Referenzformular E-203 folgende Frage gestellt: "Im Referenzprojekt des ANBIETERS wurde die Leistung "Planung und Steuerung der

Errichtung der baulichen Infrastruktur zumindest an ausgewählten Standorten" DESSELBEN Referenzprojektes von einem verbundenen Konzernunternehmen erbracht. Das konzernverbundene Unternehmen war nicht als Subunternehmer des ANBIETERS eingebunden. Frage: Lässt der AUFTRAGGEBER dieses Referenzprojekt (gem. E-101 EK08) zu?" Die Antwort der Vergabestelle ist wie folgt: "Eignungskriterien beziehen sich auf Eignung der Anbieterin und nicht eines anderen Unternehmens. [...]."

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin hat zur Erfüllung des Eignungskriteriums EK08 zwei Referenzprojekte eingereicht. Im Referenzprojekt 1 hat die Beschwerdeführerin in der Rubrik "Rolle des Anbieters" im Eingabefeld "A. _____ [...] ist Generalunternehmer" eingegeben. Für das im vorliegenden Verfahren umstrittene Referenzprojekt 2 hat die Beschwerdeführerin im Referenzformular E-203 den Kurzbeschreibung wie folgt festgehalten: "[Die Subunternehmerin] hat gemeinsam mit dem Schwesterunternehmen [...] ein neues elektronisches Mautsystem gebaut und am 1. Dezember 2019 in Betrieb genommen [...]. Das Mautsystem umfasst eine grosse, stationäre Mautkontrollkomponente sowohl bei der Errichtung als auch im Betrieb." In der Rubrik "Rolle des Anbieters" hält die Beschwerdeführerin zum Referenzprojekt 2 Folgendes fest: "[Die Subunternehmerin] hatte die technische Gesamtverantwortung für die Lieferung des Mautprojektes inklusive der stationären Kontrollstellen und für den technischen Betrieb der stationären Mautkontrollstellen im Sinne eines Generalunternehmers." Unbestritten ist, dass im Referenzprojekt 2 nicht die Beschwerdeführerin selber, sondern die von ihr in ihrem Angebot beigezogene Subunternehmerin als Generalunternehmerin aufgetreten ist.

E. 5.5

Umstritten und in der Folge zu beurteilen ist, ob im Eignungskriterium EK08 als Eignungsnachweis ein Referenzprojekt, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als Generalunternehmerin auftrat, zulässig ist.

E. 5.6

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk A9"; Urteil des BVer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Vergleichbare Leistungen oder Arbeiten müssen zwar nicht mit der ausgeschriebenen Leistung identisch, aber dieser doch ähnlich sein und nahekommen (vgl. Urteile des BVer B-4941/2020 vom 6. April 2021 E. 3.8 "2TG Bauherrenvermesser" und B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.10.1 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; Zwischenentscheide des BVer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.7.1

"Erneuerung Videoanlage II" und B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.6.6 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Die Vergabestelle verfügt allerdings nicht nur bei der Formulierung, sondern auch bei der Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 "Réhabilitations des bains"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"). Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich umfasst das Ermessen der Vergabestelle die Beurteilung, ob eine Referenz ausreichend belege, dass eine Unternehmung den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen in der Lage sei (vgl. Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 2.3 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 u. 3.7 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.6.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

E. 5.7

Vor dem Bundesverwaltungsgericht führt die Beschwerdeführerin aus, dass beigezogene Subunternehmer einen wesentlichen Bestandteil der ausgeschriebenen Lieferungen und Leistungen erbringen dürfen. Gemäss lit. c der Ziff. 10.3.6 des Pflichtenhefts sei ein Subunternehmer insbesondere dann wesentlich, wenn sich der Anbieter im Rahmen seines Angebotes der Merkmale und/oder Referenzen des Subunternehmers bedient hat, um die im Dokument E-101 definierten Eignungskriterien zu erfüllen. Demzufolge habe die Beschwerdeführerin das Recht, für den Nachweis der Erfahrung ein Referenzprojekt ihrer für das ausgeschriebene Projekt beigezogenen Subunternehmerin einzureichen. An diesem Verständnis ändere der Wortlaut der Ausschreibung nichts, der "lediglich die im Dokument E-101 definierten Teilnahmebedingungen reflektiert". Die Beschwerdeführerin habe auf die Richtigkeit des Pflichtenheftes als zentrales Dokument der Ausschreibung vertrauen dürfen. Des Weiteren stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil B-4904/2013 vom 14. März 2014 ("Monte Ceneri") in E. 7.2.1 festgehalten, dass der Nachweis der Eignung für die Realisierung eines Werks für denjenigen zu erbringen ist, der das Werk realisiere. Wenn das ein Subunternehmer für ein bestimmtes Leistungspaket sei, dann gelte er für dieses Leistungspaket als Anbieter und es sei zulässig, die Eignung in Bezug auf dieses Leistungspaket durch den betreffenden Subunternehmer nachzuweisen.

E. 5.8

Gemäss der Ansicht der Vergabestelle werde aus der Ausschreibung ersichtlich, dass die Anbieterin in der Rolle als Generalunternehmerin und alleinige Vertragspartnerin der Schweizerischen Eidgenossenschaft die volle Verantwortung für die gehörige Erbringung des ausgeschriebenen Auftrags habe. Die Vergabestelle möchte eine Generalunternehmerin

beauftragen, welche ihr gegenüber vertraglich gesamtverantwortlich und als einzige Vertragspartnerin das Projekt führt und die Leistungen der beigezogenen Dritten wie Subunternehmer koordiniert. Der Vergabestelle habe mit Bezug auf die Rolle des Generalunternehmers im Eignungskriterium EK08 überprüfen wollen, ob eine Anbieterin eine ausreichende eigene Erfahrung in der Rolle als Generalunternehmerin - mit Leistungskoordinationserfahrung - mitbringe. Im Eignungskriterium EK08 werde explizit auf die Anbieterin selbst Bezug genommen und verlangt, dass dieselbe den verlangten Leistungsanteil in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmerin im Rahmen der zugelassenen nachzuweisenden Projekte selbst erbracht haben musste. Im Eignungskriterium EK08 werde also ein eigenes auftragsbezogenes und für die Auftragserfüllung grundlegendes Vorwissen bzw. eine bestimmte Befähigung und Erfahrung der Anbieterin selbst verlangt. Im Eignungskriterium EK08 würden die verlangten Nachweise von Subunternehmern eben gerade nur betreffend einzelne Teilleistungen zugelassen, soweit dieselben nicht die Anbieterin in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmerin selbst zu erbringen habe.

E. 5.9

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, Ziff. 10.3.6 des Pflichtenhefts definiere, ob ein Subunternehmer einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Lieferungen bzw. Leistungen erbringe. Dies jedoch nur aus dem Grund, dass solche Subunternehmer ausdrücklich im Angebot der Anbieterin zu benennen seien. Lit. c der Ziff. 10.3.6 des Pflichtenheftes besage, dass der Beitrag des Subunternehmers namentlich dann als wesentlich gelte, wenn sich der Anbieter der Merkmale und/oder Referenzen bedient habe, um die im Anforderungskatalog E-101 definierten EK zu erfüllen. Umgekehrt bedeute dies jedoch nicht, dass es einem Anbieter in jedem Fall bzw. in Bezug auf jedes Eignungskriterium freistehen würde, dieses mittels Merkmalen und/oder Referenzen seiner Subunternehmer zu erfüllen. Im Eignungskriterium EK08 werde ausdrücklich spezifiziert, dass die Anbieterin selbst für das Referenzprojekt die Gesamtverantwortung getragen haben müsse. Dies stehe im Einklang mit Ziff. 10.3.6 des Pflichtenhefts, wonach der Einsatz von Subunternehmern die Anbieterin nicht von ihrer Gesamtverantwortung für den Ausschreibungsgegenstand entbinde. Unter Bezugnahme auf das Urteil des BVGer B-4904/2013 vom 14. März 2014 ("Monte Ceneri") stellt sich die Beschwerdegegnerin weiter auf den Standpunkt, dass sich eine Anbieterin mangels gegenteiliger Anordnungen in den Ausschreibungsbedingungen Referenzen ihrer Subunternehmer anrechnen lassen könne. Dies gelte aber nur insoweit, als die betreffenden Tätigkeiten, für welche die Referenzen abgegeben werden, gemäss der im Angebot vorgesehenen Arbeitsteilung tatsächlich von der Subunternehmerin ausgeführt werden sollen und dürfen.

E. 5.10

Aufgrund von lit. c der Ziff. 10.3.6 des Pflichtenhefts ist es nicht ausgeschlossen, dass sich der Anbieter der Merkmale und/oder Referenzen eines Subunternehmers bedient, um die Eignungskriterien zu erfüllen. Eine Subunternehmerin, deren Merkmalen und/oder Referenzen sich die Anbieterin zur Erfüllung von Eignungskriterien bedient, ist als wesentlich im Sinne von Ziff. 10.3.6 des Pflichtenhefts aufzufassen und als Folge im Angebot der Anbieterin zu benennen. Über die genannte Anordnung hinaus enthält Ziff. 10.3.6 lit. c des Pflichtenhefts jedoch keine weiteren Regelungen. Insbesondere die Zulässigkeit des sich Bedienens von Merkmalen und/oder Referenzen einer Subunternehmerin zur Erfüllung von Eignungskriterien, und damit die Beantwortung der vorliegend umstrittenen Frage, ob die Beschwerdeführerin im Eignungskriterium EK08 ein

Referenzprojekt, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als Generalunternehmerin auftrat, hat einreichen dürfen, ergibt sich aus anderen Bestimmungen der Ausschreibung. In der berechtigten Ausschreibung und im Anforderungskatalog wird zum Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" unter anderem ausdrücklich festgehalten, dass der Anbieter für die vertragskonforme Errichtung und den vertragskonformen Betrieb (oder zumindest die Wartung) des als Referenzprojekt vorgestellten Systems verantwortlich sein müsse und dass der Anbieter im Referenzprojekt die Rolle des Generalunternehmers oder eine gleichwertige Rolle innehaben müsse. Neben der expliziten Regelung der Rolle des Anbieters im Referenzprojekt befasst sich die berechnete Ausschreibung und der Anforderungskatalog im Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" auch unmissverständlich mit der Zulässigkeit des Bezugs von Subunternehmern. Demnach darf sich der Anbieter bei der Realisierung, Erneuerung und/oder dem Betrieb des Referenzprojekts fachspezifischer Subunternehmer bedienen, sofern diese unter der Gesamtverantwortung des Anbieters tätig geworden sind. In der Formulierung der genannten Anforderung sieht das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Ausführungen der Beschwerdeführerin somit keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Referenzprojekt, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als Generalunternehmerin auftrat, zulässig ist. Mit den genannten Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen und im Eignungskriterium EK08 will die Vergabestelle sicherstellen, dass die Anbieterin eigene Erfahrung in der Rolle als Generalunternehmerin mitbringt und nicht, dass sie ein Referenzprojekt ihrer Subunternehmerin als Eignungsnachweis einreicht. Auch wenn im Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" Merkmale und Referenzprojekte von Subunternehmern nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind, ist die Zulässigkeit des sich Bedienens von Merkmalen und Referenzprojekten einer Subunternehmerin durch den Wortlaut im Eignungskriterium EK08 nach dem Gesagten eingeschränkt. Insbesondere setzt die Zulässigkeit des Bedienens von Merkmalen und Referenzprojekten einer Subunternehmerin gemäss klarem Wortlaut voraus, dass die Gesamtverantwortung des entsprechenden Referenzprojekts bei der Anbieterin gelegen hat. Die Einschränkung dient damit auch der Vermeidung von Widersprüchen, da im Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" ohnehin vorgeschrieben ist, dass die Anbieterin ihre Erfahrung anhand von Referenzprojekten nachweisen müsse, in welchen sie die Rolle als Generalunternehmerin oder eine vergleichbare Rolle innehatte. Mit anderen Worten nehmen die Ausschreibungsunterlagen im Eignungskriterium EK08 zum einen explizit und in diesem Sinne erkennbar auf die Rolle der Anbieterin selbst Bezug und verlangen, dass dieselbe die Rolle als Generalunternehmerin (oder eine gleichwertige Rolle) im Referenzprojekt ausgeübt hat. Die Ausschreibungsunterlagen unterscheiden zum anderen auch eindeutig und klar zwischen der Rolle der Anbieterin im Referenzprojekt (Ziff. 1 im Eignungskriterium EK08) und dem referenzprojektbezogenen Liefer- und Leistungsumfang (Ziff. 2 im Eignungskriterium EK08), der auch Teilleistungen einer Subunternehmerin erlaubt. Mit dem Verständnis der Beschwerdeführerin, dass sie ein Referenzprojekt einreichen darf, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als Generalunternehmerin aufgetreten ist, würde zumindest aus der Optik der Vergabestelle und der Ausschreibungsunterlagen die explizit in den Ausschreibungsunterlagen aufgestellte Anforderung, dass die Anbieterin im Referenzprojekt die Rolle als Generalunternehmerin selber innehaben muss, missachtet.

E. 5.11

Im Referenzformular E-203 ("Referenzen der Unternehmung"), das mit "Referenzprojekt des Anbieters" betitelt ist und gemäss Ausschreibung für jedes eingereichte Referenzprojekt auszufüllen war, wird ebenfalls zwischen der (zwingenden) Rolle der Anbieterin als Generalunternehmerin und anderen Teilleistungen unterschieden, die auch von einer Subunternehmerin erbracht werden könnten. Auch mit Blick auf die von Subunternehmerinnen erlaubten Teilleistungen wird im Referenzformular E-203 explizit nochmals festgehalten, dass die Subunternehmerinnen unter der Gesamtverantwortung der Anbieterin tätig waren bzw. sein müssen. Diese Formulierung schliesst damit ebenfalls aus, dass die Beschwerdeführerin ein Referenzprojekt, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als Generalunternehmerin tätig war, hat einreichen dürfen. Ebenso lassen die durchgeführten Frage- und Antwortrunden kein anderes Verständnis zu, da ausdrücklich erwähnt wurde, dass sich die Eignungskriterien auf die Eignung der Anbieterin und nicht eines anderen Unternehmens beziehen.

E. 5.12

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" und die Angaben im Pflichtenheft nicht in guten Treuen so verstehen durfte, dass im Eignungskriterium EK08 als Eignungsnachweis ein Referenzprojekt, in welchem ihre Subunternehmerin in der Rolle als gesamtverantwortliche Generalunternehmerin auftrat, zulässig ist. Vielmehr ist die Ansicht der Vergabestelle zutreffend, wonach im Eignungskriterium EK08 explizit auf die Anbieterin selbst Bezug genommen und verlangt wurde, dass dieselbe den verlangten Leistungsanteil in ihrer Eigenschaft als Generalunternehmerin im Rahmen der zugelassenen nachzuweisenden Referenzprojekte selbst erbracht haben musste. Die Beschwerdeführerin hatte im von ihr angegebenen Referenzprojekt 2 aktenkundig und unbestritten nicht die Rolle als Generalunternehmerin inne. Damit hat sie das Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" nicht erfüllt und war vom Verfahren auszuschliessen.

E. 5.13

Die Beschwerdeführerin stellt sich ferner auf den Standpunkt, sie sei nicht vom Verfahren ausgeschlossen, sondern ihr Angebot sei durchevaluiert worden. Aus dem Evaluationsbericht (insb. Ziff. 6.22, 6.32, 6.4 und 6.5) ergibt sich, dass das Angebot der Beschwerdeführerin trotz Ausschlusses zu Informationszwecken im Sinne eines Überblicks ausgewertet worden ist. Aus der Durchevaluation ihres Angebots kann die Beschwerdeführerin jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, denn diese vermag am gegebenen Ausschlussgrund nichts zu ändern (vgl. zur Durchevaluation auch hinten E. 6.6). Die Beschwerdeführerin bringt im Übrigen zu Recht nicht vor, dass der Ausschluss unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch sei.

E. 5.14

Zusammenfassend bleibt es dabei, dass der mit der Publikation des Zuschlags implizit erfolgte Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren rechtmässig ist. Soweit die Beschwerdeführerin den Antrag auf Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 5. Juli 2023 mit der Unrechtmässigkeit ihres Ausschlusses begründet, ist er abzuweisen.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht gestützt auf Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB geltend, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin hätte ausgeschlossen werden müssen. Zur Begründung führt sie an, dass der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin

ungewöhnlich tief sei und die Vergabestelle diesbezüglich ihrer Nachfragepflicht nicht nachgekommen sei.

E. 6.1

Art. 38 BöB mit der Überschrift "Prüfung der Angebote" hält in Abs. 3 Folgendes fest: "Geht ein Angebot ein, dessen Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss die Auftraggeberin bei der Anbieterin zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden." Gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB kann die Vergabestelle eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe unter anderem der folgende Sachverhalt zutrifft: "Sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen."

E. 6.2

Der Ausdruck in Art. 38 Abs. 3 BöB, ein Angebot das "ungewöhnlich niedrig erscheint", stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. In Rechtsprechung und Doktrin ist anerkannt, dass eine Rechtsmittelinstanz, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt oder gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde auf Grund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde auf Grund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des sog. "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Die Rechtsmittelinstanz weicht in derartigen Fällen nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab und stellt im Zweifel nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Vorinstanz (vgl. BGE 135 II 384 E. 2.2.2; 135 II 296 E. 4.4.3; 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen). Bezüglich der Frage, ob ein Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheint, ist der Vergabestelle ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (Urteil des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 "NEB Contournement Le Locle").

E. 6.3

Sinn und Zweck der Prüfung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, ist primär die Sicherstellung eines fairen Verfahrens. Die Teilnahmebedingungen und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung müssen hierfür zwingend eingehalten werden (vgl. Di Ciccio Domenico, *Le prix en droit des marchés publics - Le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre*, AISUF 2022, Rz. 1341 f.). Ein Angebot mit einem

ungewöhnlich niedrigen Preis stellt an sich noch kein Problem im Hinblick auf das öffentliche Beschaffungsrecht dar, da die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei sind (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 1851 ff., 1953 [nachfolgend: Botschaft Totalrevision BöB]; BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos"; Urteile des BGer 2D_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4 "Baumeisterarbeiten Graubünden - Ausschluss wegen ungewöhnlich tiefer Preise" und 2D_1/2024 vom 1. März 2024 "construction d'un bâtiment aux Avanchets" E. 3.3 sowie BVGE 2011/40 E. 4.5 "gallerie Aiolo-Quinto" und Urteil des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 "NEB Contournement Le Locle"). Nichtsdestotrotz ist die Vergabestelle unter den genannten Bedingungen gemäss Art. 38 Abs. 3 BöB zu zweckdienlichen Erkundigungen verpflichtet ("muss"). Diese Verpflichtung steht im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 4 der altrechtlichen Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 518 ff., aVöB), welcher auf den 1. Januar 2010 in Kraft trat (AS 2009 6149 ff., insb. 6154), der eine Prüfmöglichkeit ("kann") statuierte. Demnach konnte die Auftraggeberin, die ein Angebot erhielt, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten aussergewöhnlich niedrig war, bei der Anbieterin Erkundigungen darüber einholen, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 11 des alten Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (AS 1996 508 ff., aBöB) vorlag, wobei Unterangebote in Art. 11 aBöB nicht als Ausschlussgrund erwähnt waren und - wie auch neurechtlich - nicht zwingend zum Ausschluss führten (vgl. BVGE 2017/IV/4 E. 3.3 "Publicom"). Kann eine Anbieterin, die ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, die Erfüllung der Teilnahmebedingungen nicht garantieren oder überzeugend versichern oder etwaige Zweifel daran ausräumen, dass die Leistung zu dem angebotenen Preis gemäss der Ausschreibung erbracht wird, kann ihr Angebot in Anwendung von Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB ausgeschlossen oder aus diesem Grund, nicht aber wegen des niedrigen Preises, schlechter bewertet werden (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos"). Das öffentliche Beschaffungsrecht verbietet also nicht die Vergabe eines Auftrags zu einem Preis unterhalb der Gestehungskosten der Leistung, sofern vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Auftrag korrekt ausgeführt wird; dies gilt sogar auch dann, wenn ein Angebot zahlreiche Positionen zu 0 Franken enthält (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Wallis A1 16 85 vom 16. September 2016 E. 4.2). Es geht also für die Vergabestelle im Wesentlichen darum, zu überprüfen, ob die Anbieterin tatsächlich in der Lage ist, die verlangten Leistungen zu erbringen (vgl. Urteil des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 m.w.H. "NEB Contournement Le Locle"). Bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot reicht es nicht aus, die Anbieterin zu fragen, ob sie die offerierten Preise bestätigt, sondern sie muss aufgefordert werden, diese zu begründen, und wenn keine zufriedenstellende Antwort auf solche Fragen erfolgt, kann sie als Folge ausgeschlossen werden (BGE 141 II 353 E. 8.3.2 "Krankenhaus Riviera Chablais"; 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; 130 I 241 E. 7.3 f. "trenchée couverte A9").

E. 6.4

Der allfällige Ausschluss einer Offerte mit einem "ungewöhnlich niedrigen" Preis bleibt gemäss Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB explizit fakultativ. Der Ausschluss erfolgt also nicht automatisch; er liegt im Ermessensspielraum der Vergabebehörde (vgl. Urteil des BGer 2D_1/2024 vom 1. März 2024 "construction d'un bâtiment aux Avanchets" E. 3.4). In jedem Fall muss die der Vergabestelle eingeräumte Möglichkeit, eine Anbieterin auszuschliessen oder ihr Angebot nicht zu berücksichtigen, unabhängig vom Ausschlussgrund die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Verbots von

übermässigem Formalismus beachten (vgl. Urteil des BGer 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 3 m.w.H. "Bauarbeiten N5-Umfahrung Biel").

E. 6.5

Zur Frage, wann der Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Beschaffungsrechtsrevision nichts legifertiert, womit mithin auf die in der Praxis bestehenden Anhaltspunkte abgestellt werden kann. Ein "ungewöhnlich niedriges Angebot" kann als eine Offerte aufgefasst werden, die das Vorliegen eines Unterangebots vermuten lässt (vgl. BVGE 2017/IV/4 E. 3.2 "Publicom"). Unterangebote, d.h. Angebote, in denen ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter seinen Gestehungskosten liegt, sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes, wie bereits erwähnt, grundsätzlich zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.5) und stellen, wie bereits erwähnt, per se noch kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen unlautere Angebote im Sinne des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Unlauter ist ein Angebot, wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren. Der Ausschluss eines ungewöhnlich tiefen Angebots kann zudem im Einzelfall geboten sein, wenn infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht. Ein Ausschluss einer Anbieterin ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen, dass sie effektiv nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen (vgl. Botschaft Totalrevision BöB, BBl 1851 ff., 1953). In der kantonalen Rechtsprechung wird teilweise anhand einer prozentual festgelegten Schwelle bestimmt, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu vermuten ist. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot wäre danach insbesondere dann anzunehmen, sofern der Angebotspreis zu einem bestimmten Prozentsatz unterhalb eines Durchschnittspreises der eingegangenen Angebote läge (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Genf ATA/1389/2019 vom 17. September 2019 E. 7; Urteile des Kantonsgerichts Waadt MPU.2020.0002 vom 31. Juli 2020 E. 5, MPU.2020.0019 vom 11. Dezember 2020 E. 3 und MPU.2019.0003 vom 19. Juni 2019 E. 2). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geht nicht von einem arithmetischen Kriterium zur Ermittlung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises aus, sondern verlangt, dass die Vergabestelle die Seriosität des zweifelhaften Angebots unter Prüfung aller Gesichtspunkte, die sich auf die betreffende Ausschreibung und die Angebotsbedingungen beziehen, festzustellen hat (vgl. Urteile des EuGH vom 15. September 2022 C-669/20 Veridos Rn 34 ff. m.w.H. sowie vom 27. November 2001 C-285/99 und C-286/99 Lombardini und Mantovani Rn. 67 ff.). Im vorliegenden Verfahren ist die besondere Konstellation zu berücksichtigen, dass nur zwei Angebote eingereicht wurden und somit nicht mehrere preisliche Referenzpunkte bestehen, die gegenseitig und vergleichend abzuwägen wären oder helfen würden, ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu identifizieren, das unter einem Durchschnittspreis läge. Der Wortlaut von Art. 38 Abs. 3 BöB geht in allen drei Landessprachen aber davon aus, dass zum Vergleich mehr als nur ein Konkurrenzangebot zur Verfügung steht. Es scheint deshalb fraglich, ob die Bestimmung bei der vorliegenden Konstellation, mit nur einem Mitbewerber, überhaupt anwendbar wäre. Die Frage kann offengelassen werden. Denn selbst wenn von der - allenfalls auch nur analogen Anwendbarkeit - von Art. 38 Abs. 3 BöB auszugehen wäre, müsste die Rechtslage

berücksichtigt werden, dass Unterangebote nicht per se gestützt auf Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB zum Ausschluss führen, sofern die Prüfung durch die Vergabestelle ergibt, dass die Anbieterin in der Lage ist, den Auftrag entsprechend den gestellten Bedingungen und Anforderungen zu erfüllen und sie unter Beachtung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zum Ergebnis gelangt, dass nicht von einem Unterangebot auszugehen ist (vgl. oben E. 6.1 ff. sowie nachfolgend E. 6.6 ff.).

E. 6.6

Zur Begründung des angeblich ungewöhnlich niedrigen Preises des Angebots der Beschwerdegegnerin (Fr. 77'866'806.-) führt die Beschwerdeführerin aus, dieser Preis liege rund 50 % unter ihrem Angebotspreis (Fr. [...]; der Angebotspreis der Beschwerdeführerin wurde gegenüber der Beschwerdegegnerin im Evaluationsbericht offengelegt), der einen verlässlichen Referenzpreis darstelle, da er auf einer vernünftigen Risikoeinschätzung und einer kostendeckenden Betriebsweise basiere. Zudem weiche der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin signifikant von den Richtwerten des Bundesrates und des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) ab. Das EFD habe den Betrag des erforderlichen Verpflichtungskredits für die erwarteten Investitionsausgaben im Zusammenhang mit der Beschaffung und Realisierung der neuen Erfassungssysteme für die LSVA geschätzt. Es sei davon ausgegangen, dass die Investitionsausgaben für die Beschaffung und Realisierung sowie Erneuerung der Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur 142 Mio. Fr. betragen würden. Der Bundesrat habe die Investitionskosten für die Realisierung der LSVA III auf rund 138 Mio. Fr. geschätzt. Insbesondere gestützt auf verschiedene von ihr eingeholte "Spezialisten"-Berichte stellt sich die Beschwerdeführerin zudem auf den Standpunkt, dass die Abweichung des Preises des Angebots der Beschwerdegegnerin zu den in der Praxis realistisch geschätzten Preisen nicht nachvollziehbar sei und ein unzulässiges Unter- bzw. Dumpingangebot darstelle. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin handle es sich aufgrund der detaillierten Spezifikationen und Anforderungen an den Leistungs- und Lieferumfang auch nicht um eine funktionale Ausschreibung. Die Vergabestelle stellt sich zusammenfassend auf den Standpunkt, es liege kein ungewöhnliches oder ungewöhnlich niedriges Angebot der Beschwerdegegnerin vor. Die Vergabestelle sei ihrer Prüfpflicht im Preispunkt ausreichend nachgekommen. Sie habe keinen Anlass gehabt, Zweifel an der Verlässlichkeit des angebotenen Preises der Beschwerdegegnerin oder an deren Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zu hegen. Die Beschwerdegegnerin stellt sich unter anderem auf den Standpunkt, dass es sich um eine funktionale Ausschreibung handle, weshalb es von Vorneherein nicht möglich sei, anhand von Preisschätzungen anderer Anbieter zu ihrer jeweils eigenen Lösung einen Marktpreis für die ausgeschriebenen Leistungen zu ermitteln. Keiner der von der Beschwerdeführerin befragten Spezialisten habe Einsicht in die funktionale Lösung und Kostenstruktur der Beschwerdegegnerin gehabt, womit deren "Berichte" untauglich seien. Ausgehend von diesen Parteistandpunkten ist mit der entsprechenden Zurückhaltung (vgl. E. 6.2) zu prüfen, ob die Einschätzung der Vergabestelle, wonach der Angebotspreis der Offerte der Beschwerdegegnerin nicht ungewöhnlich niedrig erscheint, vertretbar ist, womit eine Nachfragepflicht entfielen und auch keine Grundlage für einen (fakultativen) Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin bestünde. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass die Einschätzung der Vergabestelle, wonach der Angebotspreis der Offerte der Beschwerdegegnerin nicht ungewöhnlich niedrig erscheint, keine Überschreitung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums darstellt und nicht zum Ausschluss des Angebots der

Beschwerdegegnerin führen muss.

E. 6.7

Auf eine Schätzung des voraussichtlichen Auftragswerts durch die Auftraggeberin im Sinne von Art. 15 Abs. 1 BöB, soweit eine solche überhaupt bestehen sollte, nimmt vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Verfahrenspartei Bezug. Neben dem Angebotspreis der Beschwerdegegnerin von Fr. 77'866'806.- steht als Vergleichsgrösse insbesondere der Angebotspreis der Beschwerdeführerin von Fr. [...] im Raum.

E. 6.8

Gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin bestätigt sich die Verlässlichkeit ihres eigenen Angebotspreises von Fr. [...] als Vergleichspreis aufgrund einer Kostenschätzung des EFD für das ausgeschriebene Projekt in Höhe von 142 Mio. Fr. Soweit eine Kostenschätzung des EFD als Referenzpreis überhaupt zulässig bzw. relevant ist, gilt in casu Folgendes: Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin beläuft sich die Kostenschätzung des EFD im erläuternden Bericht zur Änderung des Schwerverkehrsabgabegesetzes und der Schwerverkehrsabgabeverordnung vom 11. August 2021 nicht pauschal auf 142 Mio. Fr. Bereits in der Übersicht auf Seite 3 hält das EFD Folgendes fest: "Die notwendige Neubeschaffung der zu ersetzenden strassenseitigen Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur wird je nach Ausgestaltung und Umfang Investitionskosten von schätzungsweise 50 - 90 Millionen Franken sowie Rückbaukosten für nicht mehr benötigte Systemteile von 10 - 20 Millionen Franken (beides ohne Reserven und MWST) sowie jährliche Betriebskosten zwischen 11 und 20 Millionen Franken verursachen. Dies soll mit einem Verpflichtungskredit realisiert werden." Im Kapitel "finanzielle Auswirkungen" unter dem Titel "Kostenschätzung" erläutert das EFD, dass die genannten Beträge auf einer groben Kostenschätzung der EZV, dafür beigezogener Experten sowie auf Erfahrungswerten von 20 Jahren LSVA basierten. Im gleichen Kapitel unter dem Titel "Investitionskosten" hält das EFD sodann fest, dass es sich um eine grobe Kostenschätzungen handle. Es wiederholt die in der Übersicht genannten Beträge für die Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur von 50-90 Mio. Fr. (je nach Ausgestaltung und Umfang) und für die Rückbaukosten für die nicht mehr benötigten Systemteile von 10-20 Mio. Fr. Es erwähnt zudem, dass die Erneuerung der Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur mit einem Verpflichtungskredit in der Höhe von 142 Mio. Fr. realisiert werden solle. Dieser Betrag für den Verpflichtungskredit setze sich wie folgt zusammen (vgl. Erläuternder Bericht zur Änderung des Schwerverkehrsabgabegesetzes und der Schwerverkehrsabgabeverordnung vom 11. August 2021, S. 37): Die Positionen "Beschaffung stationäre Anlagen Grenze und Inland", budgetiert mit 30 Mio. Fr., und die Position "Beschaffung mobile Anlagen", budgetiert mit 60 Mio. Fr. ergeben addiert 90 Mio. Fr. und die Position "Rückbaukosten" ist mit 20 Mio. Fr. angegeben. Es handelt sich um die Maximalwerte der zuvor erwähnten groben Kostenschätzung, welche das EFD der Tabelle zu Grunde legt. Hinzu kommt eine Reserve von 20 % für Kostenungenauigkeiten und die MWST, womit in der Tabelle die Investitionen für die Beschaffung und Realisierung mit 142 Mio. Fr. ausgewiesen werden und dies dem Verpflichtungskredit entspricht, der beantragt werden soll. Der Verpflichtungskredit muss in keiner Weise zwingend ausgeschöpft werden, sondern stellt in casu die vom EFD erwarteten maximalen Kosten für die Erneuerung der Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur dar. Ohne Berücksichtigung der Reserven von 22 Mio. Fr. und unter Anwendung der minimalen Beträge, welche das EFD seiner groben Kostenschätzung zu Grunde gelegt hat, namentlich 50 Mio. Fr. für die Erfassungs- und Kontrollinfrastruktur und

10 Mio. Fr. für die Rückbaukosten, weicht der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin nicht mehr derart klar von den vom EFD erwarteten Kosten ab. Die Kostenschätzung des EFD im erläuternden Bericht zur Änderung des Schwerverkehrsabgabegesetzes und der Schwerverkehrsabgabeverordnung vom 11. August 2021 deutet zusammenfassend also nicht darauf hin, dass in der vorliegenden Ausschreibung nur ein Angebotspreis in der Grössenordnung des Angebots der Beschwerdeführerin von Fr. [...] zu erwarten war oder dass der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin von Fr. 77'866'806.- ungewöhnlich niedrig erscheinen musste.

E. 6.9

Im Zusammenhang mit der Botschaft zur Änderung des Schwerverkehrsabgabegesetzes und zum Verpflichtungskredit für die Finanzierung eines neuen Systems für die Erhebung der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe vom 31. August 2022 hält die Beschwerdeführerin fest, der Bundesrat schätze die Investitionskosten für die Realisierung der LSVA III auf rund 138 Mio. Fr. Zur Begründung führt sie lediglich eine Tabelle aus der Botschaft an und nimmt Bezug auf Investitionskosten von 66,5 Mio. Fr. und Betriebskosten von 71,4 Mio. Fr. für ein "stationäres Kontrollsystem (SKS)". Darüber hinaus erläutert die Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht in keiner Eingabe, was unter einem "stationären Kontrollsystem (SKS)" zu verstehen ist und inwieweit diese Kostenschätzung des Bundesrates auf das ausgeschriebene Projekt anzuwenden ist. Für das Bundesverwaltungsgericht ist, wie dies auch die Beschwerdegegnerin festhält, nicht nachvollziehbar, welche Leistungspositionen und Teilkosten in der genannten Schätzung des Bundesrates genau enthalten sind und inwiefern diese mit der streitgegenständlichen Beschaffung übereinstimmen. Aus der von der Beschwerdeführerin angeführten Kostenschätzung des Bundesrates kann vorliegend, ohne weitere Angaben und Erläuterungen, jedenfalls ebenfalls nicht geschlossen werden, dass der Angebotspreis der Beschwerdegegnerin von Fr. 77'866'806.- ungewöhnlich niedrig ist und sich in der vorliegenden Ausschreibung ein Angebotspreis zwingend in der Grössenordnung von 138 Mio. Fr. zu bewegen hatte.

E. 6.10

Im Kapitel 3 des Pflichtenheftes wird das Preisverzeichnis erläutert. Demnach verstehen sich die von den Anbieterinnen anzugebenden Preisangaben als pauschale Einheitspreise je Leistungsposition mit jeweils dazugehörigen Mengengerüsten. Die anzugebenden Angebotspreise sind im Preisverzeichnis neben einer Gesamtübersicht unterteilt in die Bereiche Erfassungstechnik, Bau- und Baunebenleistungen, Betrieb und einer ergänzenden Preisliste für sonstige Leistungen, sowie einem Zahlungsplan (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. September 2023, Rz. 69 und Vorakten, E-500 - ESTR Preisverzeichnis - 01v00). Vor dem Bundesverwaltungsgericht hält die Vergabestelle fest, die Preisangaben der Anbieterinnen seien aufgrund der Struktur und inhaltlichen Ausgestaltung des Preisverzeichnisses einer objektiven Prüfung und einem Vergleich der Preisangaben zugänglich. Die Vergabestelle erklärt, dass sie die Preisangaben der Zuschlagsempfängerin im Gesamtkontext des Beschaffungsvorhabens geprüft und verifiziert habe. Konkret habe sie einen Vergleich der Preisangaben der beiden Anbieterinnen zu den jeweiligen Einzelpreispositionen angestellt sowie dazugehörige Erfahrungswerte von Fachexperten aus anderen Projekten im Bereich von zu beschaffenden Mautsystemen im Ausland herbeigezogen. Die Vergabestelle habe gemäss ihren eigenen Ausführungen aufgrund ihrer Analyse, ihren dazugehörigen eigenen Erkundigungen, der

erfüllten Mussanforderungen sowie der hohen erreichten Punktwerte bei den Qualitätskriterien seitens der Zuschlagsempfängerin keinen Anlass gehabt, an der Verlässlichkeit der von der Beschwerdegegnerin angebotenen Preise zu zweifeln, zumal sie, die Vergabestelle, das Angebot der Beschwerdegegnerin unter den Qualitätskriterien besser bewertet habe als dasjenige der Beschwerdeführerin im Rahmen der "Durchevaluation". Die Beschwerdegegnerin hat nach dem Gesagten in ihrer Offerte für die Vergabestelle nachvollziehbar darlegen können, dass sie die offerierten Preise einzuhalten vermag. Die Ausführungen der Vergabestelle belegen, weshalb ihrer Ansicht nach mit dem Angebot der Beschwerdegegnerin kein erhebliches Vergaberisiko verbunden ist und weshalb sie sich mit der im Rahmen der Angebotsüberprüfung erfolgten Kontrolle zufrieden gab. Es steht der Vergabestelle frei, dass sie für diese Beurteilung auch die Erkenntnisse betreffend die Bewertung der Qualitätskriterien aus der "Durchevaluation" mitberücksichtigt (vgl. vorne E. 5.13). Die Vergabestelle hat in dieser Hinsicht die Offerte der Beschwerdegegnerin besser bewertet als jene der Beschwerdeführerin und ist somit von der technischen Lösung des Angebots der Beschwerdegegnerin überzeugt. Gegenteilige Anhaltspunkte, die konkret auf ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Beschwerdegegnerin hingedeutet hätten, sind nicht ersichtlich. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil nur zwei Anbieterinnen ein Angebot eingereicht haben. Ein Vergleich mit mehreren anderen Angeboten, wie von Art. 38 Abs. 3 BöB vorausgesetzt, war somit in casu von vorneherein ausgeschlossen. Die Herangehensweise der Vergabestelle, dass sie zur Prüfung der Preise unter anderem Erfahrungswerte von Fachexperten aus anderen Projekten herangezogen hat, war daher im Sinne einer Verifizierung angebracht. Hinweise darauf, dass der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin unlauter ist, sind nicht ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Der Schluss der Vergabestelle im Rahmen der Beurteilung der konkreten Offerten, dass kein "ungewöhnliches oder ungewöhnlich niedriges Angebot" der Beschwerdegegnerin vorliege, ist damit und mangels konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte nach dem bisher Gesagten nicht zu beanstanden.

E. 6.11

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin Preisschätzungen von drei "Spezialisten" in drei Teilbereichen des ausgeschriebenen Projekts (Sensorik, Bauleistung und Betrieb) ins Recht gelegt (vgl. Beschwerde, Ziff. 1.1.2). Sie möchte anhand der Preisschätzungen in den drei Teilbereichen aufzeigen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin ungewöhnlich tief ist. Die Preisschätzung des Spezialisten im Teilbereich Sensorik weist einen Preis von 40 Mio. Fr. aus. Der entsprechende Bericht des Spezialisten legt, wie dies die Beschwerdegegnerin geltend macht, nicht dar, auf Basis welcher System- und Realisierungskonzepte der ausgewiesene Preis von 40 Mio. Fr. zustande gekommen ist. Insoweit ist ein Vergleich mit dem Lösungskonzept der Beschwerdegegnerin (und dem offerierten Preis in diesem Teilbereich) nicht möglich. Eine zweite von der Beschwerdeführerin beauftragte Spezialistin zum Teilbereich "Bauleistung" führt aus, dass der Angebotspreis der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Bauleistung von rund 40 Mio. Fr. um 50 % hätte reduziert werden können, wenn eine weniger bauintensive Variante gewählt worden wäre. Es ist damit gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Preisschätzung denkbar, dass der von der Beschwerdegegnerin im Teilbereich "Bauleistung" offerierte Preis um rund die Hälfte hätte niedriger sein können. Im Teilbereich "Betrieb" hat die Beschwerdeführerin ein einseitiges Schreiben ihrer Subunternehmerin (und nicht eines "Dritten") eingereicht. Darin hält die Subunternehmerin der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der

Leistungserbringung innerhalb der Schweiz, dem Einsatz von qualifiziertem Schweizer Personal und der Einhaltung der Arbeitsschutz- und Arbeitsbedingungen, der Lohngleichheit und des Umweltrechts in allgemeiner Art und Weise fest, dass sie sich einen tieferen Angebotspreis nicht vorstellen könne. Der Bericht enthält jedoch keinerlei Substantiierung. Die Beschwerdeführerin kann aus dem Bericht zum Teilbereich "Betrieb" daher nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal die Einschätzung der Subunternehmerin dem eingereichten Angebot der Beschwerdeführerin zu Grunde liegt. Insgesamt vermag der Preisvergleich der Beschwerdeführerin anhand der erwähnten Preisschätzungen der von ihr bezeichneten Spezialisten die bisherige Beurteilung nicht in Frage zu stellen.

E. 6.12.1

Die Vergabestelle hat die Ausschreibung nach eigenen Angaben funktional ausgestaltet. Gemäss Ansicht der Vergabestelle seien daher unterschiedliche Lösungsangebote mit verschiedenen Faktoren und grösseren Preisdifferenzen zu erwarten gewesen (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle, Rz. 71 ff.). In der Stellungnahme zur Ergänzung der Beschwerdebeurteilung vom 17. November 2023 (Rz. 27 ff.) legt sie zudem dar, dass sich in der vorliegenden Ausschreibung verschiedene zwingende Anforderungen als Zielvorgaben aus fachlichem und technischem Grund sowie sonstigen Anforderungen ergeben würden. Die Beschwerdegegnerin geht ebenfalls von einer funktionalen Ausschreibung aus. Hingegen ist die Beschwerdeführerin der Ansicht, dass die Anbieterinnen bei der Lösungsgestaltung aufgrund der detaillierten und weitgehenden Vorgaben der Vergabestelle nicht über nennenswerte Gestaltungsspielräume verfügt hätten. Daher könnten die signifikanten Preisunterschiede zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin nicht mit dem Argument der funktionalen Ausschreibung erklärt und legitimiert werden.

E. 6.12.2

Bei einer funktionalen Ausschreibung wird das Beschaffungsziel beschrieben, ohne dass der Gegenstand und Umfang der Leistung abschliessend und genau umschrieben würden. Die technische Lösung muss vom Anbieter selbst erarbeitet werden. Je komplexer der Auftragsgegenstand ist, desto eher stellt sich die Frage, ob die Ausschreibung funktional ausgestaltet werden könnte. Eine solche Ausgestaltung ist sinnvoll, wenn auf Anbieterseite Kreativität und Innovation gefragt ist. Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung sind gewisse Mindestangaben unverzichtbar (vgl. Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.1.3 und 7.5.3.1 m.H. "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.3.1 m.H. "trattamento acque Monte Ceneri").

E. 6.12.3

Die Vergabestelle hat im Dokument "E-400 ESTR Spezifikation 01v01 - 20230123 - Korrigendum" (Spezifikation des ausgeschriebenen Erfassungssystems und den Anforderungen an dessen Realisierung und dessen Betrieb, vgl. Beschwerdebeilage 17) den Leistungs- und Lieferumfang detailliert festgelegt. Die Rechtsprechung hat, wie bereits erwähnt, anerkannt, dass gewisse Mindestangaben auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung unverzichtbar sind (vgl. oben E. 6.12.2). Beispielsweise ist in casu aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, dass die Systemarchitektur des ESTR mit dem Datennetzwerk des Bundes interagieren können muss (vgl. E-400 ESTR Spezifikation, S. 5 [z.B.: "Die Daten einer Fahrzeugdetektion werden dabei von den Erfassungsanlagen unmittelbar und ungeprüft aber dafür möglichst zeitnah über das BV-Netz des Bundes

direkt den Anwendern der Gruppe Intervention in Form eines Detektionsdatensatzes übermittelt.")). Diese Mindestangabe und die übrigen Anforderungen in der ESTR Spezifikation sind in der vorliegenden Ausschreibung jedoch als Zielvorgaben ausgestaltet. Das heisst, auch wenn die Anforderungen als "Muss"-Anforderung formuliert sind, besaßen die Anbieterinnen in der Wahl des Weges zum Ziel Freiheiten, unter anderem auch in den von der Beschwerdeführerin erwähnten Bereichen Technik, Baumassnahmen und Betrieb (vgl. E-400 ESTR Spezifikation, Ziff. 3.4 ff., 3.10 und 3.13). Ausserdem verlangte die Vergabestelle von den Anbieterinnen im Rahmen der Zuschlagskriterien verschiedene Konzepte für die Bereiche Systemtechnik, die Realisierung, den Betrieb und die Wartung sowie für die Terminplanung. Vor dem Hintergrund der als Zielvorgaben ausgestalteten Anforderungen hatten die Anbieterinnen ihre Lösungen und Konzepte betreffend Umsetzungsmöglichkeiten auszuarbeiten und die Vergabestelle zu überzeugen. Im Anforderungskatalog (Ziff. 8.3.1, S. 19) heisst es unter dem Titel "Generelles zu den Konzepten" explizit: "Sämtliche Anforderungen in der Spezifikation (E-400) gelten als «Technische Spezifikation» im Sinne Art. 30 BöB, egal ob sie technische, funktionale, operative oder andere Eigenschaften des Beschaffungsgegenstandes, dessen Realisierung oder dessen Betrieb beschreiben. Technische Spezifikationen gemäss BöB sind zwingend vollständig und ohne Einschränkung oder Modifikation der jeweiligen Anforderung seitens der vom Anbieter angebotenen bzw. vom Auftragnehmer gelieferten Systemlösung zu erfüllen. Der Anbieter bestätigt diesen Sachverhalt durch Einreichen seines Angebotes sowie nochmals explizit durch seine Bestätigung unter Zi. 3.2 dieses Dokumentes. Durch die im Rahmen seines Angebotes vorgelegten Konzepte führt der Anbieter den Nachweis, wie bzw. wodurch er die an den Ausschreibungsgegenstand gestellten Anforderungen mit den in seinem Angebot beschriebenen technischen, funktionalen, operativen, organisatorischen (usw.) Lösungen umzusetzen gedenkt. Diese Konzepte sind Gegenstand der Bewertung durch die Expertenkommission entsprechend den nachstehenden Zuschlagskriterien." Nach dem Gesagten ist der Standpunkt der Vergabestelle nicht zu beanstanden, dass sie in casu von einer funktionalen Ausschreibung ausgegangen war und grössere Preisdifferenzen erwartet hatte. Auch unter diesem Aspekt deutet der Preisunterschied zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin nicht zwingend auf einen "ungewöhnlich" niedrigen Preis im Sinne eines Unterangebots der Beschwerdegegnerin hin.

E. 6.13

Zusammenfassend konnte die Beschwerdeführerin keine stichhaltigen Anhaltspunkte vorbringen, wonach der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin im Vergleich als ungewöhnlich niedrig zu qualifizieren wäre. Die Vergabestelle war daher nicht verpflichtet, weitere (zusätzliche) zweckdienliche Erkundigungen im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BöB einzuholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB auszuschliessen war.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin rügt ferner, dass die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin ungenügend sei und die Vergabestelle ihrer diesbezüglichen Prüfpflicht nicht nachgekommen sei. Zur Begründung führt sie insbesondere schwankende bzw. rückläufige Umsatzerlöse der Beschwerdegegnerin in den letzten sieben Geschäftsjahren, ein negatives EBIT (Earnings Before Interests and Taxes)

im grössten Geschäftssegment "Maut", eine deutliche Steigerung der Nettoverschuldung und eine deutliche Senkung des Aktienwerts an sowie, dass die Beschwerdegegnerin gemäss Konzernbericht 2022/23 Drohverlustrückstellungen gebildet habe, welche auf sehr niedrige bis keine Projektmargen hindeuteten. Zudem bringt die Beschwerdeführerin eine Restrukturierung vor, in welcher die Beschwerdegegnerin zurzeit stehe und in deren Zusammenhang der Hauptaktionär zur Sicherung eines Darlehens in Höhe von EUR [...] Mio. alle Aktien der Beschwerdegegnerin ([...] % des Grundkapitals der Beschwerdegegnerin) verpfändet habe. Ferner seien Verluste der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit einem laufenden Grossprojekt in Polen zu erwarten, weil gemäss "internen Quellen" das "polnische Ministerium" eine Option für die Bestellung neuer Mautkontrollstationen nicht ausüben wolle. Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, dass sie ihrer Prüfpflicht im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin wie vergaberechtlich verlangt, nachgekommen sei und die Beschwerdegegnerin die verlangten Anforderungen erfüllt habe. Zweifel an der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin seien mangels entsprechender Indizien nicht angebracht. Die Beschwerdegegnerin ist der Ansicht, dass sie die von der Vergabestelle geforderten Nachweise betreffend ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit erbracht habe.

E. 7.2

Die Vergabebehörde ist an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 2 Bst. b und c BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel"). Nach konstanter Rechtsprechung steht der Vergabestelle bei der Wahl der Eignungskriterien (vgl. zu den Eignungskriterien vorne E. 5.3) und der Eignungsnachweise sowie bei der Bewertung dieser Kriterien ein grosser Ermessensspielraum zu, den das Bundesverwaltungsgericht zu respektieren hat. Da im Beschwerdeverfahren die Angemessenheit einer Verfügung nicht überprüft werden kann (vgl. Art. 56 Abs. 3 BöB), greift das Bundesverwaltungsgericht nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (Zwischenentscheide des BVGer B-6988/2018 vom 17. April 2019 E. 3.2 "Partnerschaft Integration Services"; B-4902/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 5.3; B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1 und B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2 "Bauftrag N3/68 Linthebene"). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt und sich der Anbieter damit - sofern der Vertrag zustande kommt - verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung (Art. 44 Abs. 1 Bst. a, d und g sowie Abs. 2 Bst. a und e BöB). Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri");

Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2022 vom 27. März 2023 E. 6.3.1 «Instandstellung Hauenstein Basistunnel»).

E. 7.3

Das Eignungskriterium EK01 "Wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit" lautet wie folgt: "Der Anbieter verfügt über eine genügende wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit, um den Auftrag erfüllen zu können. Nachweis Für Anbieter mit Firmensitz in der Schweiz ist ein Auszug aus dem Betreibungsregister, der nicht älter als 3 Monate, gerechnet vom Datum des Angebotes ist, vorzulegen. Von Anbietern mit Firmensitz im Ausland ist eine inhaltlich vergleichbare Urkunde (z.B. eine aktuelle, d.h. maximal 3 Monate alte Bonitätsauskunft einer im Land, in dem der Anbieter seinen Sitz hat, anerkannten Rating-Agentur) vorzulegen. Hinweis: für Schweizer Anbieter überprüft die Vergabestelle elektronisch den Auszug aus dem Zentralen Firmenindex (www.zefix.ch). Bei Anbietern aus dem Ausland Auszug aus dem Handelsregister oder eine vergleichbare, amtliche Urkunde des Auslandes." Zudem hatten die Anbieterinnen im Eignungskriterium EK01 mittels Ankreuzens eines Kästchen Folgendes zu bestätigen: "Der Anbieter bestätigt, dass er über eine genügende wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt, um den Auftrag erfüllen zu können. Die geforderten Nachweise liegen bei."

E. 7.4

Die Selbstdeklaration und der geforderte Nachweis im Eignungskriterium EK01 sind nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zumindest nicht offensichtlich ungeeignet, um die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu belegen. Die Beschwerdegegnerin hat mit der Selbstdeklaration und der Vorlage einer entsprechenden Urkunde für eine Anbieterin mit Sitz im Ausland den im Eignungskriterium EK01 geforderten Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit erbracht. Das Bundesverwaltungsgericht kann insbesondere bestätigen, dass der dem Gericht offengelegte Nachweis der Beschwerdegegnerin im Eignungskriterium EK01 die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit unzweifelhaft bestätigt (vgl. Vorakten, Ordner 04 3 B. _____ d [...]; vgl. auch die rechtlichen Ausführungen nachfolgend in E. 8.1). Konkret wurde im Rahmen einer Bonitätsauskunft durch einen staatlich bevorrechteten Gläubigerschutzverband bestätigt, dass die finanzielle Situation der Beschwerdegegnerin "gut", deren Ertragslage "positiv" und die Ausfallwahrscheinlichkeit "sehr gering" ist; für das Bundesverwaltungsgericht ist nicht ersichtlich, wieso die Vergabestelle die genannten Angaben nicht offengelegt hat. Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien bezweckt, wie bereits erwähnt (vgl. oben E. 7.2), einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieterinnen in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens". Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge geltend macht, dass die Vergabestelle weitere Nachweise von der Beschwerdegegnerin betreffend die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit hätte verlangen müssen, wären das Transparenzgebot und der Gleichbehandlungsgrundsatz in unzulässiger Weise verletzt und die Rüge unbegründet. Soweit die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, dass die Ausschreibungsunterlagen ungenügende Nachweisanforderungen im Eignungskriterium EK01 stellen, wäre ihre Rüge verspätet und somit verwirkt (Art. 53 Abs. 2 BöB). Im Übrigen stellen die von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der angeblich ungenügenden wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der

Beschwerdegegnerin vorgebrachten Sachverhalte höchstens gewisse Anhaltspunkte für ihre Behauptung und keine konkreten Hinweise auf eine tatsächlich ungenügende wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit dar. Zu wenig konkret sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Anhaltspunkte insbesondere deshalb, weil sie den geforderten Nachweis im Eignungskriterium EK01 (eine Bonitätsauskunft oder eine andere inhaltlich mit dem Auszug aus dem Betreibungsregister vergleichbare Urkunde) und die Selbstdeklaration nicht zu widerlegen vermögen, sondern bloss allgemein auf einen angeblich "schlechten" Geschäftsgang der Beschwerdegegnerin hinweisen. Die Beschwerdeführerin vermag nicht Zweifel an der Erfüllung des Eignungskriterium EK01 durch die Beschwerdegegnerin zu wecken.

E. 7.5

Insgesamt ist es nicht als bundesrechtswidrig zu beanstanden, dass die Vergabestelle das Eignungskriterium EK01 durch die Beschwerdegegnerin als erfüllt betrachtet und keine Zweifel an deren wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit hegt.

E. 8

Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrer Beschwerde uneingeschränkte Akteneinsicht in die einschlägigen Akten des Vergabeverfahrens. In der Ergänzung der Beschwerdebegündung (Rz. 54) beantragt sie weiterhin insbesondere Einsicht in die Verfahrensakten im Zusammenhang mit dem gerügten Unterangebot der Beschwerdegegnerin und ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Ausdrücklich verlangt die Beschwerdeführerin eine teilweise Offenlegung der geschwärzten Ausführungen der Beschwerdegegnerin in Ziff. 2.6 der Stellungnahme vom 7. September 2023 zur Höhe ihres offerierten Gesamtpreises (vgl. Ergänzung der Beschwerdebegündung vom 23. Oktober 2023, Rz. 114).

E. 8.1

Der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 57 Abs. 2 BöB im Beschwerdeverfahren auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dem entgegenstehen. Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten und die Vergabestelle hat den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieterinnen zu wahren (vgl. Art. 51 Abs. 4 Bst. b und Art. 11 Bst. e BöB; Urteile des BVGer B-1929/2022 vom 19. Dezember 2022 E. 12.1.2 "Sanierung Waffenplatz Wangen a.A." und B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 7.1 "Einstöckige S - Bahn - Triebzüge" je m.H.). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (vgl. Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 11.2 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

E. 8.2

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens teilweise entsprochen. Die Beschwerdeführerin erhielt mit Verfügung vom 25. September 2023 Einsicht in die gemäss Vorschlag der Vergabestelle teilweise geschwärzte Version der Verfahrensakten (inkl. u.a. dem Evaluationsbericht, aus welchem unter anderem die von der Beschwerdeführerin in Frage gestellte Berücksichtigung des Angebotspreises der Beschwerdegegnerin hervorgeht). Zudem ist aufgrund des entsprechenden, gegenüber dem Gericht offengelegten Nachweises der Beschwerdegegnerin, wie bereits erwähnt, nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle deren wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gemäss Eignungskriterium EK01 in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 BöB bejaht hat (vgl. vorne E. 7.4). Die in Ziff. 2.6 der Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 7. September 2023 gegenüber der Beschwerdeführerin geschwärzten Ausführungen betreffen ein Vergleichsprojekt der Beschwerdegegnerin mit welchem sie aufzeigen möchte, dass sie im vorliegenden Ausschreibungsverfahren kein Unterangebot eingereicht hat. Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zum Vergleichsprojekt betreffen ihr unternehmerisches Know-how und Geschäftsgeheimnisse, weshalb die Schwärzung der genannten Passage gegenüber der Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden ist.

E. 8.3

Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin ist deshalb, soweit es durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht ohnehin gegenstandslos geworden ist, abzuweisen.

E. 9

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK08 "Referenzprojekt" nicht erfüllt und der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 10.1

Weil die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren unterliegt, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, nach Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 35'000.- festgelegt.

E. 10.2

Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten des Beschwerdeverfahrens zusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V. m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Diese ist aufgrund der eingereichten detaillierten Kostennote festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin haben sich zur Kostennote der Beschwerdegegnerin nicht geäußert.

E. 10.3

Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichten eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht für die Zeitperiode vom 31. Juli 2023 bis 22. Dezember 2023 ein und machen darin einen Honoraraufwand von Fr. [...] bei einem Zeitaufwand von [...] Stunden (zu einem Stundensatz von in der Regel Fr. [...] bzw. Fr. [...] [rund [...] Stunden wurden zu einem tieferen Stundensatz verrechnet]) und eine Spesenpauschale von [...] % in der Höhe von Fr. [...] geltend, womit sich die beantragte Parteientschädigung insgesamt auf Fr. [...] beläuft (zuzüglich MWST). Bei der Beurteilung, ob es sich bei geltend gemachtem Aufwand um notwendige Kosten handelt, steht dem Bundesverwaltungsgericht ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Zu einer Herabsetzung der angebotenen Parteientschädigung haben nach der Rechtsprechung beispielsweise Wiederholungen in Rechtsschriften und Eingaben sowie der nicht sachlich begründete Beizug mehrerer Rechtsvertreter geführt (vgl. Urteile des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5; A-5904/2018 vom 4. Dezember 2019 E. 7.2.1 und A-1969/2017 vom 22. Januar 2019 E. 13.2.1, je m.H.). Kommt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die Kostennote zu reduzieren ist, kürzt es diese in pauschaler Weise und ohne einlässliche Berechnung (vgl. Urteil des BVGer A-644/2020 vom 24. Juni 2020 E. 3.2.5 m.H. auf die Rechtsprechung). Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist in Beschaffungssachen von einem Regelstundensatz von Fr. 350.- auszugehen, wobei für besonders komplexe Verfahren der Maximalstundensatz von Fr. 400.- zur Anwendung gebracht werden kann (Art. 10 Abs. 2 VGKE; vgl. Urteile des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 6 "Mangelanlage Wäscherei"; B-998/2014 vom 8. Juli 2016 E. 8; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1450). Da es sich vorliegend nicht um ein besonders komplexes Verfahren handelt, ist vom Regelstundensatz von Fr. 350.- auszugehen. Die Rechtsschriften der Beschwerdegegnerin sind zwar sorgfältig ausgearbeitet und zeichneten sich durch klar formulierte Argumente aus. Indessen konnte die Beschwerdegegnerin in der "Stellungnahme zur Beschwerdeergänzung und zu den prozessualen Anträgen" vom 17. November 2023 auf bestehendes Vorwissen aus ihrer "Stellungnahme zur Beschwerde und den prozessualen Anträgen" vom 7. September 2023 zurückgreifen. Vor diesem Hintergrund scheint der von der Beschwerdegegnerin nach dem 7. September 2023 angefallene zeitliche Aufwand von rund [...] Stunden sehr hoch, auch wenn neu die Ausstandsfrage zu behandeln war. Die Eingabe vom 17. November 2023 enthielt teilweise unnötige Wiederholungen. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass für das Gericht die Notwendigkeit der im Detail nicht offen gelegten zahlreichen Klientenkontakte nicht erkennbar ist und diese daher nicht in vollem Umfang als notwendig im Sinne von Art. 8 Abs. 2 VGKE erscheinen. Schliesslich dürfte sich der Koordinationsbedarf durch den Beizug von verschiedenen Anwälten oder Hilfspersonen erhöht haben. Angesichts dieser Umstände sowie des Umfangs und den rechtlichen Ausführungen in den Rechtsschriften (insgesamt rund 70 Seiten) erscheint ein zeitlicher Aufwand, auch im Vergleich zu ähnlichen Fällen, von insgesamt 75 Stunden als der Sache angemessen. Statt die Telefonate, Porti, Kopien etc. einzeln zu erfassen, machten die Anwälte der Beschwerdegegnerin eine Spesenpauschale geltend in der Höhe von [...] %, berechnet von der Honorarsumme. Die VGKE kennt keine solche Prozentregel für die Berechnung der Auslagen. Vielmehr ist hier auf den tatsächlichen und notwendigerweise entstandenen Aufwand abzustellen (Art. 11 Abs. 1 VGKE), zumal vorliegend keine besonderen Verhältnisse geltend gemacht wurden, die eine derart hohe Spesenpauschale rechtfertigen würde. Die Spesenpauschale ist vorliegend [...] auf Fr. 1'500.- zu reduzieren.

E. 10.4

Damit ist der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 27'750.- zuzusprechen, nämlich 75 Stunden zum Stundensatz von Fr. 350.- und eine Spesenpauschale von Fr. 1'500.-. Die Parteientschädigung umfasst vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, da die Beschwerdeführerin ihren Sitz im Ausland hat (vgl. Urteile des BVGer A-4350/2022 E. 9.3.6 und B-710/2014 E. 19.2.3 "Abreden im Bereich Luftfracht").

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