

BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4704_2021

FR: TAF B-4704/2021 du 18 mai 2022

IT: TAF B-4704/2021 del 18 maggio 2022

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

E. 1.1

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 18. Mai 2020. Damit sind die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]).

E. 1.2

Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a aBöB).

E. 1.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 2.1

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der aVöB geregelt. Das aBöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

E. 2.2

Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [SR 0.172.052.68]) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktional dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 158). Der von der Vergabestelle ausgeschriebenen Lieferung der einstöckigen S-Bahn-Triebzüge ist ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang mit dem Verkehrsbereich zuzusprechen. Die streitbetroffene Vergabe fällt demnach in den Anwendungsbereich des aBöB.

E. 2.3

Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wurde vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA 1994).

E. 2.4

Der Preis des berücksichtigten Angebots beträgt [...] (vgl. Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2021) und liegt damit deutlich über dem für Lieferungen und Dienstleistungen (im Auftrag einer Auftraggeberin nach Art. 2 Abs. 2 aBöB) geltenden Schwellenwert von Fr. 700'000.- (Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2020 4165]).

E. 2.5

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht

publizierte E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung I", B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.5).

E. 2.6

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

E. 3

Das BÖB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBÖB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). 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 ist formell beschwert, denn sie hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Auch ist sie durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag nicht ihr, sondern einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt.

E. 3.2

Ein schutzwürdiges Interesse hat ein unterlegener Anbieter praxismässig nur dann, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem er ein neues Angebot einreichen kann (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten.

E. 3.3

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin verlangt als Hauptbegehren die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2020 sowie den Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren und die Erteilung des Zuschlags direkt an sich selbst. In den Eventualbegehren beantragt sie eine Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Neuurteilung und Bewertung der Angebote (beschränkt auf die SubK 1.3, 2.1, 2.2 und 4.2), mit der Anweisung, den Anbietern die Möglichkeit zu geben, unter Berücksichtigung der geänderten Muss-Anforderung zu den Zuverlässigkeitszielen mit einer Angebotsfrist von mindestens vier Monaten bzw. mindestens sechs Wochen ein neues Angebot zu den Zuschlagskriterien 1 (SubK 1.1-1.4), 2 (SubK 2.1 und 2.3), 3 (SubK 3.1 und 3.3) und 4 (SubK 4.2) bzw. ein neues Angebot (BAFO) beschränkt auf die Subkriterien 1.2 bis 1.4 abzugeben. Die Beschwerdeführerin beruft sich in erster Linie auf zwei Verfahrensfehler, welche die Vergabestelle begangen haben soll. Einerseits habe Letztere die Möglichkeit der Anbietenden, nach den Bereinigungsrounds eine neue Preisofferte einzureichen, zu Unrecht auf das SubK 1.1 beschränkt und nicht auch auf die SubK 1.2 bis 1.4 erweitert. Andererseits habe die Vergabestelle die Muss-Anforderungen

zu den Zuverlässigkeitszielen sachwidrig korrigiert und es selbst im Fall einer rechtmässigen Korrektur in unzulässiger Weise unterlassen, die Angebotsfrist für die Überarbeitung der Angebote angemessen zu verlängern. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang ausserdem geltend, die Zuschlagsempfängerin hätte aufgrund der Nichterfüllung der ursprünglichen Muss-Anforderungen ausgeschlossen werden und der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt werden müssen, weil sie nicht nur die neue, sondern auch die ursprüngliche Anforderung an die Zuverlässigkeit erfülle. In zweiter Linie erhebt die Beschwerdeführerin verschiedene Bewertungsrügen (beschränkt auf die SubK 1.3, 2.1, 2.2 und 4.2) vor. Würden sich die Beanstandungen der zweitplatzierten Beschwerdeführerin als zutreffend erweisen und ihre Hauptanträge vollumfänglich gutgeheissen, so hätte ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Bei Obsiegen ihrer Eventualanträge könnte die Anbieterin immerhin ein neues Angebot einreichen und dadurch ihre Chance auf den Zuschlag erhöhen. Ihre Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen. Da im Fall eines Obsiegens der Beschwerdeführerin zumindest eine teilweise Wiederholung des Verfahrens erwirkt werden könnte, ist der Einwand der Vergabestelle, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht, unbehelflich und vermag die Legitimation der Beschwerdeführerin nicht auszuschliessen.

E. 3.4

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter der jeweiligen Verfahrensbeteiligten haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 3.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

E. 4.1.1

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle als erstes vor, diese habe die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere die Angebotsunterlage (im Folgenden: AGU; Ziff. 5.2) in unzulässiger Weise ausgelegt, indem sie die Möglichkeit, im Anschluss an die Bereinigungs- und Verhandlungsrunden eine «Best and Final Offer» (im Folgenden: BAFO) abzugeben, lediglich auf das Subkriterium (SubK) 1.1 «Investitionskosten» beschränkt und nicht für alle vier SubK des Zuschlagskriteriums 1 «Wirtschaftlichkeit» zugelassen habe. Die Beschränkung der neuen Preisofferte sei aus zwei Gründen unzulässig. Einerseits sei sie sachwidrig, da die Vergabestelle übersehe, dass jede Änderung am Leistungsgegenstand sich auf jedes der Subkriterien auswirke und die Auswirkungen nur im jeweiligen Subkriterium adäquat berücksichtigt werden könnten. Eine Ausserachtlassung dieses Aspekts beeinträchtige die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Andererseits ergebe sich die Unzulässigkeit aus dem Umstand, dass die Vergabestelle die Möglichkeit für die Einreichung einer umfassenden Preisofferte in Aussicht gestellt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich aus dem in den Unterlagen verwendeten Begriff des «Preises» bzw. der «Preisofferte» sowie aus dem Hinweis auf die Verhandlungen in der Ausschreibung und letztlich aus Ziff. 5.2 AGU eine Pflicht der Vergabestelle, eine neue, sich auf alle vier Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 erstreckende Preisofferte zuzulassen. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle enthalte Ziff. 5.2 AGU keine Beschränkung der endgültigen Preisofferte nur auf das SubK 1.1.

Gegenteiliges lasse sich auch nicht aus der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 bzw. dem Schreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 herleiten. Im Zeitpunkt der Abgabe ihres ersten Angebots habe die Beschwerdeführerin die AGU daher so verstehen dürfen und müssen, dass eine, sämtliche Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 umfassende neue Preisofferte zugelassen werde. Die Erklärungen der Vergabestelle nach dem ersten Offerteingabetermin würden an dieser Auslegung nichts ändern und seien zu spät erfolgt. Die nachträgliche Beschränkung der neuen Preisofferte widerspreche den Prinzipien des Vergaberechts und auch der langjährigen Praxis der Vergabestelle.

E. 4.1.2

Dem entgegnet die Vergabestelle im Wesentlichen, die Beschwerdeführerin setze sich in Widerspruch zum Grundsatz der Unvereinbarkeit der Offerten und zu den klaren Vorgaben des Vergabeverfahrens. Zur Begründung führt die Vergabestelle aus, sie habe in Ziff. 5.2 AGU, in der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 im Frageforum sowie in ihrem Schreiben vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen klar und wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass Anpassungen der Offerten nur im beschränkten Rahmen möglich seien, d.h. soweit der Leistungsgegenstand im Rahmen der Bereinigungen angepasst werde. Die Vergabestelle habe sodann anlässlich der ersten Angebotsbereinigung klargestellt, dass keine reinen Preisverhandlungen stattfinden würden und auch keine uneingeschränkte neue Preisofferte eingereicht werden könne. Die Möglichkeit nachträglicher Offertanpassungen sei in zwei Schritten erfolgt und auch so mitgeteilt worden, was die Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkenne. So sei allen Anbieterinnen in einem ersten Schritt Gelegenheit gegeben worden, die unter SubK 1.2 und 1.4 bewerteten Angaben anzupassen. In einem zweiten Schritt, nach Abschluss der Bereinigungen, hätten die Anbieterinnen anhand der Modifikationen des WLV die Investitionskosten im Rahmen von SubK 1.1 neu berechnen und offerieren können. Auch die Beschwerdeführerin habe von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, womit ihr endgültiges Angebot um 91 Punkte besser bewertet werden könne als ihr ursprüngliches Angebot. Es erscheine vor diesem Hintergrund unglaublich, wenn die Beschwerdeführerin heute die Ansicht vertrete, es wäre weitergehender Anpassungsbedarf angefallen, dem man erst in einer finalen Preisofferte hätte Rechnung tragen können.

E. 4.1.3

Die Beschwerdegegnerin folgt im Wesentlichen dem Standpunkt der Vergabestelle. Darüber hinaus bezweifelt sie die Plausibilität der Anpassungen der Investitionskosten durch die Beschwerdeführerin.

E. 4.2.1

Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (BVGE 2017 IV/3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 6.1 "Casermettatunnel"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 10.5.1, B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2

"Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4 "Kurierdienst BAG I").

E. 4.2.2

Im Vergaberecht gilt sodann der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt (vgl. Art. 25 aVöB), sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz erleidet im Bundesvergaberecht allerdings eine wesentliche Einschränkung, indem dieses der Vergabebehörde - im Gegensatz zur Rechtslage in Rahmen der alten IVöB (Art. 11 Bst. c der alten Vereinbarung) - erlaubt, Verhandlungen über den Inhalt der Angebote, bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen (Art. 20 Abs. 1 aBöB; Art. 26 aVöB; Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 10.5.2, B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 2.1 "Spectra Newsletter BAG" und B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 5.2 "Bewirtschaftung Anschlussgeleise"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 686; vgl. allerdings das Verbot von Abgebotsrunden neu auch auf Bundesebene in Art. 11 Bst. d des revidierten BöB). Voraussetzung für die Zulässigkeit von Verhandlungen ist, dass entweder in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde oder dass kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint (Art. 20 Abs. 1 aBöB).

E. 4.2.3

Im hier geltenden Vergaberecht ist kein einheitlicher Verhandlungsbegriff zu finden. Unter Verhandlungen im Sinne von Art. 20 aBöB und Art. 26 aVöB verstand die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK, Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts] jede tatsächlich vorkommende Kontaktaufnahme der Vergabestelle mit den Anbietern (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005 2005-017, E. 2a/bb m.H.). In der Lehre geht man demgegenüber von einem engeren Verhandlungsbegriff aus. In der Phase vor dem Zuschlag liegen Verhandlungen nur dann vor, wenn die Beschaffungsstelle mit Anbietern in Kontakt tritt, um den angebotenen Vertragsinhalt nachträglich zu verändern, und zu diesem Zwecke den Verhandlungsteilnehmern die Möglichkeit gibt, eine überarbeitete Offerte abzugeben (Alexis Leuthold, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergaberecht, 2009, Rz. 26). Mit der Änderung bezweckt die Beschaffungsstelle demnach eine nachträgliche Optimierung des angebotenen Vertragsinhalts. Die Optimierung kann in einer Verbesserung des angebotenen Preis-Leistungs-Verhältnisses bestehen (z.B. einem geringeren Preis bei gleich bleibender Leistung oder mehr Leistung bei gleich bleibendem Preis) oder in einer Optimierung der angebotenen Leistung ohne wesentliche Auswirkung auf das Preis-Leistungs-Verhältnis (z.B. einer technischen Änderung, die sich nicht auf den Preis auswirkt, oder einer Leistungserweiterung bei entsprechender Erhöhung des Angebotspreises). Der Anbieter verfolgt indes die Absicht, sein Angebot zum wirtschaftlich günstigsten zu machen, um so den Zuschlag zu erhalten (vgl. zum Ganzen: Leuthold, a.a.O., Rz. 30 ff.). Im Vergabeverfahren sind Offertverhandlungen grundsätzlich so ausgestaltet, dass die Vergabestelle die Anbieter zu einem Gespräch oder anderen Kommunikationsform über die zu optimierenden Angebotspunkte auffordert und dieselben danach zur Einreichung eines neuen, verbesserten Angebots einlädt (Leuthold, a.a.O., Rz. 33 ff.)

E. 4.2.4

Verhandlungen dienen hauptsächlich dazu, die Stärken und Schwächen eines Angebots zu erkennen sowie Unklarheiten und offene Fragen zum Beschaffungsgegenstand zu klären,

um schliesslich den Vertragsinhalt zu bestimmen (vgl. BVGE 2016/19 E. 6.1). Von den Verhandlungen zu unterscheiden ist die (technische) Bereinigung der Angebote (vgl. Art. 25 aVöB). Diese hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie dann anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können.

E. 4.2.5

Im Rahmen von Verhandlungen im Sinne von Art. 20 aBöB sollen trotz des ihnen inhärenten Verzichts auf die Unabänderlichkeit der Angebote nach Ablauf der Eingabefrist die Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung respektiert werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 691). Verhandlungen münden gemäss Art. 26 Abs. 2 Bst. c aVöB in ein endgültiges schriftliches Angebot von mehreren Anbietern. Soweit eine Offertbereinigung notwendig ist, dürfen die Angebote in diesem Rahmen nicht geändert oder ergänzt werden (Zwischenentscheid des BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.5.1 "Abluftventilatoren Nordumfahrung Zürich").

E. 4.3.1

Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in der Ausschreibung die Durchführung von Bereinigungen und Verhandlungen ausdrücklich vor (vgl. Ziffer 4.3 der Ausschreibung "Bereinigungs- und Verhandlungsrunden bleiben in der Stufe 2 [...] des Verfahrens vorbehalten"). Bei dieser Formulierung in der Ausschreibung handelt es sich um einen allgemeinen Vorbehalt von Verhandlungen, der sämtliche Verhandlungsgegenstände inkl. den Preis umfasst. Auch bei so vorbehaltenen Verhandlungen ist es jedoch ohne weiteres zulässig, die Verhandlungen im Laufe des Vergabeverfahrens auf einen bestimmten Aspekt einzuschränken. Die Vergabestelle ist ebenfalls frei in der Entscheidung, ob sie eine (grundsätzlich vorbehaltene) Verhandlung durchführen will und über welche Angebotsbestandteile sie diskutieren will (Entscheidung der BRK vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 2; Leuthold, a.a.O., Rz. 81 ff.). Die Festlegung des Verhandlungsgegenstands liegt nach dem Gesagten im Ermessen der Vergabestelle. Letztere hat das Verhandlungsthema aber im Voraus schriftlich bekannt zu geben (Art. 26 Abs. 2 lit. b aVöB) und bei der Festsetzung des Verhandlungsgegenstands das Gleichbehandlungs- und Transparenzprinzip zu beachten (Leuthold, a.a.O., Rz. 407 ff.).

E. 4.3.2

Für die Beurteilung des Verhandlungsspielraums ist sodann zwischen den Anbieter- und den Auftraggeberparametern zu unterscheiden. Bei den Anbieterparametern handelt es sich um Angebotsbestandteile, welche die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht definiert hat, namentlich der Angebotspreis. Bei den Auftraggeberparametern geht es demgegenüber um Angebotspunkte, welche die Vergabestelle bereits fixiert hat, namentlich die Vertragsabschlussbedingungen (Leuthold, a.a.O., Rz. 336 ff.). Im Bundesvergaberecht unter der Geltung des aBöB und der aVöB konnten alle Anbieterparameter Gegenstand einer Offertverhandlung sein, soweit die Vergabestelle den zulässigen Verhandlungsgegenstand in ihren Ausschreibungsbedingungen nicht eingeschränkt hatte (Leuthold, a.a.O., Rz. 345 ff. m.H.; BRK 2003-023, E. 2).

E. 4.4

Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit in der Auslegung der Vorgaben der Vergabestelle in der Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Frage, ob die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, die Anbieterinnen zur Einreichung

einer neuen, sich auf alle 4 Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 erstreckenden Preisofferte einzuladen oder ob sich die Abgabe der neuen Preisofferte nur auf das Subk 1.1 zu beschränken hatte. Die Beschwerdeführerin vertritt die erste, die Vergabestelle (und mit ihr die Beschwerdegegnerin) die zweite Auffassung. Nachfolgend ist zu prüfen, welche Auslegung sich als zutreffend erweist.

E. 4.4.1

Formulierungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung derartiger Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1)

E. 4.4.2

Zuerst ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin festzuhalten, dass sich allein aus dem allgemein gehaltenen Hinweis auf Bereinigungs- und Verhandlungsrunden in der Ausschreibung keine Pflicht der Vergabestelle ableiten lässt, eine auf alle Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 (Preis) umfassende Preisofferte zuzulassen.

E. 4.4.3

Das Zuschlagskriterium (ZK) Wirtschaftlichkeit setzt sich aus 4 Subkriterien (SubK) zusammen (vgl. Ziff. 4.1 AGU). Mit dem Subk 1.1 «Investitionskosten Grundbestellmenge und optionale Bestellmenge Triebzüge» (Gewichtung 20%) wurde die Preisangabe gemäss Preisblatt in Beilage 10.1 WLW bewertet. Die Investitionskosten waren im Preisblatt gemäss Beilage 10.1 WLW anzugeben und umfassen(t)en sämtliche aus dem WLW und seinen Vertragsbestandteilen hervorgehenden Leistungen (vgl. Ziff. 4.1.1 AGU). Für die Bewertung der Subkriterien Subk 1.2 «Instandhaltung und Reinigung» (Gewichtung 10%), Subk 1.3 «Energiekosten und Trassenpreis» (Gewichtung 5%) und Subk 1.4 «Preisliste der Erstbevorratungs- und Ersatzteile» (Gewichtung 1%) waren die Beilagen 15 WLW (Subk 1.2), 14 (Subk 1.3) und 24 (Subk 1.4) massgeblich (vgl. Ziff. 4.1.2 bis 4.1.4 AGU). Soweit für die Bewertung der Subkriterien auf jeweils verschiedene Beilagen abzustellen ist, ist die Auffassung der Vergabestelle, wonach sich die Kosten gemäss den Subk 1.2 bis 1.4 unabhängig von den Investitionskosten gemäss Subk 1.1 zu berechnen und bewerten sind, als nachvollziehbar zu betrachten.

E. 4.4.4

In Ziff.5.2, 1. Absatz AGU wird Folgendes festgehalten: «Den Anbietern ist es erlaubt, in die vorgenannten Dokumente [gemeint sind nach Abschluss der ersten Stufe der Werklieferungsvertrag inkl. Anhänge und Beilagen; vgl. Ziff. 5.1 AGU] direkt

Kommentare - ausschliesslich mittels Kommentarfunktion - zu setzen. In den Kommentaren können sie ihre Anregungen für eventuelle Ergänzungen und/oder Präzisierungen mitteilen. Im Rahmen der Bereinigungsrounden werden einzig die mit dem Angebot eingebrachten Kommentare thematisiert. Am Ende der Bereinigungsrounden wird über alle Anbieter hinweg eine konsolidierte Fassung erstellt. Basierend auf dieser konsolidierten Fassung kann eine neue Preisofferte gestellt werden». Die wiedergegebene Ziff. 5.2 AGU legt somit in einem ersten Schritt das Thema der Bereinigungsrounden fest und grenzt dieses klar auf die von den Anbieterinnen in den Ausschreibungsunterlagen direkt in den WLV (inkl. Anhänge und Beilagen) eingebrachten Kommentare ein. In einem zweiten Schritt wird den Offerenten die Möglichkeit gewährt, eine neue Preisofferte auf der Basis der sich aus den Bereinigungsrounden ergebenden konsolidierten Fassung des Werklieferungsvertrags abzugeben. Aus dem Wortlaut von Ziff. 5.2 AGU geht zwar nicht ausdrücklich hervor, ob und inwiefern die Möglichkeit, nach den Bereinigungsrounden eine neue Preisofferte einzureichen, nur auf das Subk 1.1 beschränkt wurde oder alle Subkriterien des ZK 1 mitumfassen durfte. Für die Zulassung von Einschränkungen, mithin für die Interpretation der Vergabestelle spricht allerdings der Hinweis, dass eine allfällige neue Preisofferte auf Grundlage der konsolidierten Fassung (scilicet: des WLV) gestellt werden kann, wobei unter «konsolidierter Fassung» eine Fassung zu verstehen ist, welche sich auf die im Rahmen der Bereinigungsrounden vorgenommenen Änderungen bezieht.

E. 4.4.5

In der Antwort der Vergabestelle im Frageforum ID 335 (Beilage 10 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021) wird weiter in Aussicht gestellt, dass die Anbieter gemäss der Angebotsunterlage AGU Ziffer 5.2 «nach den Bereinigungsrounden allfällig eine angepasste Preisofferte einreichen» können und die Vergabestelle «im Zusammenhang mit der allfälligen Abgabe der konsolidierten Fassung des Werklieferungsvertrags den Anbietern die überarbeitete WLV Beilage 10.1 mit dem konkreten Stichtag übergeben» wird. Wie bereits vorne ausgeführt (vgl. supra E. 4.4.3), ist für die Bewertung des Subk 1.1 die Beilage 10.1 des WLV ausschlaggebend. Isoliert betrachtet spricht der Verweis auf den WLV - wenn auch lediglich indirekt - ebenfalls für eine Einschränkung der neuen Preisofferte auf das Subk 1.1. Im Gesamtzusammenhang ist dieses Verständnis höchstens insofern zu relativieren, als sich die gestellte Frage und die darauf gegebene Antwort primär auf den anwendbaren Stichtag für den Wechselkurs bezogen, wie die Beschwerdeführerin im Übrigen auch bemerkt.

E. 4.4.6

Was schliesslich das Informationsschreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen (Beilage 11 ihrer Stellungnahme vom 12. November 2021, Vorakten Ordner 22 «Korrespondenz») anbelangt, so konkretisiert dieses die Formulierungen gemäss Ziff. 5.2 AGU bzw. der Antwort der Vergabestelle auf die Bieterfrage ID 335 insbesondere wie folgt: «Basierend auf allfälligen Änderungen im Leistungsinhalt während den Bereinigungsrounden steht den Anbietern die Möglichkeit einer neuen Preisofferte zu». In Anbetracht des Wortlauts der hervorgehobenen Passage kann aus dem erwähnten Schreiben abgeleitet werden, dass eine allfällige neue Preisofferte auf Anpassungen des Leistungsinhalts im Rahmen der Bereinigungsrounden beschränkt war. Insofern ist die Interpretation der Vergabestelle in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

E. 4.4.7

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass Ziff. 5.2 AGU, die Antwort der Vergabestelle auf die Frage ID 335 im Frageforum und das Schreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen zwar nicht explizit zum Ausdruck bringen, dass sich die Abgabe der neuen Preisofferte nur auf das Subk 1.1 zu beschränken hatte und nicht alle Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 umfassen durfte. Allerdings resultieren aus einer systematischen Auslegung der Ziff. 5.2 der AGU und des Schreibens der Vergabestelle vom 16. März 2021 indirekt Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle die Möglichkeit einer neuen Preisofferte nur beschränkt auf die erfolgten Bereinigungspunkte zulassen wollte. Preisanpassungen waren nur aber immerhin möglich, als sie mit der Änderung des Leistungsgegenstands zusammenhingen. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vergabestelle habe ihr vor Abgabe des ersten Angebots die Eingabe einer allumfassenden Preisofferte in Aussicht gestellt, kann ihr daher nicht gefolgt werden. Doch selbst wenn ihr zu folgen wäre, bedeutet es nicht, dass die Vergabestelle den Verhandlungsgegenstand nicht nachträglich einschränken durfte (vgl. hinten E. 4.5.6 f.).

E. 4.5

Nachfolgend ist weiter zu prüfen, ob der Zeitpunkt und der Gegenstand der Kommunikation der Vergabestelle in der Bereinigungs- bzw. Verhandlungsphase einer vergaberechtlichen Prüfung standhält.

E. 4.5.1

Wie bereits erwähnt, sind die Vergabestellen des Bundes gemäss Art. 26 Abs. 2 aVöB unter anderem verpflichtet, den Verhandlungsteilnehmern schriftlich ihr jeweiliges bereinigtes Angebot, die Angebotsbestandteile, über die verhandelt werden soll, sowie die Fristen und Modalitäten zur Einreichung der schriftlich einzureichenden endgültigen Angebote bekannt zu geben. Gemäss Art. 26 Abs. 3 aVoeB ist von der Auftraggeberin bei mündlichen Verhandlungen «mindestens folgendes in einem Protokoll» festzuhalten: (a) die Namen der anwesenden Personen; (b) die verhandelten Angebotsteile und (c) die Ergebnisse der Verhandlungen. Diese Protokollierungspflicht dient der Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbieter im Rahmen von Verhandlungen (vgl. BVGE 2016/19 E. 6.1).

E. 4.5.2

Es ist bekannt und unbestritten, dass die Vergabestelle vom in der Ausschreibung angekündigten Bereinigungs- bzw. Verhandlungsvorbehalt Gebrauch gemacht hat. So hat sie mit allen Anbieterinnen zwischen Juni 2021 und August 2021 zwei Bereinigungsrounden durchgeführt, wobei die drittplatzierte Anbieterin auf eine zweite Bereinigungsrunde ausdrücklich verzichtete (Vorakten Ordner 14 «Bereinigung Angebote», Unterordner «1. Runde» und «2. Runde», vgl. hierzu die Formulierung im Protokoll der 2. Bereinigungsrunde «erklärter Verzicht [...] mit Schreiben vom 14. Juli 2021»). Die unterzeichneten Protokolle der Bereinigungsrounden mit den Namen der anwesenden Personen, den verhandelten Bestandteilen (Anhänge und Beilagen des WLV) und den Ergebnissen der Verhandlungen liegen den Vorakten (Ordner 14) bei. Hinweise auf Lücken in den Protokollen sind keine ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht.

E. 4.5.3

Ziel der ersten Bereinigungsrunde waren die Kommunikation der Entgegenkommen der SBB AG bei den Angebotsunterlagen (WLV, Anhänge und Beilagen) und die

Sicherstellung der «Vergleichbarmachung der Angebote». In den Rahmenbedingungen zur ersten und zweiten Bereinigungsrunde wurde im Wesentlichen festgehalten, dass die Bereinigung - anders als in vergangenen Beschaffungsprojekten der Vergabestelle - keine Verhandlung darstellt. Im Zentrum standen die «Information betreffend Entgegenkommen gegenüber allen Anbietern bei WLW und Anhängen» und «Klärungen/Rückfragen betreffend Beilagen der Anbieter und die Beauftragung der daraus resultierenden Nachforderungen» (vgl. zum Ganzen: Protokolle der ersten Sitzung der Bereinigungsrunde sowie der zweiten Bereinigungsrunde in den Vorakten, Ordner 14; Beschwerdebeilagen 13 und 14: Einführungspräsentation zur ersten bzw. zweiten Bereinigungsrunde mit der Beschwerdeführerin vom 14. Juni 2021 bzw. 9. August 2021). Die Nachforderungsschreiben der Vergabestelle und die Antwortschreiben der Anbieterinnen befinden sich ebenfalls in den Vorakten (Ordner 13).

E. 4.5.4

Im Antwortschreiben der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 2. Juli 2021 (Beschwerdebeilage 19) hat die Beschwerdeführerin selber anerkannt, dass die Vergabestelle in der Einführungspräsentation zur ersten Bereinigungsrunde Anpassungen der bis am 23. September 2021 einzureichenden Preisofferte nur auf die Beilagen 10.1 und 10.2 (mithin auf das Subk 1.1) beschränkt hatte. Im Übrigen hat die Vergabestelle diese Information ebenfalls in der Präsentation zur zweiten Bereinigungsrunde schriftlich festgehalten (vgl. Beschwerdebeilage 14 sowie Gesamtprotokoll der zweiten Bereinigungsrunde gemäss Vorakten, Ordner 14). Mit Schreiben vom 21. Juli 2021 (Beschwerdebeilage 15) hat die Vergabestelle der Beschwerdeführerin als Begründung für die Beschränkung der neuen Preisofferte auf das Subk 1.1 angeführt, dass eine generelle Neueinreichung von sämtlichen Unterlagen mit Relevanz für das Zuschlagskriterium 1 «Wirtschaftlichkeit» eine erneute Plausibilisierung und Bereinigung erfordern würde, was im vorliegenden Vergabeverfahren nicht beabsichtigt sei.

E. 4.5.5

Aufgrund der Programme der Bereinigungsrunden und der Bereinigungsprotokolle (Vorakten Ordner 14 «Bereinigung Angebote», Unterordner «1. Runde» und «2. Runde») lässt sich ebenfalls festhalten, dass die Anbieterinnen Gelegenheit hatten, in einem ersten Schritt - d.h. im Rahmen der Angebotsbereinigungen - die Preisangaben, die unter die Subk 1.2 bis 1.4 fallen, anzupassen und in einem zweiten Schritt auch den Preis für das Subk 1.1 neu zu offerieren. Dieses zweistufige Prozedere wird von der Beschwerdeführerin auch nicht in Abrede gestellt.

E. 4.5.6

In Anbetracht der an den Bereinigungsrunden abgegebenen Informationen und der in E. 4.5.4 zitierten Korrespondenz ist deshalb festzuhalten, dass die Vergabestelle vorliegend Verhandlungen zwecks Offertbereinigung und Änderung des Vertragsgegenstands beabsichtigte. Preisanpassungen wurden lediglich im Rahmen der Bereinigung der Angebote und Leistungsänderungen zugelassen und die Abgabe der finalen Preisofferte war nur auf das SubK 1.1 eingeschränkt. Verhandlungen zwecks Offertbereinigung oder sogenannte technische Verhandlungen sind vom in E. 4.2.3 diskutierten Verhandlungsbegriff gedeckt und gelten grundsätzlich als zulässig (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 687; vgl. zum neuen Recht, insbesondere zu Art. 39 BöB: Christoph Jäger, Technische Verhandlungen, Bereinigung der Angebote nach Art. 39

BöB 2019 / IVöB 2019 in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.] Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 387 ff.).

E. 4.5.7

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Erklärungen der Vergabestelle nach dem ersten Offerteingabetermin seien zu spät erfolgt, ist ihre Rüge unbegründet. Nach der Praxis der BRK muss eine Vergabestelle ihre Verhandlungspartner nicht unbedingt zusammen mit der Einladung zu den Offertverhandlungen informieren. Zur Einhaltung der in Art. 26 Abs. 2 aVöB verankerten schriftlichen Informationspflicht genügt es, wenn den Anbietern die entsprechenden Informationen noch vor der Aufforderung zu deren Stellungnahme oder Einreichung der neuen Angebote schriftlich kommuniziert werden (vgl. zum Ganzen: Alexis Leuthold, a.a.O., Rz. 513 mit Hinweis auf das Urteil der BRK vom 9. November 2004, BRK 2004-006, E. 2b/cc/bb). Der Zeitpunkt bzw. der Gegenstand der Kommunikation der Vergabestelle in der Bereinigungsphase geben daher zu keinen Beanstandungen Anlass. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Anbietenden wurden im Rahmen der Bereinigungsrounden rechtzeitig in die Lage versetzt, Kenntnis davon zu erlangen, was sie in den Verhandlungen erwartet und in welche Richtung sie ihre Offerte anpassen sollten. Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung der Vergabestelle bei der Festlegung des Verhandlungsgegenstands ist daher nicht erkennbar. Insbesondere erscheint die Begründung für die Beschränkung der neuen Preisofferte auf das Subk 1.1 plausibel. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Einschränkung der Preisofferte stehe im Widerspruch zur bisherigen Verhandlungspraxis der Vergabestelle, kann sie daraus keine Rechtsverletzung ableiten, zumal bereits die Informationen der Vergabestelle vor Einreichung der ersten Offerte einen ausreichenden Interpretationsspielraum für Einschränkungen des Verhandlungsgegenstands boten (vgl. vorne E. 4.4.7).

E. 4.5.8

Die Vorgehensweise der Vergabestelle bei der Festlegung des Verhandlungsgegenstands lässt sich nach dem Gesagten sowohl mit der Informationspflicht gemäss Art. 26 Abs. 2 aVöB als auch mit dem Gleichbehandlungs- und Transparenzprinzip vereinbaren. Bei diesem gestützt auf die Aktenlage gewonnenen Ergebnis ist in antizipierter Beweiswürdigung auf die von der Beschwerdeführerin offerierten Parteibefragungen und Zeugenaussagen zu verzichten und die entsprechenden Anträge sind abzuweisen.

E. 5.1.1

Die Beschwerdeführerin erblickt in der Änderung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen durch die Vergabestelle einen weiteren Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des Zuschlags führen soll. Eine solche Änderung sei nicht zulässig, weil sie sich auf keinen sachlichen Grund stütze und die Vergabegrundsätze verletze. Insbesondere habe sich die Vergabestelle in unzutreffender Weise auf die Korrektur eines Fehlers berufen, obwohl gar kein solcher vorliege. Sodann stehe die Anpassung der Muss-Anforderungen im Widerspruch mit den Pünktlichkeitszielen der Vergabestelle und verändere die optimale Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit. Auch habe die erwähnte Änderung nur der Privilegierung der Beschwerdegegnerin gedient, womit sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen verstosse und auf die ursprüngliche Anforderung an die Zuverlässigkeit abzustellen sei. Diesbezüglich bestünden begründete Zweifel, dass die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen erfüllt habe, da diese beim Subk 2.3 doch keine Punkte erzielt habe. Deshalb wäre die

Beschwerdegegnerin von Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nämlich nicht nur die neuen, sondern auch die ursprünglichen Anforderungen an die Zuverlässigkeit erfüllt. Aufgrund der kurzfristigen Änderung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit wäre die Vergabestelle zudem verpflichtet gewesen, den Anbieterinnen eine längere Angebotsfrist für die Anpassung ihrer Offerte zu gewähren. Die reduzierten Muss-Anforderungen hätten mit sich gebracht, dass der Anbieter sein Fahrzeug anders optimieren könne und müsse. Indem die Änderung nach Abschluss der zweiten Frage- und Antwortrunde zu den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sei, habe die Vergabestelle den Anbieterinnen die Möglichkeit genommen, auf die Änderung angemessen zu reagieren. Zu dieser Rüge beantragt die Beschwerdeführerin die Abnahme diverser Beweismittel (Edition der Zuverlässigkeitswerte der Zuschlagsempfängerin, Gutachten und Parteibefragungen).

E. 5.1.2

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, sie habe mit der Anpassung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit einen offensichtlichen Widerspruch zu den Bewertungskriterien (Subk 2.3) beseitigt, indem sie die ursprünglichen Muss-Kriterien an das «Niveau» der Bewertungskriterien angeglichen habe. Eine Veränderung der Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit sei insofern nicht ersichtlich, als die Zielvorstellungen der Vergabestelle von Beginn weg im unveränderten Subk 2.3 bekannt gewesen seien und die Bewertung des Subk 2.3 keine Änderung erfahren habe. Die Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit sei im Übrigen allen Anbieterinnen gegenüber transparent und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleichzeitig kommuniziert worden. Nachdem das Angebot der Beschwerdegegnerin selbst die ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte eingehalten habe, was beim Angebot der Beschwerdeführerin nicht zutreffe, erweise sich der Vorwurf der Privilegierung der Beschwerdegegnerin als unbegründet. Vielmehr habe die Korrektur der Muss-Anforderungen ausschliesslich der Beschwerdeführerin geholfen. Vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zu ihren anderen Interventionen im Vergabeverfahren in diesem Fall keine Einwände erhoben habe, erscheine ihre Rüge als treuwidrig und verspätet. Zum Vorwurf der Kurzfristigkeit der Korrektur führt die Vergabestelle aus, die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargelegt, inwiefern sie ihr Fahrzeug zugunsten der Wirtschaftlichkeit weiter hätte optimieren können. Selbst bei einer substantiierten Darlegung hätte sich am Ergebnis nichts geändert, da sich die resultierenden Punktgewinne bzw. -Verluste gegenseitig aufheben würden. Ein allfälliger Anpassungsbedarf hätte zudem innert kürzer Frist realisiert werden können, weshalb die Änderung dieser Muss-Anforderung nicht zu kurzfristig erfolgt sei.

E. 5.1.3

Die Beschwerdegegnerin teilt im Wesentlichen die Auffassung der Vergabestelle. Insbesondere wehrt sie sich gegen die Rüge der Beschwerdeführerin, die Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele habe gezielt ihrer Privilegierung gedient. Diesbezüglich beteuert die Beschwerdegegnerin unter entsprechender teilweiser Offenlegung der relevanten Werte, dass sie die ursprünglichen strengeren Muss-Anforderungen eingehalten habe.

E. 5.2.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 aBöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Die technischen Spezifikationen definieren die Anforderungen an ein Material, Erzeugnis oder eine Lieferung. Sie beziehen sich wie die Zuschlagskriterien auf das Angebot bzw. den Leistungsgegenstand. Da sie den Inhalt des Angebots bestimmen, sind sie wie die Eignungskriterien, die sich auf die Anbieter beziehen, absoluter Natur und gelten als sogenannte Muss-Kriterien; ihre Nichterfüllung kann unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots führen (vgl. Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2, B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 m.H.; Hans Rudolf Trüeb, in Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Kapitel 25 Beschaffungsrecht, Rz. 25.89; derselbe, BöB-Kommentar in: Matthias Oesch/Rudolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 aBöB). Es steht der Vergabestelle grundsätzlich frei und ist zulässig, im Rahmen der technischen Spezifikationen eine Minimalanforderung als Zulassungsbedingung zu verlangen und die «Übererfüllung» von bestimmten Spezifikationen bei der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Hierfür verlangen Lehre und Rechtsprechung einen hinreichenden Wirtschaftlichkeitsbezug und die Einhaltung des Transparenzgebots. Es muss insbesondere ersichtlich sein, dass eine Übererfüllung bzw. Mehreignung im Rahmen der qualitativen Bewertung berücksichtigt wird (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2 m.w.H.).

E. 5.2.2

Das Vergaberecht geht vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus: Danach ist die Vergabestelle an den definitiv, vollständig und widerspruchsfrei zu umschreibenden Leistungsgegenstand gebunden und darf nach der Offertöffnung innerhalb des konkreten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht mehr davon abweichen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.3 m.w.H.). Vor Ablauf der Eingabefrist sind Modifizierungen, Konkretisierungen sowie Präzisierungen der Ausschreibung oder des Ausschreibungsgegenstands zulässig, soweit die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot berücksichtigt werden (vgl. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, Rz. 127 und 152; s. auch Christoph Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, FN 5 m.H.). Sollte es sich namentlich herausstellen, dass die vorgenommenen Änderungen andere potentielle Anbieter ansprechen könnten, ist das Verfahren abzubrechen und neu auszuschreiben (Beyeler, a.a.O., Rz. 152; vgl. auch die ganze E. 5.2.3). Bezieht sich die Änderung auf die Ausschreibung, muss diese publiziert werden. Betrifft die Änderung indes die Ausschreibungsunterlagen, muss die Vergabestelle diese gegenüber allen Anbieterinnen kommunizieren. Für die Umsetzung der Änderung hat die Vergabestelle den Anbieterinnen in beiden Fällen genügend Zeit einzuräumen, nötigenfalls die Offerteingabefrist zu verlängern (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 127 und 152).

E. 5.2.3.1

Gemäss Art. 30 Abs. 3 aVöB kann die Auftraggeberin das Verfahren abbrechen und neu durchführen, wenn sie das Projekt «wesentlich ändert». Rechtsprechung und Lehre qualifizieren diese Kann-Vorschrift als zwingend, d.h. die Vergabestelle hat bei wesentlichen Projektänderungen kein Ermessen und muss das Verfahren abbrechen (vgl. C. Jäger, a.a.O., Rz. 23). Von einer wesentlichen Projektänderung ist in der Regel dann

auszugehen, wenn die Modifikation wettbewerbswirksam ist, d.h., wenn sie als geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu beeinflussen. Dies ist - wie soeben erwähnt - namentlich dann der Fall, wenn die Modifikation eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten lässt, sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkt bzw. deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zieht (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 809; vgl. auch die Urteile des BVGer B-1680/2016 vom 18. Juli 2016 E. 4.1.3 m.w.H., B-6274/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 4.6.2 m.w.H., B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.3). Von einer wesentlichen Änderung ist ebenfalls auszugehen, wenn die neue Leistungsbeschreibung nicht mehr die ursprünglichen Merkmale aufweist, sondern eine andere Sache bzw. etwas Anderes betrifft und somit die charakteristische Leistung abgeändert wird (vgl. C. Jäger, a.a.O., Rz. 26 in Anlehnung an das Vertragsrecht). Demgegenüber sind unwesentliche Leistungsreduktionen mittels Berichtigung im laufenden Verfahren erlaubt, sofern die Vergabestelle dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einhält (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 829). Bei der Auslegung des Begriffs der wesentlichen Änderung kommt der Vergabestelle ein gewisser Ermessensspielraum zu (C. Jäger, a.a.O., Rz. 23 m.H.).

E. 5.2.3.2

Neben der «Unwesentlichkeit» der Änderung muss die Änderung des Beschaffungsgegenstandes zusätzlich sachlich geboten sein (C. Jäger, a.a.O., Rz. 16 ff.). Mit dem Erfordernis der sachlichen Begründung für die Änderung soll primär verhindert werden, dass die Vergabestelle das Projekt zur Diskriminierung oder Bevorteilung einzelner Anbieterinnen verändert (C. Jäger, a.a.O., Rz. 20). Als sachliche Gründe können die Korrektur von Ausschreibungsfehlern, falsche Mengenangaben, falsche technische Spezifikationen, vergessene Ausschreibung von einzelnen Leistungspositionen und bessere Erkenntnisse über die technischen Möglichkeiten und Lösungen gelten (dito m.H. auf die Praxis). Die Hürde für die Annahme eines sachlichen Grundes ist eher tief anzusetzen, um der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, in Grenzen während des laufenden Verfahrens eigene Fehler zu korrigieren oder neue technische Entwicklungen zu berücksichtigen (C. Jäger, a.a.O., Rz. 19 m.H. auf Hubert Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR 2002 S. 3 ff., Ziff. 5a, S. 11). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund für eine wesentliche Änderung vorliegt, steht der Vergabestelle ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu (vgl. betreffend Abbruch des Verfahrens und Zuschlagswiderruf Zwischenentscheid des BVGer B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 9 i.f.).

E. 5.3.1

Hinsichtlich der Zuverlässigkeitsziele hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen einerseits Muss-Anforderungen als Zulassungsvoraussetzungen definiert (Beilage 17 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021: Auszug aus Anhang 4 WLW: Projektspezifisches Lastenheft Technik [über alle Subtypen], Titel 15.3.2: Zuverlässigkeit, darunter das Zuverlässigkeitsziel I «15.3.2.1-1.1, PLHB-13034» und das Zuverlässigkeitsziel II «15.3.2.1-1.2, PLHB-13035»). Diese Anforderungen mussten vom Lieferanten beim Ausfüllen der Beilage 18.1 WLW beachtet werden (vgl. die soeben erwähnte Beilage 17 und den nachfolgenden Auszug aus dem Erfassungsblatt «Zuverlässigkeit» gemäss Beilage 18.1 WLW). Andererseits hat die

Vergabestelle eine Übererfüllung der Zuverlässigkeit im Rahmen von SubK 2.3 (Zusicherungen betreffend Zuverlässigkeit) bewertet (vgl. AGU, Ziff. 4.2.3 gemäss Beilage 6 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021). In Ziff. 4.2.3 der AGU wird hinsichtlich der Bewertung des Subk 2.3 insbesondere Folgendes festgehalten: Die gewichtete Ausfallrate GM, die massgeblich für die Bewertung dieses Subkriteriums ist, wird gemäss folgender Formel berechnet (s. Beilage 18.2 WLW, Ziffer 6.4): $GM = 100 * G + 10 * M$

E. 5.3.2

Mit der Berücksichtigung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen hinsichtlich Zuverlässigkeitsziele stellt die Vergabestelle einen Bezug zur Qualität der zu beschaffenden S-Bahn-Triebzüge her und damit auch einen Bezug zur Wirtschaftlichkeit der Produkte. Die gegenüber allen Anbieterinnen transparent bekannte Definition der Zuverlässigkeitsziele als Minimal-Muss-Anforderung und die Berücksichtigung deren Übererfüllung bei der Bewertung des Subk 2.3 sind deshalb als grundsätzlich zulässig zu beurteilen (vgl. supra E. 5.2.1).

E. 5.4.1

Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 31. März 2021 (Beschwerdebeilage 12; Vorakten Ordner 22: Korrespondenz) alle Anbieterinnen über die Korrektur der Zuverlässigkeitsziele mit Bezug auf Anhang 4 WLW informiert. Die Änderung betrifft die PLHB-Anforderungen 13034 und 13035, für welche neu die folgenden Ausfallraten festgelegt wurden: - PLHB-13034: G 5 (bisher G 2) - PLHB-13035: G + M 42 (bisher G + M 25). Gemäss Schreiben vom 31. März 2021 hat die Anpassung der Muss-Anforderungen zur Aktualisierung des Anhangs 4 WLW und der Beilage 4.27 zu Anhang 4 WLW geführt. Die Vergabestelle hat ferner mitgeteilt, dass das Sub-Zuschlagskriterium 2.3 «Zusicherung betreffend Zuverlässigkeit» und die dazugehörigen Beilagen 18.1, 18.3, 18.4, 18.5 und 18.6 von den Anpassungen nicht betroffen seien und sich die Bewertung sowie Bewertungsskala des Subk 2.3 nach wie vor gemäss Ziff. 4.2.3 AGU richte. Weiter hat die Vergabestelle eine entsprechende Anpassung der Ziffer 5.3.2 im Anhang 8 WLW im Rahmen der Bereinigungsgespräche mit den jeweiligen Anbieterinnen in Aussicht gestellt, dies unter Wahrung der Vergleichbarkeit und Gleichbehandlung an die neu geltenden Muss-Anforderungen. Schliesslich hat die Vergabestelle die bisherige Frist zur Angebotseinreichung unverändert gelassen (23. April 2021).

E. 5.4.2

Formell betrachtet hat die Vergabestelle im Sinne der bereits zitierten Praxis (vgl. supra E. 5.2.2) vergaberechtskonform gehandelt, indem sie im vorliegenden Fall vor Ablauf der Offerteingabefrist eine Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele beschlossen und gleichzeitig die davon betroffenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen entsprechend berichtigt und alle Anbieterinnen informiert hat. Auf die Frage, ob die Angebotsfrist deswegen allenfalls hätte angepasst werden müssen, wird hinten in E. 5.6 eingegangen.

E. 5.5

Weiter stellt sich die Frage, ob die beschlossene Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit inhaltlich zulässig ist, das heisst ob sich eine solche Änderung auf einen sachlichen Grund stützt, nicht als wesentlich gilt und im Einklang mit den vergaberechtlichen Prinzipien (insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot und

Diskriminierungsverbot) steht (vgl. supra ganze E. 5.2.3)

E. 5.5.1

Als Grund für die Anpassung hat die Vergabestelle in ihrem Schreiben vom 31. März 2021 einen Fehler in der Herleitung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen im Anhang 4 WL V angeführt. In ihren Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat die Vergabestelle mehrmals hervorgehoben, sie habe die ursprünglichen Muss-Anforderungen strenger als die Bewertungskriterien für das SubK 2.3 festgelegt. Die nicht korrekte Abgleichung zwischen den Muss-Anforderungen und den Bewertungskriterien habe zur widersprüchlichen und unlogischen Situation geführt, dass Angebote, welche die Muss-Anforderungen nicht erfüllt hätten, Punkte bei der Bewertung des Subk 2.3 hätten erhalten können. Die Vergabestelle hat die von ihr geschilderte Situation anhand der folgenden Grafik veranschaulicht (Rz. 61 und 62 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021): Weiter erklärt die Vergabestelle, die Auflösung des Widerspruchs sei notwendig gewesen, um zu verhindern, dass sich die Vergabestelle dem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens und der Willkür ausgesetzt hätte. Denn die AGU bilde gemäss ihrer Ziffer 1 für die Anbieter die Grundlage für die Angebotserstellung und die Anbieterinnen hätten sich nach Treu und Glauben darauf verlassen dürfen, dass, wenn die von ihnen angegebenen Zuverlässigkeitswerte innerhalb der Bandbreite gemäss Subk 2.3 liegen würden, ihr Angebot gültig sei und nicht wegen Nichterreichen der Zulässigkeitsanforderungen ausgeschlossen werde. In Anbetracht der Bedeutung und Struktur der AGU hätten sich die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit am Subk 2.3 zu orientieren und nicht umgekehrt.

E. 5.5.2

Nach Darstellung der Vergabestelle soll die verlangte Korrektur der Ausschreibungsunterlagen im Wesentlichen dem Ziel dienen, die Werte der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele mit denjenigen des Subk 2.3, mithin mit der vorgegebenen Struktur der AGU als Grundlage für die Angebotserstellung, in Einklang zu bringen. Damit soll sicherstellt werden, dass eine Übererfüllung der Muss-Anforderungen bei der Bewertung des Subk 2.3 nur dann berücksichtigt werden kann, wenn die entsprechenden Angebote die Muss-Anforderungen auch effektiv erfüllen. Ein Festhalten an den ursprünglichen strengeren Muss-Kriterien hätte die beschriebene widersprüchliche Situation aufrechterhalten und die Vergabestelle mit dem Risiko einer Rüge widersprüchlichen Verhaltens oder einer Willkür rüge konfrontiert.

E. 5.5.3.1

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts sind die Ausführungen der Vergabestelle bezüglich der Korrektur der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele nachvollziehbar und bewegen sich im Ermessensspielraum der Vergabestelle. Die Voraussetzungen für die Annahme eines sachlichen Grunds im Sinne der vorne zitierten Praxis (vgl. E. 5.2.3.2) sind in Anbetracht der geltend gemachten Widersprüchlichkeit zwischen der ursprünglichen technischen Spezifikation und der Erfüllung des SubK 2.3 somit gegeben. In einem solchen Fall muss der Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens freistehen, ein kohärentes Anforderungs- und Bewertungssystem aufzustellen. Soweit die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines Widerspruchs und die Notwendigkeit der Änderung beanstandet, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden. Am Beispiel der finalen Offerte der Beschwerdeführerin ist der von der Vergabestelle vorgebrachte Widerspruch

konkret erkennbar (vgl. Vorakten Ordner 13, Beilage 18.1). Unter Beibehaltung der strengeren Muss-Anforderung hätte die Beschwerdeführerin Punkte beim SubK 2.3 erhalten, weil sie eine gewichtete Ausfallsrate GM 430 aufweist. Und dies obwohl sie das Muss-Kriterium PLHB-13034 nicht erfüllen würde. Bereits aus diesem Grund ist auf die verlangten Gutachten und die beantragte Parteibefragung betreffend die Korrektur eines Fehlers bei der Herleitung der ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten und die entsprechenden Anträge sind abzuweisen.

E. 5.5.3.2

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Korrektur der Muss-Anforderungen habe zu einer Veränderung der Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit geführt und sich sinngemäss auf eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots beruft, ist ihre Rüge ebenfalls unbegründet. Die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele und die Zusicherung betreffend Zuverlässigkeit gemäss dem SubK 2.3 des Zuschlagskriteriums 2 «Qualität» tangieren nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots, sondern die Definition des Leistungsgegenstands. Dieser Aspekt fällt grundsätzlich in die unternehmerische Freiheit der Vergabestelle, welcher nicht durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, sondern in erster Linie durch das Diskriminierungsverbot Schranken gesetzt werden (vgl. Urteil des BGer 2C_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.2 m.H. auf Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2011 f.; vgl. zum Diskriminierungsverbot nachfolgend E. 5.5.3.4). Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz äussert sich nämlich nicht dazu, was beschafft werden soll, sondern stellt lediglich sicher, dass unter all den Angeboten, die die vordefinierte Leistung offerieren, das wirtschaftlich günstigste gewählt wird (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.6.1 S. 326 f.; Beyeler, a.a.O., Rz. 2011 f.).

E. 5.5.3.3

In der Beschwerde und in der Replik hat die Beschwerdeführerin sodann den Vorwurf erhoben, dass die Änderung der Muss-Anforderungen nur der Privilegierung der Beschwerdegegnerin gedient haben soll und Zweifel geäussert, ob die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen erfüllt habe, da diese beim Subk 2.3 keine Punkte erzielt habe. Im Laufe der Instruktion des vorliegenden Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin eingewilligt, eine von ihr abgedeckte Version der Beilage 41 der Duplik der Vergabestelle (Erstes Angebot Y. AG, WLW Beilage 18.1 vom 23. April 2021) der Akteneinsicht der Beschwerdeführerin zugänglich zu machen. Aus Ziff. 2.2 dieser Beilage («Zuverlässigkeit Triebzüge Subtyp 1a, Subtyp 1e, Subtyp 2a und Subtyp 2b») geht hervor, dass die von der Zuschlagsempfängerin angegebenen Werte sich im Rahmen der Minimalwerte der ursprünglichen Muss-Anforderungen (PLHB-13034: G 2 und PLHB-13035: G + M 25) an die Zuverlässigkeitsziele bewegen. Für das erste Angebot der Beschwerdeführerin bzw. der dritten Anbieterin ist genau das Gegenteil der Fall (vgl. Vorakten Ordner 13, WLW Beilage 18.1 vom 23. April 2021). Bereits aufgrund des offengelegten Zahlenmaterials lässt sich der Vorwurf der Privilegierung der Beschwerdegegnerin demnach widerlegen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin die Plausibilität der ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte der Beschwerdegegnerin mit Erfolg in Zweifel ziehen könnte, würde das im Ergebnis lediglich bedeuten, dass keine der Anbieterinnen mit ihrer ersten Offerte die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele erfüllt hätte. Der Rüge der Beschwerdeführerin, die Aufweichung der

Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen sei nur zum Zweck der Privilegierung der Beschwerdegegnerin erfolgt, wäre damit endgültig die Grundlage entzogen. In Anbetracht dieses Ergebnisses kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme der offerierten Parteibefragungen und Gutachten zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin die strengeren Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele erfüllt hätte bzw. ob eine gezielte Privilegierung der Beschwerdegegnerin vorliegt, verzichtet werden.

E. 5.5.3.4

Ebenfalls vergeblich versucht die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin trotz einer Lockerung der Muss-Anforderungen im Subk 2.3 keine Punkte erzielt hat, Rückschlüsse darauf zu ziehen, dass die Beschwerdegegnerin auch die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht erfüllt hätte. Denn die Erteilung von null Punkten macht lediglich eine Aussage darüber, dass die Zuverlässigkeitswerte der Beschwerdegegnerin zu keiner Übererfüllung geführt haben.

E. 5.5.3.5

Eine Korrektur der Muss-Anforderungen, welche wie vorliegend über den Ausschluss bzw. Nichtausschluss von Anbieterinnen entscheidet, kann zwar nicht ohne Weiteres als unwesentlich qualifiziert werden. Aber selbst wenn darin ein Verfahrensfehler zu erkennen wäre, kann die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Mängel im Ablauf eines Vergabeverfahrens sind - soweit keine formellen Garantien betroffen - nämlich nur dann beachtlich, wenn sie erheblich sind, das heisst, wenn sie die Zuschlagserteilung kausal beeinflusst haben oder beeinflussen haben können (Urteil des BVGer B-4009/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.7.4; Zwischenentscheide des BVGer B-3553/2019 vom 24. September 2019 E. B-6997/2018 vom 30. April 2019 BVGE 2016/19 E. 6.3.2). Die Kausalität eines Verfahrensfehlers wird generell angenommen, wenn der Ausgang des Verfahrens bei Ausbleiben des Fehlers eine Besserstellung des Beschwerdeführers zur Folge gehabt hätte. Aufgrund der geschilderten Aktenlage ist der Vergabestelle vorliegend jedoch insofern zuzustimmen, als die Beschwerdeführerin und nicht die Zuschlagsempfängerin bei einer Bewertung nach den ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre, weshalb der Zuschlag auch dann bei der Beschwerdegegnerin verblieben wäre. Weder eine Bewertung nach den ursprünglichen noch eine solche nach den geänderten Kriterien hätte somit eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin zur Folge gehabt. Der geltend gemachte Verfahrensfehler ist daher als nicht kausal und damit unerheblich einzustufen, weshalb sich Weiterungen zu diesem Punkt erübrigen.

E. 5.5.3.6

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Korrektur der Muss-Anforderung durch die Vergabestelle als zulässig und vergaberechtskonform zu bezeichnen ist.

E. 5.6

Nachfolgend bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Änderung der Muss-Anforderungen betreffend Zuverlässigkeitsziele selbst bei Zulässigkeit zu einer Verlängerung der Angebotsfrist hätte führen müssen.

E. 5.6.1

Vorliegend wurde die Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele unter gleichzeitigem Hinweis, dass die Korrektur keine Auswirkungen auf die Frist zur

Einreichung der Angebote zeitige, gegenüber allen Anbieterinnen zeitgleich angekündigt, womit sich die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Transparenz als gewahrt erweisen. Das scheint die Beschwerdeführerin selbst anzuerkennen, wenn sie ausführt, dass alle Anbieterinnen noch 23 Tage Zeit bis zur Abgabe ihrer Angebote gehabt hätten.

E. 5.6.2

Soweit die Beschwerdeführerin aber geltend macht, dass die Ausgangslage zum Zeitpunkt der Änderung nicht für alle Anbieterinnen gleich gewesen sei und dabei auf ihre Ausführungen Bezug nimmt, gemäss welchen die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen nicht eingehalten habe, ist für das Gericht nicht ersichtlich, worauf die Beschwerdeführerin eigentlich abzielen will. Die Beschwerdeführerin begründet die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist im Wesentlichen damit, sie hätte nach der Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit eine weniger redundante Traktionskette einbauen und damit die Kosten senken können. Dabei unterlässt sie es, konkret aufzuzeigen, ob und inwiefern das Festhalten an der ursprünglichen Frist effektiv zu einer relevanten Verschlechterung der Rahmenbedingungen für die Erstellung der Offerte bzw. zu einem unverhältnismässigen Aufwand beigetragen hätte. Allein aus der von ihr erstellten Liste der Dokumente, auf welche sich die Korrektur der Muss-Anforderungen ihrer Meinung nach ausgewirkt hätte, kann die Beschwerdeführerin ohne nähere Substantiierung zum benötigten Anpassungsaufwand bzw. -Bedarf auf jeden Fall nichts zu ihren Gunsten ableiten. Aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen der Vergabestelle ist davon auszugehen, dass zumindest mit Bezug auf die Beilagen 4.1 und 4.3 WLW (Erfassungsblätter zum technischen Lastenheft), in welchen die Anpassung in einer kurzen Ja- bzw. Nein-Rückmeldung bestand sowie mit Bezug auf die Beilagen 15.2 bis 15.7 WLW (6 Instandstellungstabellen), in welchen einzelne Zahlen geändert werden konnten, von grundlegenden und aufwändigen Änderungen keine Rede sein kann.

E. 5.6.3

Hinzu kommt, dass sich die Vergabestelle im vorliegenden Fall Bereinigungs- und Verhandlungsrunden nicht nur vorbehalten, sondern auch durchgeführt hat. Innerhalb dieses Prozesses waren Änderungen des Leistungsgegenstands wenn auch nur im beschränkten Rahmen möglich (vgl. die ganze E. 4). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Bereinigungsrounden ihre ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte korrigieren konnte, aber auf eine Anpassung des Gesamtfahrzeugs aus finanziellen Gründen verzichtete (vgl. Beilage 43 der Duplik, Ausführungen zur Frage ID 055). Schliesslich ist anzumerken, dass das Angebot der Beschwerdeführerin durch die Korrektur der ursprünglichen Kriterien zum Vergabeverfahren zugelassen und bewertet wurde, was eine Besserstellung der Beschwerdeführerin bedeutet. Es ist deshalb nicht ersichtlich, woraus die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche auf eine Verlängerung der Angebotsfrist ableitet.

E. 5.6.4

Aus all diesen Gründen erweist sich der Vorwurf der unzulässigen Kurzfristigkeit der Angebotsfrist als unbegründet. Auf die Frage, ob eine effektive Optimierung des Fahrzeugs durch die Beschwerdeführerin zu wesentlichen Punktegewinnen geführt hätte, braucht bei diesem Ergebnis nicht mehr eingegangen zu werden.

E. 5.7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabestelle weder ihr Ermessen überschritten noch eine Rechtsverletzung begangen hat, indem sie vor dem Offerteingabetermin die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele angepasst hat. Eine Auseinandersetzung mit den Vorwürfen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich Treuwidrigkeit und Verspätetheit der Rüge der Beschwerdeführerin erübrigt sich bei diesem Ergebnis.

E. 6

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter die Bewertung der Offerten bezüglich der Subkriterien SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis), SubK 2.1 (Projektplan), SubK 2.2 (Reifegradmodell) und SubK 4.2 (technische Entwicklungsfähigkeit). Gemäss Ziff. 4 AGU wurden folgende Zuschlags- bzw. Subkriterien festgelegt und wie folgt gewichtet: Aus der Gesamtbewertungstabelle (Vorakten, Ordner 15; vgl. auch Beilage 7 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021: Debriefing-Protokoll) ergibt sich, dass die Zuschlagsempfängerin ein Total von 750 Punkten erzielte und die zweitplatzierte Beschwerdeführerin auf 694 Punkte kam. Beim SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis) hat die Beschwerdeführerin keine Punkte bekommen, während das Angebot der Zuschlagsempfängerin das Punktemaximum erreichte. Beim SubK 2.1 (Projektplan) wurden der Beschwerdeführerin bzw. der Zuschlagsempfängerin 50 bzw. 75 Punkte erteilt. Beim SubK 2.2 (Reifegradmodell von Systemen) erreichte die Zuschlagsempfängerin eine leicht bessere Punktzahl (48 Punkte) als die Beschwerdeführerin (36 Punkte). Beim SubK 4.2 (technische Entwicklungsfähigkeit) resultierte ein Punktegleichstand (0 Punkte).

E. 6.1

Bei der Auswahl, Gewichtung und Beurteilung der Eignungs- und Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift. Dem Gericht fehlen in der Regel die erforderlichen fachspezifischen und technischen Kenntnisse für die Beurteilung, welche Anforderungen ein Produkt erfüllen muss, um dem Bedarf der Vergabestelle gerecht zu werden (vgl. Art. 31 BöB; BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1 und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; Zwischenentscheid des BVGer B-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 8.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 564 ff. und 976). Hat die fachkundige Vergabebehörde eine Beurteilung bzw. Bewertung vorgenommen, kommt eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA" E. 2.3; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1388). Dabei genügt es zu deren Infragestellung nicht, die vorgenommene Beurteilung mit unbelegten Verdächtigungen zu kritisieren, sondern es ist substantiiert darzulegen, inwiefern das (technische) Ermessen überschritten worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri").

E. 6.2

SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis)

E. 6.2.1.1

Die Beschwerdeführerin bringt zum Unterkriterium 1.3 vor, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei zu hoch und ihr eigenes zu tief bewertet worden. Sie führt ihr aus ihrer Sicht unerklärbar schlechtes Abschneiden auf drei Faktoren zurück. Erstens habe die Beschwerdegegnerin ein mit den ursprünglichen Muss-Anforderungen nicht konformes Fahrzeug geplant. Zweitens habe die Beschwerdegegnerin falsche Werte geliefert und drittens sei der Vergabestelle ein Rechenfehler bei der Berechnung des relativen Abschneidens unterlaufen. Im Wesentlichen wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle zwei Rechtsfehler vor: eine unzureichende Plausibilisierung der Angaben einerseits und eine falsche Anwendung der Vergleichsberechnung andererseits. Die offengelegte Plausibilisierung der Energiekosten und Trassenpreise der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin enthielten keine nachvollziehbare Begründung und es fehle an konkreten, mit mathematischen Schätzungen untermauerten Argumenten. In diesem Punkt beantragt die Beschwerdeführerin die Erstellung eines Gutachtens. Selbst bei einer rechtskonformen Plausibilisierung habe die Vergabestelle nicht vergleichbare Werte verglichen und die Plausibilisierung auf unterschiedliche Annahmen gestützt. Die Beschwerdeführerin geht diesbezüglich davon aus, dass sie die einzige Anbieterin sei, die einen Triebzug mit [...] offeriert [...] habe. Schliesslich beteuert sie, sie habe sich [...] am Industriestandard [...] und sonst auch am Komfortkriterium der Vergabestelle für die Fahrplangestaltung orientiert. Nur bei der Einhaltung dieser Standards werde auch sichergestellt, dass das Zuschlagskriterium Fahrplangestaltung (SubK 3.3) erfüllt werde.

E. 6.2.1.2

Die Vergabestelle hat in ihren Eingaben die wesentlichen Gründe für die unterschiedliche Beurteilung des SubK 1.3 unter Bezugnahme der Plausibilisierungsblätter der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin erörtert und ergänzt. Im Wesentlichen weist sie den Vorwurf der mangelhaften Plausibilisierung der Energiekosten und der fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote zurück. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin unterstreichen, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene Norm [...] in der Schweiz nicht verbindlich sei. [...]. Im Übrigen gehe es beim angerufenen «Komfortkriterium» (maximale Bremsverzögerung 0.8 m/s^2) um einen Parameter, der für die Simulation der Fahrzeiten zur Anwendung komme. Die Simulation diene der Bewertung des SubK 3.3 (Fahrplantechnische Anforderungen) und stelle keine Vorgabe für das SubK 1.3 dar.

E. 6.2.2

Bezüglich des SubK 1.3 wurden die Anbieterinnen aufgefordert, die Angaben zu den Energiekosten und Trassenpreise in die Beilagen 14.1 und 14.2 zum WLV einzutragen. Sie hatten dabei schwerpunktmässig die Vorgaben gemäss Anhang 14 WLV und den Beilagen 14.3, 14.4 und 14.5 umzusetzen. Die Berechnungsgrundlagen waren in den Beilagen 14.6 bis 14.7 zu dokumentieren. Die in der Beilage 14.1 WLV ausgewiesene Gesamtsumme zwischen den Energiekosten und Trassenpreisen wurde wie folgt bewertet: - Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis erhält die maximale Punktzahl von 50, - Die Angebote, welche den tiefsten Angebotspreis um 30% übersteigen, erhalten null Punkte, - Die Punkteverteilung dazwischen erfolgt linear und es werden nur ganze Punkte - gemäss mathematischen Regeln gerundet - verteilt (vgl. Ziff. 4.1.3 AGU). Rein mathematisch betrachtet ist festzuhalten, dass die Bewertung der Angebote im SubK 1.3 nach dem linear gekürzten System nicht zu beanstanden ist. Das günstigste Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde gemäss Ziff. 4.1.3 AGU mit dem Punktemaximum honoriert

und das Angebot der Beschwerdeführerin, welches dieses um über 30% übertrifft und damit das teuerste der drei Angebote darstellt, hat 0 Punkte erhalten.

E. 6.2.3

Gemäss den Plausibilisierungsblättern der Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdegegnerin (Beilagen 23 und 22 der Stellungnahme der Vergabestelle) wurden beide von der Vergabestelle aufgefordert, zusätzliche Informationen nachzureichen und einzelne Punkte zu überprüfen bzw. zu korrigieren. Soweit die Beschwerdeführerin den Vorwurf einer nicht hinreichenden Plausibilisierung der Angaben äussert, ist ihre Rüge in rein formeller Hinsicht deshalb unbegründet. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die Vergabestelle grundsätzlich auf die ausgewiesenen Zahlenangaben der Anbieterinnen abstellen kann (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4 S. 40, 139 II 489 E. 3.2 S. 495 f.). Sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, solche Angaben nachzuprüfen. Ob sie dies tut, liegt in ihrem Ermessen, welches nicht überschritten ist, solange nicht konkrete Hinweise bestehen, dass die eingereichten Unterlagen nicht wahr sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4 S. 40 sowie Urteil des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3). Ob das Ergebnis der Plausibilisierung materiell einer vergaberechtlichen Prüfung standhält, ist nachfolgend zu prüfen.

E. 6.2.4

Gemäss dem Plausibilisierungsblatt wurden die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Werte aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit denjenigen der Bestandsflotten als plausibel erachtet. Die Vergabestelle führt ergänzend aus, dass der Vergleich der Angebotsangaben mit den effektiv erzielten Werten des in der Flotte der Beschwerdegegnerin bereits verkehrenden Fahrzeugtyps (...) ohne weiteres möglich sei und keine nennenswerten Abweichungen festgestellt worden seien. Ausschlaggebend für die höheren Kosten der Beschwerdeführerin und die damit einhergehende schlechtere Bewertung ihres Angebots ist vorwiegend der hohe Energieverbrauch des Antriebs, welcher einerseits auf [...] und andererseits auf [...] zurückgeführt werden kann (Plausibilisierungsblatt SubK 1.3 der Beschwerdeführerin). Im Beschwerdeverfahren hat die Vergabestelle die Faktoren, auf welche der Energiekonsum der angebotenen Triebzugtypen 1 und 2 ihrer Ansicht nach zurückgeht, weiter präzisiert und auf die Unterschiede der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin hingewiesen. [...].

E. 6.2.5

Aus Sicht des Gerichts stellen die Kommentierungen in den Plausibilisierungsblättern und die Ergänzungen der Vergabestelle in ihren Eingaben durchaus sachliche und nachvollziehbare Gründe für den Punkteunterschied zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin beim SubK 1.3 dar. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Plausibilisierung auf eigene Erkenntnisse und Erfahrungen abstellt und dabei die von der Beschwerdegegnerin angegebenen Werte mit den effektiv erzielten Werten beim Fahrzeugtyp (...) vergleicht, der bereits in der Flotte der Vergabestelle verkehrt. Aufgrund ihres Kenntnisstands ist die Vergabestelle am besten in der Lage zu beurteilen, dass der offerierte und der bereits verkehrende Fahrzeugtyp über weite Strecken identisch und daher sehr gut miteinander vergleichbar sind. Der Vorwurf der nicht nachvollziehbaren Begründung und die Mutmassung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin habe falsche Angaben geliefert, gehen demnach fehl. Ferner vermögen die von der Vergabestelle angeführten Faktoren für die höheren Kosten des

Angebots der Beschwerdeführerin in ihrer Summe das schlechtere Abschneiden der Beschwerdeführerin im SubK 1.3 zu erklären. Soweit die Beschwerdeführerin das Fehlen von konkreten, mit mathematischen Schätzungen untermauerten Argumenten bemängelt, verkennt sie, dass die Bewertung des SubK 1.3 für alle Anbieterinnen in erster Linie aufgrund ihrer Angaben in den Beilagen 14.1 bis 14.7 zu erfolgen hatte und die Plausibilisierung gestützt auf die von den Anbieterinnen zusätzlich eingeholten Informationen vorgenommen wurde. Diese Vorgehensweise wurde für die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin gleich gehandhabt. Von einer ungenügenden Plausibilisierung kann also keine Rede sein.

E. 6.2.6

[...]. Vor diesem Hintergrund kann die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten ihre Bewertung des SubK 1.3 nicht grundlegend verbessern, zumal sie in dieser Hinsicht auch keine konkreten Vorschläge vorbringt. Sie hat nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die Vergabestelle bei der Bewertung des SubK 1.3 ihr technisches Ermessen überschritten haben und die Bewertung sachlich nicht nachvollziehbar, d.h. willkürlich sein soll. Die Rüge der rechtfehlerhaften Bewertung erweist sich schon aus diesem Grund als unbegründet. Von der Einholung des offerierten Gutachtens betreffend Energiekosten ist in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen, nachdem feststeht, dass die Bewertung den im Voraus kommunizierten Zuschlagskriterien entspricht und auf die in nachvollziehbarer Weise plausibilisierten Angaben der Anbieterinnen abstellt. Der entsprechende Antrag ist deshalb abzuweisen.

E. 6.2.7

Soweit die Beschwerdeführerin der Vergabestelle schliesslich vorwirft, nicht vergleichbare Werte miteinander verglichen zu haben, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass die Kritik der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle sich [...] auf nicht vergleichbare Werte gestützt habe, auf reinen Spekulationen beruht, die im Lauf des Beschwerdeverfahrens ausgeräumt werden konnten. So hat es sich herausgestellt, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch die Beschwerdegegnerin einen Triebzug mit [...] offeriert hat (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin Rz. 119, Duplik der Vergabestelle Rz. 165). Ausserdem resultierte aus den Eingaben der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene europäische Norm [...] für die Schweiz nicht verbindlich ist [...] (vgl. Duplik der Vergabestelle Rz. 167, Duplik der Beschwerdegegnerin Rz. 120 ff.; Beilage 5 der Duplik der Beschwerdegegnerin). Es ist weder ersichtlich noch wird dies von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Einhaltung der Norm [...] zwingend vorgeschrieben war. Und schliesslich dürfte es sich beim von der Beschwerdeführerin angeführten «Komfortkriterium» um einen für die Simulation von Fahrzeiten angewendeten Parameter handeln, der bei der Bewertung des SubK 3.3 (Fahrplantechnische Anforderungen) zur Anwendung gelangt und keine Vorgabe für das SubK 1.3 darstellt (vgl. Quadruplik der Vergabestelle Rz. 42; vgl. auch entsprechender Hinweis auf das SubK 3.3 im Plausibilisierungsblatt der Offerte der Beschwerdeführerin).

E. 6.2.8

Insgesamt sind keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Bewertung des SubK 1.3 ersichtlich.

E. 6.3

SubK 2.1 (Projektplan)

E. 6.3.1.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, die Vergabestelle habe an den Projektplan ausführliche, aber vage Anforderungen gestellt, welche grosse Gestaltungsspielräume belassen hätten. Bei den Erläuterungen in Ziff. 4.2.1 AGU zu Inhalt und Bewertung des Projektplans handle es sich um allgemein gehaltene Angaben, die den Ablauf einer jeden öffentlichen Beschaffung widerspiegeln, wobei ein Erkenntniswert hinsichtlich geforderter Detailliertheit oder Ausführlichkeit nicht bestanden habe. Weiter macht die Beschwerdeführerin eine zu tiefe Bewertung ihres Angebots geltend. Im Wesentlichen verwirft sie die von der Vergabestelle anlässlich des Debriefings geäußerte Kritik und beteuert, dass die angeblich fehlenden bzw. unvollständigen Ausführungen in ihrem Projektplan klar und nachvollziehbar vorhanden gewesen seien. Ferner gibt die Beschwerdeführerin an, in welchen Meilensteinen sie die Themen Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung behandeln soll. Ferner erklärt sie, sie habe die Mitwirkungspflichten der Vergabestelle und der Beschaffungspartner in der fünften Spalte des Projektplans in nahezu allen von ihr genannten Meilensteinen aufgeführt. Insbesondere habe sie konkret thematisiert, welche Mitwirkungspflicht erforderlich sei, um den «straffen Zeitplan» einzuhalten. Zudem kann die Beschwerdeführerin den Vorwurf nicht verstehen, sie habe die Typentestphase «als eher zu kurz aufgefasst». Soweit die Vergabestelle meine, der Einbezug der erforderlichen Drittparteien sei nicht im erforderlichen Umfang dargestellt worden, bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe diesen Punkt nicht im Voraus klar definiert. Für die Abklärung des Vorhandenseins und der Plausibilität ihrer Angaben offeriert die Beschwerdeführerin wiederum die Einholung eines Gutachtens.

E. 6.3.1.2

Die Vergabestelle weist den Vorwurf der Vagheit der Anforderungen an den Projektplan zurück und entgegnet, sie habe in Ziff. 4.2.1 AGU die inhaltlichen Vorgaben des Projektplans sowie die anzuwendenden Bewertungskriterien und -Methodik hinreichend klar kommuniziert. Des Weiteren nimmt sie Bezug auf die im Bewertungsprotokoll der Beschwerdeführerin erwähnte Defizite sowie auf die Unterschiede zwischen dem Projektplan der Beschwerdeführerin und demjenigen der Beschwerdegegnerin. Sie kommt zum Schluss, dass die Vorbringen in der Beschwerde keine höhere Bewertung rechtfertigen könnten.

E. 6.3.2

In Ziff. 4.2.1 AGU sind auf eineinhalb Seiten die inhaltlichen Anforderungen an den Projektplan sowie die Bewertungskriterien und die Bewertungsskala definiert. Die inhaltlichen Vorgaben wurden wie folgt formuliert (Auszug): Die Bewertungskriterien wurden wie folgt festgelegt: Basierend auf dem Erfüllungsgrad der vorgenannten Bewertungskriterien erfolgte die Punktvergabe wie folgt:

E. 6.3.3

In Anbetracht der soeben geschilderten und sehr umfangreichen Vorgaben zum SubK 2.1 kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Umschreibung des Inhalts, der Bewertungskriterien und der Punktvergabe mit Bezug auf den Projektplan nicht zu beanstanden ist. Den Anbieterinnen musste hinreichend klar sein, welche Inhalte des Projektplans nach welchen Kriterien und mit welcher Notenskala bewertet werden. Die

Beschwerdeführerin beschränkt sich denn auch mehrheitlich auf eine pauschale Kritik an der Vagheit der Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen, ohne konkret und plausibel darzulegen, inwiefern und in welchen Punkten sie eine Rechtsverletzung durch die Vergabestelle festgestellt haben will. Entgegen ihrer Einschätzung wurde in den Ausschreibungsunterlagen für die Anbieter die Pflicht statuiert, die Involvierung Dritter im Herstellungs- und Zulassungsverfahren, wie auch allenfalls notwendige Mitwirkungshandlungen seitens der Vergabestelle bzw. der Beschaffungspartner aufzuzeigen. Bei Unklarheiten hätte die Beschwerdeführerin vor der Offerteinreichung nachfragen und um Präzisierung ersuchen sollen. Entsprechende Angaben wurden nach den kommunizierten Bewertungskriterien unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit bewertet. Mit der Rüge der fehlenden bzw. ungenügenden Kommunikation kann die Beschwerdeführerin daher nicht gehört werden.

E. 6.3.4.1

Aus dem Bewertungsprotokoll zum SubK 2.1 (Beilage 24 der Stellungnahme der Vergabestelle) resultiert, dass der Erfüllungsgrad des Projektplans der Beschwerdeführerin als genügend eingestuft und mit 50 Punkten honoriert wurde. Gemäss der Bewertungsbegründung wurden wesentliche Themen wie Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang, Erstbevorratung sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht nicht aufgeführt. Nach den Experten bewirkt ein solches Defizit eine Einschränkung des Projektplans in Bezug auf Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit, Praktikabilität und Detaillierungsgrad. Eine Einschränkung der Nachvollziehbarkeit des Projektplans wurde ferner aufgrund der ungenügenden Mitwirkungspflichten der Vergabestelle bzw. der Beschaffungspartner in den genannten Themen und wegen der als zu kurz aufgefassten Typentestphase festgestellt. Weiter wurde im Bewertungsprotokoll bemängelt, dass die projektspezifischen Anforderungen nur vereinzelt in zusätzlichen Meilensteinen bzw. sachlichen Erfüllungskriterien plausibel eingebettet worden seien. Schliesslich wurde in der Bewertungsbegründung kritisiert, dass der Einbezug der erforderlichen Drittparteien nicht im erforderlichen Umfang dargestellt wurde, womit sich dessen sachliche und zeitliche Angemessenheit nicht abschliessend beurteilen lasse.

E. 6.3.4.2

Die im Bewertungsprotokoll aufgeführten Gründe für die Bewertung des SubK 2.1 stimmen mit den Erläuterungen der Vergabestelle im Debriefing-Protokoll und mit deren Ergänzungen im Rechtsmittelverfahren überein.

E. 6.3.4.3

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie in ihrem Projektplan klare und nachvollziehbare Ausführungen bezüglich Sicherheitsnachweisen, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung gemacht habe. Soweit sie sich in diesem Zusammenhang auf die Meilensteine 111 a-f, 112 a-f, 200 und 302 bezieht, kann sie daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie die Vergabestelle nachvollziehbar ausführt, handelt es sich dabei um von der Vergabestelle vorgegebene und nicht von der Beschwerdeführerin ergänzte Meilensteine. Anders als die Beschwerdeführerin es meint, wurde in den Ausschreibungsunterlagen klar kommuniziert, dass die Anbieter in der Ausgestaltung des Projektplans - mit Ausnahme der mit grauer Farbe hinterlegten und unveränderbaren Felder - komplett frei waren und vor bzw. nach den unveränderbaren Feldern beliebig viele Meilensteine eintragen konnten. Anhand der ergänzenden Angaben der Vergabestelle im

Rechtsmittelverfahren (Stellungnahme, Rz. 98 f.) und der Angebote kann das Bundesverwaltungsgericht verifizieren, dass die Beschwerdeführerin in den strittigen Themen Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung - im Vergleich zur Beschwerdegegnerin - keine zusätzlichen Meilensteine definiert hat. Zudem erweisen sich die Ausführungen der Vergabestelle bezüglich der Unterschiede im Umfang (Anzahl Seiten) und Detaillierungsgrad (Anzahl der zusätzlich definierten Meilensteine) des Projektplans der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin als plausibel.

E. 6.3.4.4

Ebenso fehlt geht die Beschwerdeführerin in der Einschätzung, sie habe die Mitwirkungspflichten der Vergabestelle und der weiteren Beschaffungspartner bei den genannten Themen klar und unmissverständlich behandelt. Wie die Vergabestelle zutreffend erklärt, resultiert aus der Offerte der Beschwerdeführerin, dass in den Meilensteinen 111 a-f keine Mitwirkungspflichten erwähnt wurden. Wie die Vergabestelle zu Recht vorbringt, ist eine solche Mitwirkung insbesondere mit den Sicherheitsnachweisen und den Dokumentationen (Bedienungsanleitung und IHHB) entscheidend. Dasselbe gilt beim Netzzugang.

E. 6.3.4.5

Was den Einbezug von Drittparteien anbelangt, bemängelt die Vergabestelle, die Beschwerdeführerin habe namentlich die Europäische Eisenbahnagentur hinsichtlich der für die Testphase verlangte Zulassung in Deutschland und Österreich nicht erwähnt sowie auch die «NoBo» (Notified Bodies), «DeBO» (Designated Bodies) und «AsBO» (Assessment Bodies») nicht aufgeführt, welche für die Prüfung der Zulassungsdossiers zuständig seien. Dasselbe gelte für die Deutsche Bahn und die ÖBB in Bezug auf den Netzzugang in Deutschland und Österreich und die Schweizer Zulassungsbehörde BAV. Für das Gericht ist die fehlende Nennung der einbezogenen Drittparteien geeignet, einen weiteren Punkteabzug zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit der ergänzenden Begründung der Vergabestelle in ihren Eingaben nicht auseinander und beanstandet lediglich, die Vergabestelle habe ihre Vorstellungen betreffend die Involvierung von Dritten nicht hinreichend klar kommuniziert. Ein solcher Einwand vermag keine Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der Begründung der Vergabestelle zu wecken.

E. 6.3.4.6

Die Vergabestelle hat die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Typentestphase im Vergleich zu derjenigen der Beschwerdegegnerin sodann als zu kurz aufgefasst und weniger plausibel eingestuft. Vor dem Hintergrund, dass der Vergabestelle bei der Bewertung der Plausibilität bezüglich der Einbettung der Anforderungen in den Projektplan ein grosser Ermessensspielraum zukommt (vgl. Ziff. 4.2.1 der AGU), kann die soeben geschilderte Begründung für die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerin als nachvollziehbar erachtet werden. Die Beschwerdeführerin verteidigt die Dauer ihrer Typentestphase mit dem Argument, es sei letztlich in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, einen realistischen Zeitplan zu formulieren, denn sie riskiere ansonsten die Zahlung der in Art. 13.5 WLV definierten Konventionalstrafe, wenn sie diesen nicht einhalten könne. Allerdings legt die Beschwerdeführerin nicht konkret und plausibel dar, ob und inwiefern ihre Typentestphase eine höhere Bewertung verdiene. Schliesslich ist der Vergabestelle in dem Punkt zuzustimmen, dass die Bezahlung einer Konventionalstrafe wegen Nichteinhaltung von Terminvorgaben die Vergabestelle in keiner

Weise von ihrer Pflicht enthebt, die Angebote gründlich zu prüfen. Konventionalstrafen greifen erst, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Eine sorgfältige Angebotsevaluation soll hingegen dafür sorgen, es gar nicht soweit kommen zu lassen.

E. 6.3.5

Nach dem Gesagten erweist sich die Bewertung des SubK 2.1 (Projektplan) durch die Vergabestelle insgesamt als sachlich und nachvollziehbar. Sie hat ihren grossen Ermessensspielraum bei der Bewertung nicht überschritten. Auf die Einholung des offerierten Gutachtens kann in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

E. 6.4

SubK 2.2 Reifegradmodell von Systemen

E. 6.4.1

Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, das von der Vergabestelle verwendete Reifegradmodell für die Bewertung der Angebote sei ungeeignet, realitätsfremd und daher rechtsfehlerhaft, was sie mehrmals im Laufe des Vergabeverfahrens moniert habe. Ein solches Reifegradmodell habe zur Folge, dass jede noch so minime Anpassung einer bewährten Komponente zu einem geringen Reifegrad des Systems als Ganzes führe. Ein neues, praktisch nicht erprobtes System bekomme einen ebenso niedrigen Reifegrad, wie ein erprobtes System mit minimalen, insbesondere bezüglich Projektrisiko, nicht relevanten Änderungen. Dies suggeriere, dass ein erprobtes minimal geändertes System die gleiche «Störanfälligkeit» habe, wie ein gänzlich neu zu entwickelndes System. Somit habe die Vergabestelle nur den theoretischen Reifegrad, nicht jedoch den eigentlichen ausschlaggebenden effektiven Reifegrad abgefragt und bewertet. Die fehlende Differenzierung zwischen kompletten Neuentwicklungen und bereits erprobter bestehender Teilsysteme verunmögliche eine faire Beurteilung. Für die Untauglichkeit des Bewertungssystems spreche auch der Umstand, dass spezielle Anforderungen betreffend Zusammensetzung des Abwassers und Klimaanlage nicht hätten eingehalten werden können und in der Bereinigungsphase mehrfach korrigiert worden seien. Im Weiteren sei für die Beschwerdeführerin unerfindlich, warum ihr Angebot 12 Punkte schlechter als jenes der Zuschlagsempfängerin bewertet worden sei, da sie allein im Bereich ETCS seit zehn Jahren Marktführerin sei.

E. 6.4.2

Die Bewertungsmodalitäten des Reifegradmodells von Systemen sind Ziff. 4.2.2 AGU zu entnehmen und bestanden aus zwei Teilen. Im ersten Teil hatten die Anbieterinnen ihre eigenen Mittel- und Minimalwerte zum technischen Reifegrad (TRL) und zum Grad der Integrationsbereitschaft (IRL) für die Systeme «Aussentüren», «Toilette/Sanitarsystem», «HLK» «Bremsen», «Fahrwerk», «Zugbeeinflussungssystem/Zugsicherungssystem (ATC)» und «TCMS» (Train Control Management System) in das Erfassungsblatt gemäss Beilage 7.1 WLW einzutragen. Für die Punktevergabe galt folgender Massstab: Im zweiten Teil hatten die Anbieterinnen in den von ihnen erstellten Konzepten gemäss Beilagen 7.2 bis 7.8 WLW das geplante Vorgehen zur Weiterentwicklung des derzeitigen Reifegrads aufzuzeigen. Die Konzepte wurden in einer Einzelbewertung mit je insgesamt maximal 4 Punkten nach den Bewertungskriterien Vollständigkeit, Konsistenz mit dem Projektplan (gemäss Beilage 2.1 WLW) und Praktikabilität gemäss nachfolgender Tabelle bewertet:

E. 6.4.3

Wie bereits erwähnt, hat die Vergabestelle bei der Auswahl und der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018, B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung Post" und B- 6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"). Eine Korrektur des Bewertungssystems durch das Bundesverwaltungsgericht kommt nur dann in Betracht, wenn sich dieses nicht nur als möglicherweise unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 6.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1388).

E. 6.4.4

Die erwähnten Vorgaben zur Bewertung des Reifegrads lassen transparent erkennen, was die Vergabestelle bei den Angaben zum derzeitigen Reifegrad bzw. bei den Konzepten zu dessen Weiterentwicklung erwartete und worauf sich die Punkte bezogen. In der Gesamtbewertungstabelle wird die Punktevergabe sowohl bezüglich der Mittel- und Minimalwerte TRL und IRL als auch bezüglich des Erfüllungsgrads der Konzepte ebenfalls klar dokumentiert.

E. 6.4.5

Unklarheiten zum Verständnis der Bewertungsvorgaben zum Reifegradmodell konnten im Rahmen der Fragen- und Antwortrunde thematisiert werden. Im Rahmen der Beantwortung des Klärungsbedarfs nach der ersten Bereinigungsrunde hat die Beschwerdeführerin an ihrer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen festgehalten und der Vergabestelle vorgeworfen, diese könne nicht darlegen, warum Systeme mit faktisch überaus unterschiedlichem Entwicklungsbedarf und -kritizität dieselbe Einstufung im Reifegrad erhalten können (vgl. Beilage 19 zur Beschwerde: Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 2. Juli 2021). Aufgrund der genannten Beilagen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin der Vergabestelle ihr unterschiedliches Verständnis des Bewertungssystems kommuniziert hat. Auf die in diesem Zusammenhang offerierten Parteibefragungen kann demnach verzichtet werden.

E. 6.4.6

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle das Bewertungssystem für das Reifegradmodell als Gesamtprozess konzipiert hat. Das dürfte in der Natur von Reifegradmodellen liegen. Diesbezüglich verweist die Vergabestelle auf die Reifegradmodelle gemäss dem Leitfaden des Verbands der Bahnindustrie in Deutschland (Beilage 46 der Duplik), gemäss der Studie der MIT Sloan Sloan School of Management des Massachusetts Institute of Technology (MIT) vom 1. April 2015 (Beilage 47 der Duplik) und auf das Reifegradmodell der NASA (Beilage 48 der Duplik: Auszug aus NASA Systems Engineering Handbook, Appendix G, Technology Assessment /Insertion). Das Reifegradmodell des Verbands der Bahnindustrie in Deutschland unterscheidet zwischen dem «Einsatzreifegrad» (ERG) und dem «Integrationsreifegrad» (IRG; Beilage 46 Kap. 3.2) und jenes des MIT zwischen TRL (technology readiness level) und IRL (integration readiness level; Beilage 47 S. 5). Beide Einstufungen sind vergleichbar und ermöglichen eine Aussage über die Einsatzfähigkeit (ERG / TLR) sowie die Integrationsfähigkeit (IRG / IRL) von Systemen. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin empfiehlt der Verband der Bahnindustrie Deutschland, das

Reifegradmodell auch bei der Erarbeitung des Angebots anzuwenden, da die erhöhte Transparenz, die Identifikation der kritischen Elemente eines Systems und die daraus abzuleitenden Massnahmen für das Angebot eine sehr hohe Bedeutung haben (Beilage 46 S. 4 f.). Gemäss der von der Vergabestelle zitierten Literatur impliziert das Bewertungsverfahren des Reifegrads auf der Basis eines Gesamtprozesses, dass ein System eine höhere Reifegradstufe nur dann erreicht, wenn es die höhere Stufe bei allen definierten Merkmalen erfüllt und dass der Reifegrad sich also am jeweils schwächsten Glied des Systems orientiert (Beilage 46 S. 18 und Beilage 47 S. 13). Im Bereich der NASA wird diesbezüglich angeführt, dass bei der erstmaligen Integration von Elementen in ein System als Einheit mit einer tieferen TLR-Einstufung zu rechnen ist (vgl. Beilage 48 S. 213).

E. 6.4.7

Der Umstand, dass eine bisher unerprobte Integration mehrerer bereits bestehender und bewährter Komponenten mit Risiken verbunden sein kann und zu einem geringeren bzw. schlechteren Reifegrad führt, ist - in Anbetracht der nachvollziehbaren Erläuterungen und Verweise der Vergabestelle - auf eine gewisse Systemimmanenz zurückzuführen und vermag nicht für die Untauglichkeit oder Rechtsfehlerhaftigkeit der Bewertungsmethode zu sprechen. Soweit die Beschwerdeführerin suggeriert, ein geeigneteres Bewertungssystem (z.B. dasjenige der dänischen Staatsbahnen) könnte zwischen kompletten Neuentwicklungen und der Kombination bestehender Teilsysteme besser differenzieren, tangiert ihre Rüge die Unangemessenheit, die im Vergaberecht nicht geltend gemacht werden kann. Es liegt auf der Hand, dass die Einholung eines Gutachtens zwecks Prüfung der Angemessenheit des Bewertungssystems vom Bundesverwaltungsgericht bereits aus diesem Grund nicht angeordnet werden kann. Wenn die Beschwerdeführerin zudem noch behauptet, die Vergabestelle habe gewisse Anforderungen betreffend Zusammensetzung des Abwassers und Klimaanlage in der Bereinigungsphase mehrfach korrigiert, ist mangels näherer Substantiierung nicht ersichtlich, inwiefern sie aus der Berufung auf diese Tatsache eine Ungeeignetheit des Bewertungssystems herleitet. Die Beschwerde erweist sich deshalb auch in diesem Punkt als unbegründet.

E. 6.4.8

Die Vergabestelle hat in der Stellungnahme und in der Duplik die Gründe für die höhere Bewertung der Zuschlagsempfängerin erörtert. Es ist aufgrund ihrer Angaben ersichtlich und es resultiert übrigens auch aus der Gesamtbewertungstabelle, dass die Entwicklungskonzepte sämtlicher Anbieterinnen mit der höchsten Punktzahl (4 Punkte) bewertet wurden. Die Zuschlagsempfängerin wies gleich hohe Minimalwerte TRL und IRL wie die Beschwerdeführerin aus, weshalb beide jeweils 2 Punkte erhielten. Aufgrund der höheren Mittelwerte TRL und IRL schnitt die Zuschlagsempfängerin aber besser als die Beschwerdeführerin ab und ihr wurden jeweils 8 Punkte erteilt, während die Beschwerdeführerin jeweils 2 Punkte erhielt. Wie den jeweiligen Plausibilisierungsbögen zu entnehmen ist (Beilagen 28 und 29 der Stellungnahme der Vergabestelle), wurden die gestützt auf die Selbsteinschätzung der Anbieterinnen angegebenen TRL- und IRL-Werte von der Vergabestelle in der Bereinigungsphase jeweils plausibilisiert. Die Differenzen im Vergleich zur Beschwerdeführerin betrafen insbesondere die Bereiche «Aussentüren», «Fahrwerk» und im kleineren Umfang die Systeme «HLK», «Sanitärsystem» und «TCMS». Sie wurden von der Vergabestelle aufgrund ihrer Plausibilisierung als nachvollziehbar erachtet (vgl. die genannten Beilagen 28 und 29). Für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Gründe ersichtlich, die Plausibilisierung der TRL-Werte und IRL-Werte durch die

Vergabestelle in Zweifel zu ziehen. Soweit die Beschwerdeführerin die Nachvollziehbarkeit ihrer Bewertung mit dem Argument beanstandet, sie sei alleine im Bereich ETCS seit zehn Jahren Marktführerin, so übersieht sie, dass ein solcher Aspekt für die Bewertung des SubK 2.2 nicht wesentlich war. Wie schon erwähnt, war das Reifegradmodell von Systemen nur anhand der Angaben der Anbieter zu den Mittel- und Minimalwerten zum TRL- bzw. IRL sowie aufgrund der von ihnen selbst eingereichten Konzepte zu beurteilen. Im Übrigen fällt auf, dass sich die Beschwerdeführerin mit den ihr teilweise offengelegten Plausibilisierungsbögen zur eigenen Bewertung bzw. derjenigen der Beschwerdegegnerin nicht auseinandergesetzt und ihre Argumentation hauptsächlich auf die Geeignetheit des Reifegrades der Vergabestelle fokussiert hat.

E. 6.4.9

Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände keine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens durch die Vergabestelle sowohl in Bezug auf die vorgesehene Methode zur Beurteilung der Qualität beim SubK 2.2 als auch bei der Offertbewertung erkennbar wird.

E. 6.5

SubK 4.2 Technische Entwicklungsfähigkeit

E. 6.5.1

Schliesslich kann die Beschwerdeführerin die Bewertung ihres Angebots mit 0 Punkten nicht nachvollziehen, da sie eine umfassende, zehnteilige Dokumentation eingereicht habe. Das sei umso erstaunlicher, als die Vergabestelle es im Bereinigungsverfahren unterlassen habe, durch entsprechende Rückfragen auf die gewünschten Präzisierungen hinzuwirken, was sie im Interesse der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hätte tun müssen. Einen Anlass zum Nachfragen habe auch der Umstand gegeben, dass keiner der Anbieter ein den Vorstellungen der Vergabestelle entsprechendes Konzept vorgelegt habe. Aus Sicht der Beschwerdeführerin waren die Fragen bzw. Vorgaben in der AGU und der Beilage 21.1 nicht klar genug formuliert, sondern vom Umfang her bescheiden und oberflächlich. Es sei für die Anbieter deshalb nicht möglich gewesen, zu solchen offen gehaltenen Fragen in vernünftiger Weise klar und schlüssig Stellung zu beziehen. Die Vergabestelle wäre daher gehalten gewesen, konkret nachzufragen, wenn sie konkrete Informationen erwartet habe. Die tiefe Bewertung sei ebenfalls unerklärlich, da im wichtigen Entwicklungsbereich ETCS nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die Beschwerdeführerin führend sei. In beweisrechtlicher Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich ein Gutachten zu den an das Konzept zur technischen Entwicklungsfähigkeit gestellten Anforderungen.

E. 6.5.2

In Ziff. 4.4.2 der AGU sind die Vorgaben zum SubK 4.2 enthalten. Hiernach mussten die Anbieter ein Konzept zur technischen Entwicklungsfähigkeit erstellen und dabei die in der als Bewertungsgrundlage dienenden Beilage 21.1 WLW die inhaltlichen Anforderungen der Ausschreibungsbestimmungen aus Anhang 21 WLW umsetzen. Dieses Konzept wurde in einer Gesamtbeurteilung basierend auf den Kriterien der Zukunftsfähigkeit, Machbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Kosteneffizienz und Umsetzungskriterien nach folgendem Raster bewertet: Die Vergabestelle hat das Konzept der drei Anbieter mit null Punkten beurteilt. Gemäss der für alle gleichlautenden Begründung im entsprechenden Bewertungsprotokoll waren die Ausführungen im Konzept in einer «hohen Flughöhe» und damit zu wenig

spezifisch. Damit konnten die bekanntgegebenen Bewertungskriterien in Bezug auf konkrete Weiterentwicklungen nicht beurteilt werden. Ergänzend dazu hat die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme erklärt, dass im Konzept der Beschwerdeführerin insbesondere Zusicherungen oder konkrete Vorschläge unter den Punkten 2.1 («Konkrete Angaben des Lieferanten zur Mitsprachemöglichkeit der SBB AG zur Auswahl der Sublieferanten der CSS-Ausrüstung») und 3.1 («Konkrete Angaben des Lieferanten betreffend eine allfällige Änderung der Lieferkonfiguration im CSS-Bereich während der Vertragslaufzeit») gefehlt hätten.

E. 6.5.3

Auch die Bewertung des SubK 4.2 kann als sachlich und vertretbar angesehen werden. Die Beschwerdeführerin verlangt zwar eine bessere Bewertung ihres Angebots, unterlässt es aber, sich mit der Begründung ihrer Beurteilung auseinanderzusetzen. Ebenso wenig vermag sie konkrete Passagen aus ihrem Konzept zu nennen, die aufzeigen könnten, warum und inwiefern ihr Angebot einen genügenden oder guten Erfüllungsgrad aufweisen sollte. Stattdessen leitet sie einen Anspruch auf eine bessere Punktevergabe allein aus dem Umstand ab, dass sie im Entwicklungsbereich ECTS marktführend ist. Damit verkennt sie, dass die Bewertung des SubK 4.2 allein aufgrund der eingereichten Konzepte zu erfolgen hatte.

E. 6.5.4

Für den Fall, dass eine Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen unklar ist, wie die Beschwerdeführerin vorliegend geltend macht, sieht die Rechtsprechung ein Fragerecht bzw. eine Fragepflicht der Anbieter vor (vgl. Zwischenentscheid des BVGer vom 24. April 2017 E. 11.8.6 m.w.H., Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 387-388). Es ist weder aus den Akten ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin dargetan, dass sie von ihrem Fragerecht bzw. ihrer Fragepflicht Gebrauch gemacht oder in einer anderen Phase des Vergabeverfahrens Einwände gegen die ihrer Ansicht nach unklaren Formulierungen der Ausschreibungsunterlagen zu diesem SubK erhoben hat. Vielmehr behauptet die Beschwerdeführerin, seitens der Vergabestelle habe eine Nachfragepflicht bestanden, insbesondere, weil keiner der Anbieter einen den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Konzept eingereicht habe. Allerdings steht vorliegend nicht die Unvollständigkeit von Offerten, die den formalen Anforderungen nicht entsprechen, zur Diskussion, sondern die Angaben der Angebote zur Erfüllung des Zuschlagsunterkriteriums. Die Rückfrage würde dementsprechend nur auf die Bewertung Auswirkungen zeitigen, was nach der Rechtsprechung für grosse Zurückhaltung bzw. gegen eine Nachfragepflicht der Vergabestelle im Rahmen der Bewertung spricht, wie die Vergabestelle ihrerseits zu Recht betont (vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.3). Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGE 146 II 276, E. 6.3.2 hilft ihr deshalb nicht weiter. Dieser betrifft nicht eine allfällige Nachfragepflicht der Vergabestelle, sondern die Wirkung der Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Kompetenz der kantonalen Beschwerdeinstanz, ein reformatorisches Urteil zu fällen.

E. 6.5.5

Soweit die Beschwerdeführerin den Vorwurf der unklar und offen formulierten Ausschreibungsunterlagen erhebt und zu dessen Untermauerung sinngemäss die Einholung eines Gutachtens beantragt, ist diesem Antrag nicht stattzugeben. Ein Beweismittel darf

nicht dazu dienen, Ausführungen zu substantiieren, sondern einzig bereits substantiiert dargelegte Ausführungen zu belegen. Vorliegend tut die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen jedoch lediglich pauschal als offen gehalten und unklar formuliert ab, ohne im Einzelnen darzulegen, aus welchen konkreten Gründen dies der Fall sein soll.

E. 6.5.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass auch die Bewertung dieses Zuschlagsunterkriteriums korrekt erfolgt ist und keine Anhaltspunkte für eine willkürliche Ausübung des Ermessens durch die Vergabestelle ersichtlich sind.

E. 7

Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Beschwerde bzw. Replik Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens.

E. 7.1

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 (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). 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 (Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2).

E. 7.2

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens mehrheitlich entsprochen. Die Beschwerdeführerin erhielt mit Verfügung vom 25. November 2021 Einsicht in die für sie bestimmte teilweise geschwärzte Version der Verfahrensakten (inkl. u.a. Plausibilisierungsbögen und Bewertungsprotokolle) bzw. der Beilagen zu sämtlichen Eingaben der Vergabestelle und Beschwerdegegnerin. Zudem wurde ihr mit Verfügung vom 9. Februar 2022 der ursprüngliche durchschnittliche Zuverlässigkeitswert der Beschwerdegegnerin gemäss Ziffer 2.3. von Beilage 18.1 WLW vom 23. April 2021 offengelegt. Sodann wurden der Beschwerdeführerin mit Duplik der Vergabestelle 28. Januar 2022 die Namen der an der Evaluation beteiligten Personen mitgeteilt und die Gründe für das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Fehlen der Vergabeakten betreffend SubK 4.1, 4.3 und 4.4 erörtert. Wie die Vergabestelle zutreffend anführt, existiert ein SubK 4.4 nicht. Für die Subkriterien SubK 4.1 und 4.3 bestehen keine Bewertungsprotokolle, da die jeweilige Punktevergabe aufgrund der von den Anbieterinnen angekreuzten Angaben im entsprechenden Hinweisfeld erfolgte (für das SubK 4.1 gemäss Ziff. 19.5 WLW, für das SubK 4.3 gemäss Ziff. 20.3, 20.8 und 22.1 WLW) und die erzielten Punkte direkt in die Gesamtbewertung übertragen wurden.

E. 7.3

Im Übrigen konnten die erhobenen Rügen primär aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, der Angebote, der Rechtsschriften und deren Beilagen beantwortet werden.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Vergabestelle im Ablauf des Vergabeverfahrens kein Verfahrensfehler anzulasten ist, wenn sie die Einreichung der neuen Preisofferte auf die Investitionskosten gemäss SubK 1.1 beschränkt (vgl. supra ganze E. 4) und die Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen geändert hat (vgl. supra ganze E. 5). Auch hat die Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote nach den Zuschlagsunterkriterien SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis), SubK 2.1 (Projektplan), SubK 2.2 (Reifegrad von Systemen) und SubK 4.2 (Technische Entwicklungsfähigkeit) im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums gehandelt (vgl. supra E. 6 ff.). Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Eine Abnahme der von der Beschwerdeführerin mehrfach offerierten Beweise (Parteibefragungen, Gutachten) kann in antizipierter Beweiswürdigung unterbleiben (vgl. supra E. 4.5.8, 5.5.3.1, 5.5.3.3, 6.2.6, 6.3.5, 6.4.5, 6.4.7, 6.5.5). Die entsprechenden Anträge sind abzuweisen. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 9.1

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. 50'000.- festgelegt.

E. 9.2

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 Kostennote festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichten eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht für die Zeitperiode vom 27. Oktober 2021 bis am 16. März 2022 ein und machen darin einen Honoraraufwand von Fr. 25'200.- bei einem Zeitaufwand von 63 Stunden bzw. einen Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% geltend, womit sich die beantragte Parteientschädigung insgesamt auf Fr. 27'140.40 beläuft. Der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte zeitliche Aufwand von 63 Stunden ist nachvollziehbar und ebenso wenig zu beanstanden wie der geltend gemachte Stundenansatz. Da es sich vorliegend um ein besonders komplexes Verfahren handelt, ist der hierfür praxisgemäss vorgesehene Maximalansatz von Fr. 400.-pro Stunde ohne weiteres gerechtfertigt (vgl. Urteil des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 6 m.H. auf das Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/17 E. 11.4 sowie auf Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1450). Die Parteientschädigung umfasst indessen vorliegend keinen

Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene Beschwerdegegnerin als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3; Abschreibungsentscheid des BVGer vom 10. Dezember 2020, S. 7). Damit ist der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 25'200.- zuzusprechen.

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