

BVGer BVGE 2022 IV/8 vom 22. August 2022

Bundesverwaltungsgericht, 2022-08-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2022_IV_8

FR: TAF BVGE 2022 IV/8 du 22 août 2022

IT: TAF BVGE 2022 IV/8 del 22 agosto 2022

Regeste

Eisenbahnen (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Fehlt eine spezialgesetzliche Ordnung, ergeben sich die massgeblichen Grundsätze für eine vom Anwendungsbereich des aBöB ausgenommene Konzessionsvergabe primär aus dem Verfassungsrecht (E. 3.3.5). Bindung der Vorinstanz an die Grundrechte (E. 3.2 und 3.3.5).

E. 2

Keine selbstständige Anwendbarkeit submissionsrechtlicher Vorschriften (E. 3.1-3.3.4). Im Rahmen der Konkretisierung des Verfassungsrechts kann jedoch, soweit angezeigt, punktuell auch auf submissionsrechtliche Prinzipien zurückgegriffen werden, welche dann im Gewand der Grundrechte auf Konzessionsvergaben zur Anwendung kommen (E. 3.3.5 und 4.6.2).

E. 3

Uneinigkeit besteht zunächst darüber, nach welchen Rechtsgrundlagen die streitbetroffenen Fragen zum Ausschreibungs- und Auswahlverfahren zu beurteilen und, insbesondere, ob die Regeln des öffentlichen Beschaffungsrechts vorliegend (analog) anzuwenden sind. Eine spezialgesetzliche Regelung besteht für das zu beurteilende Verfahren nicht.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Anforderungen an das Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von Konzessionen gingen insgesamt zwar weniger weit als im Beschaffungsrecht. Müsse der Staat aber aufgrund seiner Monopolstellung unter Privaten auswählen, habe eine öffentliche Auftraggeberin in den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügendes Auswahlverfahren durchzuführen. Daher müssten die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens wie insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot zumindest sinngemäss zur Anwendung gelangen. Die vergaberechtlichen Grundsätze seien als Ausfluss und Konkretisierung der universell in jedem Verfügungs- und Auswahlverfahren zu beachtenden rechtsstaatlichen (Verfassungs—)Grundsätze zu verstehen und zu verallgemeinern.

E. 3.2

Nach Auffassung der Vorinstanz ist dagegen eine analoge Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts abzulehnen. Das streitbetroffene Konzessionsverfahren richte sich einzig nach dem VwVG. Zwar sei nicht auszuschliessen, dass darüber hinaus die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Art. 5 BV anwendbar seien und dass die Vorinstanz,

auch wenn sie vorliegend keine öffentliche Aufgabe wahrnehme und insofern nicht in pauschaler Weise an die Grundrechte gebunden sei, auch im Rahmen ihres privatrechtlichen Handelns prinzipiell dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung zu tragen habe (Art. 35 Abs. 2 BV; mit Verweis auf BGE 139 I 306 E. 3.2.3). Die Vorinstanz habe aber diese Grundsätze im gesamten Ausschreibungsverfahren, das heisst bei der Durchführung der Offertphase, der Beurteilung der Offerten sowie beim Entscheid, ohnehin freiwillig befolgt. Hinsichtlich der Transparenz und der Gleichbehandlung könnten indessen keine konkreten Vorgaben aus dem öffentlichen Beschaffungswesen abgeleitet werden. Die Rechtsprechung zu anderen nicht spezialgesetzlich geregelten Ausschreibungen zeige, dass das Bundesgericht verbindliche Vorgaben nur sehr zurückhaltend definiere. Das Verfahren sei weniger formalisiert und es bestehe ein viel grösserer Gestaltungsspielraum, wobei auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen seien. Die Praxis zum Binnenmarktgesetz verlange bei Konzessionsvergaben nur die Organisation eines Verfahrens, welches es Interessierten ermögliche, Angebote einzureichen, ferner eine Konzessionserteilung durch Verfügung mit offenstehendem Rechtsmittel, eine diskriminierungsfreie Bestimmung der Auswahlkriterien sowie Wahl des Konzessionärs und damit die Wahrung des Grundsatzes der Transparenz, welche aber nicht den Anforderungen des Beschaffungsrechts entsprechen müsse.

E. 3.3

Wie bereits im Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 ([...]) ausgeführt, untersteht die Ausschreibung der Fremdwerbeflächen nicht dem Vergaberecht, weshalb die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB, AS 1996 508) und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB, AS 1996 518) nicht unmittelbar anwendbar sind. Inzwischen wurde das alte Gesetz vom (neuen) BöB (SR 172.056.1) und der dazugehörigen Verordnung (VöB, SR 172.056.11) abgelöst, welche beide am 1. Januar 2021 in Kraft traten; auch diese neuen vergaberechtlichen Erlasse finden vorliegend keine unmittelbare Anwendung. Es ist jedoch zu prüfen, ob und inwieweit beschaffungsrechtliche Grundsätze auf die Vergabe von Konzessionen, vorliegend von Sondernutzungskonzessionen, analog zur Anwendung gelangen.

E. 3.3.1

In seiner Rechtsprechung zur Vergabe ausgeschriebener Konzessionen, insbesondere im Bereich des Rundfunks, hat das Bundesverwaltungsgericht zwar ausgeführt, dass bei der Gestaltung des Konzessionierungsverfahrens bei Fehlen einer spezialgesetzlichen Regelung die zum Submissionsverfahren entwickelten Grundsätze unter Umständen "hilfsweise" beigezogen werden können. Zugleich hat es sich jedoch mehrfach insofern zurückhaltend hinsichtlich einer etwaigen (analogen) Anwendung dieser Grundsätze geäussert, als relevante Unterschiede zwischen der Erteilung einer Konzession und der Vergabe eines öffentlichen Auftrags bestehen. So seien die unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen und die unterschiedlichen öffentlichen Interessen sowie der Umstand zu beachten, dass im Submissionsverfahren Vorgaben internationaler Verträge zu berücksichtigen seien. Während im Submissionsverfahren die (kosten—)günstige Beschaffung von Gütern und die Gewährleistung des Wettbewerbs von erhöhter Bedeutung seien, ziele das Konzessionierungsverfahren in erster Linie darauf ab, die Konzessionen so zu verteilen, dass ein Leistungsauftrag optimal erfüllt werde (Urteile des BVGer A-641/2008 vom 19. August 2008 E. 7.1 [nicht publ. in: BVGE 2008/43] und A-7801/2008 vom 7. Dezember

2009 E. 7.2.1; BVGE 2009/64 E. 6.5 m.H.; vgl. auch Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.5). Namentlich hat das Bundesverwaltungsgericht mehrfach unter Hinweis auf die grössere Flexibilität des Konzessionsverfahrens in Abweichung vom Vergaberecht angenommen, dass keine Pflicht der Behörde zur Offenlegung der Gewichtung von Unterkriterien für den Konzessionsentscheid bestehe (Urteil A-7801/2008 E. 7.2.2 ff.; BVGE 2009/64 E. 6.5 ff.; ausführlich E. 5.1.3). In einem neueren Entscheid betreffend die Vergabe der Transportleistungen von Buslinien sowie die Erteilung und Erneuerung von Konzessionsrechten hat das Bundesverwaltungsgericht Submissionsrecht, insbesondere die vergaberechtlichen Regeln zum Transparenzprinzip, zwar eins zu eins angewandt, allerdings ohne dass dem eine einlässliche Auseinandersetzung mit der Frage vorausgegangen wäre, inwieweit die entsprechenden Grundsätze überhaupt auf Konzessionen anwendbar sind (Urteil des BVGer A-7129/2018 vom 23. April 2021 insb. E. 4.1.8, 4.4.5 und 9.6.4). Der Fall stützte sich auf das Personenbeförderungsgesetz vom 20. März 2009 (PBG, SR 745.1), welches in Bezug auf Ausschreibungen einerseits Vergabe- und andererseits auch Konzessionsfragen normiert. Wohl vor dem Hintergrund, dass in den Materialien zum PBG vorgesehen ist, dass bei der Anwendung des Vergabeteils des PBG das öffentliche Submissionsrecht als Orientierungshilfe herangezogen werden soll (Urteil A-7129/2018 E. 1.6.1), fehlt im genannten Entscheid eine grundsätzliche Auseinandersetzung damit, inwieweit der Geltungsbereich der vergaberechtlichen Transparenzregeln auf Konzessionen erstreckt werden soll. Da vorliegend nicht die Vergabe von Transportleistungen streitbetroffen ist, kann diesem Entscheid keine Antwort auf die sich hier stellende Frage entnommen werden.

E. 3.3.2

Mit der Sondernutzungskonzession erwirbt die Zuschlagsempfängerin gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Verträge) ein exklusives Recht zur Bereitstellung, Vermarktung und Bewirtschaftung der Werbeflächen. Sie erhält mithin ein Recht zur privatwirtschaftlichen (Neben—)Nutzung der betroffenen, im faktischen Monopol der Vorinstanz befindlichen Flächen des öffentlichen Raums, ohne dass ihr dabei öffentliche Aufgaben zur Ausübung übertragen werden (vgl. BGE 125 I 209 E. 6; 135 II 49 E. 4.3.2 m.H. betreffend Plakataushang zu kommerziellen Zwecken auf öffentlichem Grund; allgemein: Nicolas F. Diebold, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I S. 219 ff., 247 und 251). Durch die Mindestmiete und die vom Umsatz aus der Bewirtschaftung der Flächen abhängige Umsatzmiete trägt die Zuschlagsempfängerin indes mittelbar zur Finanzierung der öffentlichen Aufgaben der Vorinstanz bei (vgl. zum Ganzen: BGE 138 I 274 E. 2.3.3; 139 I 306 E. 3.2.2). Auch diese Zielkonstellation unterscheidet sich wesentlich von derjenigen des öffentlichen Beschaffungswesens. Gemäss Ausschreibungsunterlagen geht es bei der Nutzung der Werbeflächen der Vorinstanz letztlich auch um die Aufwertung der Bahnhöfe im Kontext der übergeordneten Planung und Entwicklung der Bahnhofsareale. Sie soll den Anforderungen der Informationsvermittlung entsprechen, den Kundenfluss und die Fahrgastinformationen der Vorinstanz nicht beeinträchtigen und den grösstmöglichen Ertrag für die Vorinstanz generieren ([...]).

E. 3.3.3

Bei Ausschreibungs- respektive Auswahlverfahren für Konzessionen zur wirtschaftlichen Sondernutzung öffentlicher Sachen im (faktischen) Monopolbereich des Staates geht das Bundesgericht im Ergebnis nicht von einer (analogen) Anwendung vergaberechtlicher

Grundsätze aus (vgl. BGE 125 I 209 E. 6b und 9d/bb, in: Pra 2000/149 S. 882; Urteil des BGer 2C_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2 m.H.). Dies zeigt namentlich die Praxis zur Vergabe von Plakatkonzessionen im Geltungsbereich des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02), welches die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private an verfahrensrechtliche Mindestanforderungen - namentlich betreffend Ausschreibungspflicht und diskriminierungsfreie Durchführung des Verfahrens - knüpft (Art. 2 Abs. 7 BGBM). In BGE 143 II 120 E. 6.2, in: Pra 2018/14 S. 111), der sich an der Rechtsprechung von BGE 135 II 49, in: Pra 2009/75 S. 502) orientierte, führte das Bundesgericht aus, dass das Ausschreibungsverfahren, auf welches Art. 2 Abs. 7 BGBM verweise, nicht die Unterstellung sämtlicher Konzessionserteilungen für kantonale oder kommunale Monopole unter die für das öffentliche Beschaffungswesen geltende Regelung nach sich ziehe, und dass von dieser Bestimmung nur gewisse verfahrensrechtliche Mindestgarantien, wie etwa diejenige von Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM bezüglich der Rechtsmittel, betroffen seien. Diese Rechtsprechung, so das Bundesgericht weiter (BGE 143 II 120 E. 6.3.1), stimme mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM überein, welcher die Anwendung des Beschaffungsrechts auf kantonale und kommunale Monopolkonzessionen ausdrücklich nur auf einzelne Aspekte beschränke. Es hielt fest, dass es nicht der Leitgedanke des Gesetzgebers gewesen sei, die Einhaltung sämtlicher Pflichten des Beschaffungsrechts bezüglich der Ausschreibung für die Übertragung einer kantonalen oder kommunalen Monopolkonzession vorzuschreiben, sondern den zuständigen Behörden zu erlauben, sich davon unter Berücksichtigung der den Monopoltätigkeiten innewohnenden Besonderheiten inspirieren zu lassen (BGE 143 II 120 E. 6.3.1 [in fine]). Zwar ist die Vorinstanz eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft des Bundesrechts (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31]; BGE 138 I 274 E. 1.5; 132 III 470 E. 3.3) und das Binnenmarktgesetz findet hier in Ermangelung eines kantonalen oder kommunalen Monopols keine Anwendung, weshalb die Beschwerdeführerin, soweit sie sich auf Entscheide oder Literaturstellen zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM beruft, daraus nichts unmittelbar zu ihren Gunsten ableiten kann. Angesichts der weder durch das Gesetz noch durch die Praxis generell festgelegten Formstrenge des Auswahlverfahrens ausserhalb des Geltungsbereichs des aBöB sind die Erwägungen des Bundesgerichts zur Tragweite der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen bei der Übertragung von Konzessionen im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM insoweit massgeblich, als mit dem vorliegend streitbetroffenen Nutzungsrecht Sondernutzungskonzessionen infrage stehen. Demnach ist namentlich die unterschiedliche Position der Behörde bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Vergleich zur Übertragung eines Monopols beziehungsweise einer Sondernutzung zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum öffentlichen Auftrag, bei dem das Gemeinwesen als Nachfrager auftritt und bei einem privaten Unternehmen gegen Entgelt eine Leistung erwirbt, welche es für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt, setzt die Verleihung einer Monopolkonzession voraus, dass sich die verleihende Behörde gewissermassen in der Rolle des Anbieters befindet, der gegen eine Gebühr und bestimmte Nebenleistungen das Recht überlässt, den öffentlichen Grund zu kommerziellen Zwecken zu nutzen (vgl. auch BGE 132 I 97 E. 2.2). Es gibt grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergabe einer entsprechenden Konzession, weil das Gemeinwesen frei ist, die fragliche Tätigkeit selbst auszuüben. Dieser Unterschied rechtfertigt es zum einen, dem Gemeinwesen einen im Vergleich zur Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen grösseren Gestaltungsraum bei der Auswahl der vom Konzessionär zu erfüllenden materiellen

Kriterien zu belassen (BGE 143 II 120 E. 6.3.3 m.H., in: Pra 2018/14 S. 111; BGE 135 II 49 E. 4.2, in: Pra 2009/75 S. 502, beide zu Plakatkonzessionen). Zum anderen kann es das Ausschreibungsverfahren weniger formalisiert ausgestalten als im Beschaffungswesen (BGE 143 II 120 E. 6.4.2 m.H.). Diese Grundüberlegungen betreffend den Gestaltungsspielraum der Behörde und die Formanforderungen an das Konzessionsverfahren sind sinngemäss auch in der vorliegenden Konstellation sachgerecht, in der die Vorinstanz die Fremdwerbflächen auf ihrem Areal durch Konzession gegen eine feste Mindestmiete sowie eine als Prozentsatz des Umsatzes aus der Bewirtschaftung dieser Flächen definierte Umsatzmiete überlässt. Denn auch hier besteht unbestrittenermassen kein Anspruch auf die Konzession (vgl. Art. 18b PBG), zumal die Vorinstanz die in ihrem Eigentum stehenden Flächen im Rahmen der Rechtsordnung auch selbst nutzen könnte, wozu sie sich beim Los 8 auch entschieden hat.

E. 3.3.4

In der Lehre wird die Meinung vertreten, eine analoge Anwendung der grundsätzlichen Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens auch auf Ausschreibungen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM sei sinnvoll (Oesch/ Renfer, in: Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, N. 7 zu Art. 2 BGBM; Etienne Poltier, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 57 zu Art. 2 Abs. 7 BGBM; Stefan Renfer, Ausschreibung einer Konzession für den Plakataushang, Jusletter 22. Januar 2018 Rz. 24). Zudem wird an gleicher Stelle mit Verweis auf BGE 143 II 120 E. 6.4.2 ausgeführt, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zu einer Anwendung der Gesamtheit der für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften führe. Kunz wiederum führt in seiner Abhandlung zur Konzessionserteilung aus, dass es aufgrund der Ähnlichkeit von Submissionen und Konzessionsvergaben naheliegend wäre, zumindest gewisse im Submissionsrecht geltende beziehungsweise entwickelte Grundsätze zur Prüfung von Konzessionsvergaben heranzuziehen, wobei er die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Objektivität und der Transparenz erwähnt. Die Grundsätze der Objektivität und der Gleichbehandlung würden sich jedoch bereits aus Art. 29 Abs. 1 BV ableiten lassen (Daniel Kunz, Die Konzessionserteilung, in: Die Konzession, 2011, S. 27 ff., insb. 32). Im Lichte der bundesgerichtlichen Judikatur (E. 3.3.3) ist eine analoge Anwendung des Beschaffungsrechts im vorliegenden Fall jedoch abzulehnen. Dem liegt namentlich die von vornherein unterschiedliche Position der Vorinstanz als Anbieterin der zu vergebenden Sondernutzungskonzession im Vergleich zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zugrunde. Das Beschaffungsrecht, welches den Akzent auf den Wettbewerb und die Wirtschaftlichkeit setzt, bietet keinen sachgerechten Rahmen für die Vergabe der Sondernutzungskonzession. Vielmehr ist der Vorinstanz ein grösserer Gestaltungsraum bei der Auswahl des Konzessionärs zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist ihr zuzugestehen, ein Ausschreibungsverfahren anzuwenden, welches anderen formellen Anforderungen zu genügen hat als Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen (vgl. Kunz, a.a.O., S. 42 und 48). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführerin insoweit grundsätzlich nicht gefolgt werden kann, als sie eine analoge Anwendung der Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens sowie der vergaberechtlichen Rechtsprechung fordert, indem sie die Vorgaben an das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren in analogem Formalisierungsgrad auch auf das von der Vorinstanz durchgeführte Verfahren angewendet wissen will. So können etwa die aus Urteilen zum vergaberechtlichen Transparenzgebot konkret abgeleiteten Bekanntgabepflichten der Vergabestelle bei der Ausschreibung nicht analog auf den vorliegenden Fall angewandt werden (ausführlich dazu E. 5).

E. 3.3.5

Beim angefochtenen Zuschlag handelt es sich, wie im Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 ausgeführt ([....]) um einen dem Verwaltungsrecht zuzuordnenden Entscheid, mit welchem die Vorinstanz die Nutzung von Flächen, welche ihrem faktischen Monopol unterliegen, koordiniert. Indem sie einem Interessenten auf dem Weg einer Ausschreibung und eines Auswahlverfahrens Werbeflächen des öffentlichen Raums zur Sondernutzung und kommerziellen Bewirtschaftung zugeteilt hat, hat sie eine öffentliche Sache im engeren Sinn verwaltet und eine Konzession erteilt. Insofern nimmt sie eine staatliche Aufgabe wahr, was die Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte mit sich bringt (Art. 35 Abs. 2 BV; BGE 138 I 274 E. 2.2.1; Urteil des BVGer B-4786/2020 vom 21. September 2021 E. 3 m.w.H.). Dies gilt entsprechend unabhängig davon, ob die Vorinstanz eine Pflicht zur Ausschreibung traf, was sie in Abrede stellt, oder ob sie, wie sie angibt, ein freiwilliges Ausschreibungsverfahren durchgeführt hat. Die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob im Fall von Sondernutzungskonzessionen auch ausserhalb einer entsprechenden spezialgesetzlichen Bestimmung eine Pflicht zur Ausschreibung gegeben ist, kann somit offengelassen werden. Soweit die Beschwerdeführerin sich vorliegend auf Grundsätze und Entscheide aus dem Vergaberecht beruft, finden deren Inhalte somit zumindest insofern Beachtung, als sie entweder zugleich Teilgehalte der angerufenen Grundrechte bilden oder als sie sich als Orientierungshilfe zur Konkretisierung der Grundrechte eignen, die als rechtsstaatliche Gebote auf Verfassungsebene auch beim Verfahren zur Vergabe einer Konzession zu beachten sind (vgl. auch Urteil B-4786/2020 E. 3). Insbesondere gilt dies vorliegend im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und der Garantie des fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV). Die Prüfung, ob Verfassungspositionen im Ausschreibungsverfahren eingehalten wurden, setzt zumindest auch eine Prüfung ermöglichendes Mass an Transparenz des Verfahrens voraus (vgl. BGE 143 II 120 E. 6.4.1 f., in: Pra 2018/14 S. 111; Daniel Kunz, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, 2004, S. 243 ff.). Ansonsten liesse sich kein wirksamer Rechtsschutz gewährleisten und kein faires Verfahren sicherstellen, in dem sich alle Anbieter unter verfahrensmässiger Chancengleichheit mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen können. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen und unter Auferlegung einer gewissen Zurückhaltung bei der ansonsten freien Überprüfung des Ermessens ([...]) sind nachfolgend die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen.

E. 3.5

3.55 Gesamtnote

E. 3.6

3.87

E. 3.9

3.89 3.89

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und der Ausschreibungsbedingungen durch eine asymmetrische Weitergabe von Informationen in den Nachverhandlungen.

E. 4.1

4.32 Note Qualität

E. 4.2

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe bei den Verhandlungen gemäss den kommunizierten Verfahrensbestimmungen gehandelt und ihren Ermessensspielraum bei der Gestaltung eines dem Gleichbehandlungsgebot verpflichteten Verfahrens nicht überschritten. Bis auf die Vorgabe, ein gerechtes Verfahren unter Beachtung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots zu führen, sei sie im Rahmen der Bestimmungen des VwVG frei. Sie habe den Anbietern nie mitgeteilt, die Angebote direkt einer endgültigen Bewertung zuzuführen, sondern habe sich die Verhandlungen in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten. Es liege im öffentlichen Interesse, aus der kommerziellen Nebennutzung ihrer Sachmittel einen möglichst hohen Ertrag zu generieren, der mittelbar ihrer öffentlichen Aufgabe und ihren Kunden zugutekomme. Eine asymmetrische Weitergabe von Informationen habe nicht stattgefunden. Sowohl mit der Zuschlagsempfängerin als auch mit der Beschwerdeführerin habe sie eine erste Nachverhandlungsrunde unter Nennung von ungefähren Wertangaben gegenüber beiden Anbieterinnen zur Verbesserung der Angebote geführt und anschliessend eine zweite Verhandlungsrunde ohne Nennung von zu erreichenden Werten vorgenommen. Es sei keinem der nachrangigen Anbieter mitgeteilt worden, wer aktuell auf dem ersten Rang sei, und es seien keine konkreten Angaben zur erforderlichen Erhöhung der Mindestmiete und zum Abgabesatz gemacht worden. Bezüglich der ungefähren Angabe könnten überdies keine konkreten Schlüsse auf die erstrangierte Offerte gezogen werden, da sich die ungefähre Angabe der Erhöhung immer unter Berücksichtigung des Abschneidens im Kriterium Qualität bestimmt habe. An der dritten Runde sei ohnehin nur die Beschwerdeführerin beteiligt gewesen.

E. 4.3

Mit der Ausschreibung im SHAB hat die Vorinstanz den Anbietern die Bestimmungen zum Verfahren am 22. Februar 2017 zugänglich gemacht. Darin behielt sie sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ausdrücklich vor, diejenigen Anbieter, welche eine reelle Chance auf einen Zuschlag haben, zu Verhandlungen des Angebots einzuladen ([...]). Nach Eingang der Angebote Mitte Juli 2017 führte die Vorinstanz mündlich und per E-Mail mit der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin im September 2017 Nachverhandlungen durch (detailliert E. 4.3.1 ff.), bevor sie am 1. November 2017 den Zuschlagsentscheid fällte. Im Zuge der Nachverhandlungen reichten beide Anbieterinnen Nachofferten, insbesondere mit je erhöhten garantierten Mindestmieten, ein. Das Verfahren lässt sich in diesem Zusammenhang im Wesentlichen in vier Phasen gliedern, bestehend aus der Erstbewertung der Angebote und aus den Verhandlungsrunden 1, 2 und 3 mit jeweils angepassten Nachofferten. Diese Phasen resultierten je in einer (Zwischen—)Bewertung beziehungsweise —Benotung der beiden Angebote und somit in einer (Zwischen—)Rangfolge. Namentlich existieren für jede Phase Bewertungen der Wirtschaftlichkeit der beiden Angebote in Excel-Form. Die Zusammenfassungen dieser Bewertungen aus dem Excel-Bewertungstool der Vorinstanz enthalten auch die jeweilige Gesamtnote, die Noten zur Qualität (gesamthaft für alle Lose) und die jeweils gebotene (von der Vorinstanz diskontierte) Gesamtmindestmiete. Sie wurden der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. August 2019 - mit teilweiser Abdeckung und unter Zustimmung der Zuschlagsempfängerin - zur Einsicht gegeben. Das Verfahren ist, soweit der Sachverhalt unbestritten geblieben ist, hinsichtlich des Bewertungs- und

Verhandlungsverlaufs wie folgt abgelaufen (E. 4.3.1-4.3.11): Erstbewertung

E. 4.3.1

Nachdem die Vorinstanz vom 19. Juli 2017 bis zum 9. August 2017 eine Erstbewertung der Angebote vorgenommen hatte, lud sie die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin am 17. August 2017 zu einer Angebotspräsentation ein. Aus der offengelegten Dokumentation der Vorinstanz zur Vorbereitung der Präsentationen und Nachverhandlungen vom 31. August 2017 ([...]) und aus den Erstbewertungen der Wirtschaftlichkeit der Angebote (Zusammenfassungen) geht hervor, dass sie im Zeitpunkt der Erstbewertung eine Präferenz für das Angebot der Beschwerdeführerin hatte, das eine höhere Gesamtnote (3.9) als jenes der Zuschlagsempfängerin (Gesamtnote 3.6) erhalten hatte. Dabei erzielte die Beschwerdeführerin beim Hauptkriterium Wirtschaftlichkeit eine höhere Note (4.2) als die Zuschlagsempfängerin (Note 3.5), lag beim Hauptkriterium Qualität (Note 3.4) jedoch hinter letzterer (Note 3.8) zurück.

E. 4.3.2

Die Präsentationen der beiden Angebote fanden am 4. September 2017 nacheinander in Bern statt. Gemäss dem Protokoll der zuerst durchgeführten Angebotspräsentation der Beschwerdeführerin informierte die Vorinstanz diese am Ende hinsichtlich des weiteren Vorgehens darüber, dass in den nächsten Tagen weitere Gespräche mit anderen Anbietern stattfinden würden und sie anschliessend bezüglich der Nachverhandlungen nach dem Prinzip der Gleichbehandlung wieder auf die Beschwerdeführerin zukommen werde. Ebenfalls lud sie die Beschwerdeführerin dazu ein, ihr Angebot in den drei Punkten Strategie (Ausbesserung Konzept), Business Case / Kosten (Überarbeitung bzw. Überprüfung) und Kundeninformation nachzubessern und erneut einzureichen. Gemäss dem Protokoll zur anschliessend durchgeführten Angebotspräsentation der Zuschlagsempfängerin informierte die Vorinstanz die Zuschlagsempfängerin am Ende darüber, dass die von ihr angebotene " Mindestmiete momentan noch zu tief " und zu weit weg vom besten Angebot liege. Aktuell müsste " die Mindestmiete höher als [...] Mio. sein ". Ebenfalls empfahl sie, den Abgabesatz nach Möglichkeiten anzupassen, welcher vor allem bei den Losen 1 und 2 sehr tief angesetzt sei. Daraufhin erklärte sich die Zuschlagsempfängerin bereit, die Mindestmiete anzupassen und das angepasste Angebot in den nächsten 48 Stunden mitzuteilen. Mithin leitete die Vorinstanz anlässlich der Präsentationen die erste Verhandlungsrunde ein.

E. 4.3.3

Hinsichtlich der Qualität nahm die Vorinstanz auf Basis der Präsentationen am Folgetag eine Anpassung der Bewertung des Angebots der Zuschlagsempfängerin (neu Note 4.1) und desjenigen der Beschwerdeführerin (neu Note 3.5) vor. Die Benotungen entsprechen im Wesentlichen den (Gesamt—)Endnoten der Qualität, wie sie auch der abschliessenden Gegenüberstellung der Bewertung der Beschwerdeführerin (Note 3.55) und der Zuschlagsempfängerin (Note 4.13) am Ende des Verfahrens zu entnehmen sind.

E. 4.3.4

Mit E-Mail vom 5. September 2017 - ebenfalls am Tag nach der Angebotspräsentation - reichte die Zuschlagsempfängerin eine Nachofferte für die Loskombination 1-5 ein. Namentlich offerierte sie, neben einer Erhöhung der Abgabesätze (Lose 1 und 2), eine jährliche Mindestmiete von (...) Millionen Franken (Jahr 2019) und (...) Millionen Franken (ab 2020) für alle fünf Lose insgesamt. Daraus ergab sich, wie in der Bewertung der

Vorinstanz festgehalten, eine Gesamtmindestmiete für die ganze Vertragsdauer von (diskontiert) x1 Millionen Franken (vgl. Tabelle in E. 4.3.11).

E. 4.3.5

Mit E-Mail vom 7. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass zwischenzeitlich nachverbesserte Offerten eingetroffen seien, welche höher lägen als das Angebot der Beschwerdeführerin, wobei man diesen Punkt telefonisch besprechen wolle. Daraufhin fand an demselben Tag eine telefonische Besprechung zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin statt. Eine Aktennotiz besteht dazu nicht, die Vorinstanz hielt jedoch die aus ihrer Sicht wesentlichen Punkte des Gesprächs gleichentags in einem E-Mail an die Beschwerdeführerin fest. Danach legte sie der Beschwerdeführerin nahe, das Angebot aufgrund der aktuellen quantitativen und qualitativen Bewertung nachzubessern. Die jährliche Mindestmiete müsse um rund (...) Millionen Franken auf rund (...) Millionen Franken erhöht werden, was unter dem Vorbehalt weiterer verbesserter Angebote stehe. Ein allfälliges verbessertes Angebot sei bis am 15. September 2017 einzureichen. Am 15. September 2017 reichte die Beschwerdeführerin ihre überarbeitete Offerte ein. Darin erhöhte sie ihr Angebot auf eine Mindestmiete von (...) Millionen Franken für das Jahr 2019 sowie auf (...) Millionen Franken ab dem Jahr 2020, womit die Gesamtmindestmiete von rund y Millionen Franken auf y1 Millionen Franken (vgl. Tabelle in E. 4.3.11) anwuchs. Damit fand der seitens der Vorinstanz als "erste Nachverhandlungsrunde" bezeichnete Verfahrensabschnitt seinen Abschluss.

E. 4.3.6

Gemäss den dokumentierten Bewertungen der beiden Angebote nach der ersten Verhandlungsrunde wies die Beschwerdeführerin bei einer (diskontierten) Gesamtmindestmiete von y1 Millionen Franken die Note 4.1 für die Wirtschaftlichkeit und eine Gesamtnote von 3.89 auf. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin bewertete die Vorinstanz bei einer Gesamtmindestmiete von x1 Millionen Franken mit der Note 3.7 für die Wirtschaftlichkeit und einer Gesamtnote von 3.87. Zweite Verhandlungsrunde:

E. 4.3.7

Mit E-Mail vom 19. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die Nachofferten geprüft und bewertet worden seien. Die zwei bestplatzierten Angebote seien praktisch gleichwertig und wiesen in der Bewertungsskala eine sehr geringe Differenz auf. Das Angebot der Beschwerdeführerin liege momentan "mit einem sehr knappen Vorsprung auf dem ersten Rang". Aufgrund der sehr geringen Differenzen zwischen den bestplatzierten Angeboten werde den verbleibenden Anbietern nochmals die Gelegenheit gegeben, ihr Angebot ein zweites Mal bis am Freitag, 22. September 2017, 16.00 Uhr, anzupassen. Ebenfalls mit E-Mail vom 19. September 2017 teilte die Vorinstanz der Zuschlagsempfängerin mit, dass ihr Angebot momentan "sehr knapp hinter dem Bestangebot auf dem zweiten Rang" liege. Im Übrigen entsprach die Mitteilung, insbesondere hinsichtlich der geringen Differenz in der Bewertung der Angebote und der Gelegenheit zur weiteren Angebotsanpassung, exakt derjenigen an die Beschwerdeführerin.

E. 4.3.8

Die Zuschlagsempfängerin reichte am 22. September 2017 ihre zweite Nachofferte für die Loskombination 1-5 ein. Demnach steigerte sie die jährliche Mindestmiete ab dem 2020 von (...) Millionen Franken auf (...) Millionen Franken. Die in den Bewertungen festgehaltene Gesamtmindestmiete erhöhte sich damit um 70 Millionen Franken auf x2

Millionen Franken. Auch die Beschwerdeführerin unterbreitete am 22. September 2017 ihre zweite Nachofferte. Diese enthielt keine Erhöhung der Mindestmiete. Die Beschwerdeführerin wies im begleitenden E-Mail jedoch auf andere Verbesserungen des Angebots hin, namentlich in Bezug auf die Kommunikationsdienstleistungen gegenüber der Vorinstanz. Des Weiteren hielt sie fest, man könne möglicherweise noch die Zustimmung des Verwaltungsrats zu einer allenfalls notwendigen finalen Erhöhung der Mindestmiete einholen. Am 25. und 26. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin mit, die Nachofferten würden nun in wirtschaftlicher und qualitativer Hinsicht bewertet. Eine weitere Verhandlungsrunde finde lediglich statt, wenn die Differenz zwischen den bestplatzierten Angeboten auch nach der zweiten Verhandlungsrunde weiterhin sehr gering bleibe beziehungsweise die Auswertung kein klares Resultat ergebe. Gemäss aktuellem Stand gehe man davon aus, dass auf die Durchführung einer weiteren Angebotsrunde verzichtet werden könne.

E. 4.3.9

Nach der zweiten Verhandlungsrunde wies das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss dem dokumentierten Zwischenstand unverändert die Note 4.1 für die Wirtschaftlichkeit und die Gesamtnote 3.89 auf, während das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit der angepassten Gesamtmindestmiete von rund x2 Millionen Franken neu mit der Note 4.18 hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und der Gesamtnote 4.16 bewertet wurde. Dritte Verhandlungsrunde:

E. 4.3.10

Am 26. September 2017 nachmittags teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit, dass sie die Mindestmiete nach Zustimmung des Verwaltungsrats auf (...) Millionen Franken (Jahr 2019) und von (...) Millionen Franken auf (...) Millionen Franken (ab dem Jahr 2020) erhöhen wolle, und bat darum, diese Erhöhung in die finale Beurteilung einfließen zu lassen. Gleichentags antwortete die Vorinstanz, dass das ergänzte Angebot akzeptiert und in die abschliessende Bewertung integriert werde. Diesen Vorgang bezeichnet die Vorinstanz als " dritte Nachverhandlungsrunde ". Aufgrund der Gesamtmindestmiete von neu y2 Millionen Franken verbesserte sich die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin sowohl hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit (Note 4.32) als auch der Gesamtnote (4.01).

E. 4.3.11

Zusammenfassend lässt sich der Bewertungs- und Verhandlungsverlauf gemäss den dokumentierten Zwischenständen aus dem Excel-Bewertungstool der Vorinstanz wie folgt darstellen: Erstbewertung 1. Verhandlungsrunde 2. Verhandlungsrunde 3. Verhandlungsrunde Zuschlagsempfängerin Gesamtmindestmiete (in Mio. Fr.) x x1 (x1 = x + 78) x2 (x2 = x1 + 70) x2 Note Wirtschaftlichkeit

E. 4.4.1

Was die erste Verhandlungsrunde anbelangt, begründet die Beschwerdeführerin ihre Rüge der asymmetrischen Informationsweitergabe im Einzelnen damit, die Vorinstanz habe nach der Erstbewertung mit der Zuschlagsempfängerin einseitige und vorgezogene Verhandlungen geführt, indem sie dieser am Ende der Angebotspräsentation mitgeteilt habe, dass ihre Mindestmiete klar zu tief und eine Erhöhung auf über (...) Millionen Franken jährlich erforderlich sei. Dadurch habe sie es der Zuschlagsempfängerin ermöglicht, ihre jährliche Mindestmiete am Folgetag zu erhöhen, womit quantitativ ähnliche Angebote vorgelegen hätten. Genau in dieser Phase habe die Vorinstanz jedoch

ihre Bewertungssystematik im Sinne einer Verwässerung des Wirtschaftlichkeitskriteriums geändert, indem sie die für die Notenskala massgebende Preisspanne sowohl gegen oben (höhere erforderliche Gesamtmindestmiete für die Höchstnote 5.0) als auch gegen unten (tieferer notwendige Gesamtmindestmiete für die Tiefstnote 1.0) angepasst habe und die Angebote notenmässig zusammengerückt seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe dadurch eine quantitativ ungleich starke Abwertung erfahren, mit der Folge, dass sie ihrerseits zu einem Nachangebot mit einer Erhöhung der Miete von jährlich rund (...) Millionen Franken angeleitet worden sei. Aufgrund der asymmetrischen Information habe sie, anders als die Zuschlagsempfängerin, nie erfahren, dass ihr Angebot deutlich überlegen sei, was eine zentrale Information für das gesamte Verfahren gewesen wäre. Mit dem Systemwechsel nach der Erstbewertung habe die Vorinstanz erreicht, dass die Beschwerdeführerin signifikant habe nachbieten müssen (Erhöhung der Gesamtmindestmiete um 65 Mio. Fr.), obwohl die Zuschlagsempfängerin sie zunächst nur leicht überholt habe. In Kombination mit der nach der Präsentation - trotz gleichbleibendem Angebot - stark aufgewerteten Qualitätsnote der Zuschlagsempfängerin (dazu E. 4.3.3) habe diese so schon in der Anfangsphase die für das Gesamtergebnis entscheidenden Punkte aufgeholt. Die Vorinstanz verkenne, dass der massgebende Bezugspunkt zur Quantifizierung der mit dem rechtswidrigen Systemwechsel einhergehenden Punkteveränderungen nicht die (auch) auf unrechtmässigen Nachverhandlungen gründenden Schlussofferten sei, sondern es sei auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Offerten abzustellen. Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe beide Anbieterinnen in derselben Weise informiert. Im Rahmen der ersten Nachverhandlungsrunde sei der Beschwerdeführerin wie zuvor den anderen Anbietern mitgeteilt worden, um wie viel sie ihr Angebot im Kriterium der Wirtschaftlichkeit circa erhöhen müsste, um in der Gesamtbewertung, das heisst unter Berücksichtigung der Qualität, mitzuziehen. Aus dieser (Circa—)Angabe von (...) Millionen Franken liessen sich keine Rückschlüsse auf die anderen Offerten ziehen. Die Anpassungen im Bewertungstool seien bei allen Anbietern in gleicher Weise vorgenommen worden; es habe keine Benachteiligung stattgefunden.

E. 4.4.2

Das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet den Behörden, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es ist verletzt, wenn hinsichtlich einer wesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein sachlicher Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. BGE 147 I 1 E. 5.2; 143 V 139 E. 6.2.3; 136 I 17 E. 5.3). Bei der Konzessionsausschreibung und -vergabe untersagt das Gleichheitsgebot, einzelne Anbieter hinsichtlich entscheidwesentlicher Tatsachen anders als andere Anbieter, das heisst ungleich, zu behandeln, wenn dafür kein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen besteht (BVGE 2009/64 E. 14.2.2; Urteile des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 9.2; A-7801/2008 E. 7.2.5). Dies gilt auch bei Verhandlungen über Angebotsbestandteile und in Bezug auf die den Anbietern mitgeteilten Informationen. Diesbezüglich kann das BÖB in seiner hier massgeblichen, bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung zur Konkretisierung des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots beigezogen werden (s. dazu E. 3.3.5). Demnach sind Verhandlungen in Gleichbehandlung der Anbieter zu führen (vgl. Art. 20 Abs. 2 aBöB), wobei jedoch entsprechend dem Grundsatz von Art. 8 Abs. 1 BV ein relatives, kein absolutes Gleichbehandlungsgebot gilt (Art. 1 Abs. 2 aBöB; vgl. Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.5.5;

Hans Rudolf Trüeb, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2011, N. 13 f. zu Art. 1 BöB). Bei Verhandlungen, soweit sie im Vergaberecht zulässig sind, wird im Wesentlichen als entscheidend erachtet, dass bezüglich der relevanten Angebotsaspekte gesamthaft gesehen eine Gleichbehandlung erfolgt und nicht nur einzelnen Anbietern, sondern jedem Verhandlungsteilnehmer gleichermaßen die Möglichkeit zur Angebotsoptimierung eingeräumt wird (vgl. Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, 2009, Rz. 151 f. m.H.; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 205; Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 71 und 77; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 7. November 1997, der Bundesbehörden [VPB] 62.17 E. 4e/cc). Die Gleichbehandlung kann sich unter anderem dann als gefährdet erweisen, wenn eine Anbieterin während der Nachverhandlungen keine gleichwertige, das heisst keine inhaltlich gleichartige, gleichzeitige oder gleich umfassende Information erhält (vgl. Leuthold, a.a.O., Rz. 152 f. m.H.). Auch der in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV mitgarantierte Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verlangt, die Verteilung von Konzessionen rechtsgleich vorzunehmen. Er verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, namentlich, wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Eine absolute Gleichbehandlung privater Marktteilnehmer verlangt aber auch Art. 27 BV nicht. Unterscheidungen sind zulässig, sofern sie objektiven Kriterien entsprechen und nicht systemwidrig sind (vgl. BGE 132 I 97 E.2.1, in: Pra 2007/2 S. 4; Urteil des BVGer A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 6.3 m.H.; vgl. auch Daniel Kunz, Konzessionen, in: Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 211 Rz. 16).

E. 4.4.3

Zwar trifft es zu, dass die Vorinstanz nach der Erstbewertung ihre Notenskala hinsichtlich der für die einzelnen Noten zu erreichenden Werte teilweise angepasst hat (vgl. Tabelle in E. 5.2.4), was nachstehend namentlich unter dem Gleichbehandlungsaspekt noch detailliert zu prüfen sein wird (s. E. 5.2). In Bezug auf die gerügte Informationsasymmetrie ist jedoch entscheidend, dass die Vorinstanz in der ersten Verhandlungsrunde allen Anbietern in gleicher Weise ungefähre Wertangaben betreffend die erforderliche Mindestmiete für eine chancenwahrende Erhöhung der eigenen Angebote mitgeteilt hat (E. 4.3.2, E. 4.3.5); dabei wurde der Beschwerdeführerin ebenso wie der Zuschlagsempfängerin je eine Gelegenheit zur Angebotsverbesserung eingeräumt. Die erhöhten Mindestmieten wurden nach der ersten Verhandlungsrunde bei beiden Anbieterinnen mit derselben Bewertungssystematik bewertet. Die Information an die Zuschlagsempfängerin erfolgte dabei nicht etwa unter einer anderen Bewertungsskala als die Information an die Beschwerdeführerin; damit wurde letztere nicht durch die Informationsabgabe im Hinblick auf die Verbesserung der Mindestmiete benachteiligt. Die Vorinstanz hat zwar die Zuschlagsempfängerin während der ersten Verhandlungsrunde in zeitlicher Hinsicht zuerst über die erforderliche Erhöhung des Angebots informiert. Sie hat diese Information jedoch gegenüber der Beschwerdeführerin noch in derselben Verhandlungsrunde ausgleichend nachgeholt und ihr eine ebensolche relative Wertangabe zur erforderlichen Verbesserung der Mindestmiete, das heisst eine gleichartige und umfangmässig gleiche Information hinsichtlich dieses Angebotsbestandteils zukommen lassen.

E. 4.4.4

Demnach kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie in der ersten Verhandlungsrunde eine sie einseitig benachteiligende Ungleichbehandlung durch Informationsasymmetrie geltend macht.

E. 4.5

Hinsichtlich der zweiten Verhandlungsrunde beanstandet die Beschwerdeführerin konkret, die Zuschlagsempfängerin habe nach der Mitteilung des Zwischenstands (E. 4.3.7) die jährliche Mindestmiete ab 2020 von (...) Millionen Franken auf (...) Millionen Franken, das heisst für die Gesamtvertragsdauer um 70 Millionen Franken von x1 Millionen Franken auf x2 Millionen Franken und somit auf einen Betrag auffallend leicht über demjenigen der Beschwerdeführerin (y1 Mio. Fr.) erhöht. Dadurch habe sie gemäss den im Akteneinsichtsverfahren zugänglich gemachten Zwischenbewertungen erneut, wie schon in der ersten Verhandlungsrunde, in quantitativer Hinsicht (Note 4.18) mit der Beschwerdeführerin (Note 4.1) gleichgezogen. Die Zuschlagsempfängerin müsse hierfür ein klares Bild der Verhältnisse und/oder der (geänderten) Bewertungssystematik gehabt beziehungsweise erhalten haben, ansonsten sich die betragsmässig erneut abgestimmte Nachofferte nicht erklären lasse. Die Vorinstanz müsse die Zuschlagsempfängerin auch in der zweiten Verhandlungsrunde selektiv mit Informationen versorgt haben. Es könne kein Zufall sein, dass die Zuschlagsempfängerin die Mindestmiete derart massiv erhöhe und diejenige der Beschwerdeführerin gerade leicht überbiete, obgleich die Vorinstanz noch drei Tage zuvor kommuniziert habe, dass die Angebote nach der ersten Nachverhandlungsrunde nahe beieinanderlägen.

E. 4.5.1

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, in der zweiten Verhandlungsrunde habe sie keiner Anbieterin mehr einen Richtwert hinsichtlich der Mindestmiete mitgeteilt und sie sei ebenfalls erstaunt gewesen, dass die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot in der zweiten Runde auf (...) Millionen Franken erhöht habe. Die in den Bewertungen festgehaltene Gesamtmindestmiete erhöhte sich damit um 70 Millionen Franken auf (diskontierte) x2 Millionen Franken, wobei es sich bei dieser nur um einen von drei für die finanzielle Bewertung gewichteten Werten gehandelt habe. Darin würden andere Parameter wie der Abgabesatz von der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt. Entgegen der Beschwerdeführerin hätten zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin auch keinerlei Korrespondenzen oder Telefonate stattgefunden, welche nicht in den Akten dokumentiert seien. Ebenso wenig hätten persönliche Besprechungen stattgefunden.

E. 4.5.2

Wie in der Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 ([...]) im Zusammenhang mit der Akteneinsicht ausgeführt, bestehen keine Akten hinsichtlich einer asymmetrischen mündlichen Kommunikation oder einseitigen schriftlichen Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin während der zweiten Verhandlungsrunde. Es bestehen auch keine konkreten Anzeichen, dass ein relevanter Informationsfluss, insbesondere eine einseitige Wertangabe der Vorinstanz zum Vorteil der Zuschlagsempfängerin, nicht dokumentiert worden wäre. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die Erhöhung des Angebots der Zuschlagsempfängerin offensichtlich Folge einer Informationsasymmetrie sein müsse, vermögen aufgrund des dargelegten Verhandlungsverlaufs nicht zu überzeugen. Gerade weil die Angebote nach der ersten Verhandlungsrunde nahe beieinander lagen und die Vorinstanz der

Zuschlagsempfängerin mit E-Mail vom 19. September 2017 mitgeteilt hatte, dass ihr Angebot momentan " sehr knapp hinter dem Bestangebot auf dem zweiten Rang " liege (vorne, E. 4.3.7), ist naheliegend, dass sie als bisherige und langjährige Nutzerin der Fremdwerbeflächen ihre Mindestmiete erheblich erhöhte, um diese weiterhin bewirtschaften zu können. Auch liegt der Betrag, um welchen die neu offerierte Gesamtmindestmiete der Zuschlagsempfängerin diejenige der Beschwerdeführerin überstieg, mit rund (...) Millionen Franken (und einer Differenz von rund (...) Millionen Franken jährlich) nicht auffallend oder " verdächtig " geringfügig über dem Angebot der Beschwerdeführerin. Somit kann bezüglich dieser Verhandlungsrunde, anders als gerügt, keine Informationsasymmetrie unter rechtsungleicher Benachteiligung der Beschwerdeführerin festgestellt werden. Insgesamt ist die Verhandlungsführung der Vorinstanz in der zweiten Verhandlungsrunde im Lichte des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots und des ihr zustehenden Gestaltungsspielraums nicht zu beanstanden. Im Übrigen gab die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Anschluss an die zweite Verhandlungsrunde die Gelegenheit, ihr Angebot nochmals zu verbessern, ohne dass diese Möglichkeit der Zuschlagsempfängerin in gleicher Weise gewährt worden wäre (" dritte Verhandlungsrunde ").

E. 4.5.3

Somit ist auch in der zweiten Verhandlungsrunde keine Ungleichbehandlung aufgrund einer asymmetrischen Informationsweitergabe der Vorinstanz auszumachen.

E. 4.6

Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Nachverhandlungen geltend, deren Verlauf sei lückenhaft dokumentiert. Die Vorinstanz habe gegen ihre Protokollierungspflicht beziehungsweise gegen die qualifizierten Formvorschriften bei der Dokumentation von Verhandlungen verstossen, wonach alle Aspekte der mündlichen Verhandlung in ein Protokoll aufzunehmen seien. Es sei unvollständig dokumentiert, ob und inwieweit die Vorinstanz die Zuschlagsempfängerin während der zweiten Verhandlungsrunde selektiv mit Angaben versorgt habe. Die Vorinstanz dagegen führt aus, sie sei, wie den eingereichten Akten entnommen werden könne, ihrer Protokollierungspflicht freiwillig nachgekommen, soweit in den Gesprächen neue, für das Verfahren relevante Informationen mitgeteilt worden seien. Da in der zweiten Verhandlungsrunde schlicht keine Kommunikation zwischen ihr und der Zuschlagsempfängerin mehr stattgefunden habe, treffe auch der Vorwurf der unvollständig dokumentierten Informationsweitergabe nicht zu.

E. 4.6.1

Hinsichtlich der (anlässlich der Angebotspräsentation eingeleiteten) ersten und hinsichtlich der dritten Verhandlungsrunde können, wie vorstehend auf Basis der Akten (E. 4.3) erstellt, die Verhandlungen in Bezug auf die Angebotsbestandteile und die relevanten Ergebnisse nachvollzogen und - namentlich unter dem Gleichbehandlungsaspekt - gerichtlich überprüft werden.

E. 4.6.2

Für die zweite Verhandlungsrunde existieren, wie erwähnt beziehungsweise in der Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 ([...]) im Zusammenhang mit der Akteneinsicht ausgeführt, keine weiteren Akten beziehungsweise Dokumente betreffend eine etwaige einseitige mündliche Kommunikation oder schriftliche Korrespondenz zwischen der

Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin. Darin ist aber ebenfalls kein Dokumentationsmangel zu sehen, zumal gestützt auf die vorstehende Beweiswürdigung des Gerichts (vorne, E. 4.5.2) feststeht, dass in der zweiten Verhandlungsrunde seitens der Vorinstanz keine einseitige Informationsweitergabe an die Zuschlagsempfängerin erfolgt ist und diese folglich auch nicht dokumentiert werden konnte beziehungsweise musste. Im Übrigen dürfen die detaillierten Vorschriften über die Protokollierungsmodalitäten, welche das Beschaffungsrecht in der bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung für mündliche Verhandlungen bereithält (Art. 26 Abs. 3 f. aVöB i.V.m. Art. 20 aBöB), nicht eins zu eins auf das konzessionsrechtliche Ausschreibungsverfahren übertragen werden (vorne, E. 3). Mit Blick auf die Geltung der Grundrechte (E. 3.3.5) soll allerdings die allgemeine verfahrensrechtliche Aktenführungspflicht der Vorinstanz die gerichtliche Überprüfung ermöglichen, ob dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot in den Verhandlungen Rechnung getragen wurde, was vorliegend - wie dargelegt - der Fall ist. Die im Vergaberecht entwickelte Rechtsprechung, wonach eine Verletzung der Protokollierungspflicht durch die Vergabestelle unter Umständen zur Aufhebung des Zuschlags führt, wenn nicht überprüft werden kann, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten wurde (BVGE 2016/19 E. 6.1, 6.3.2, 6.3.3 und 6.4), kommt im Gewand der Grundrechte insofern auch bei Ausschreibungen von Konzessionen zum Tragen (vgl. zur Beweislast auch Urteil des BVGer B-4009/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.7.4 m.H.). Vorliegend stellt sich die Frage nach einer Verletzung der Protokollierungspflicht jedoch nicht, da - wie erwähnt - nicht davon auszugehen ist, dass eine asymmetrische Information erfolgt sei, welche zu dokumentieren gewesen wäre.

E. 4.6.3

Somit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der mangelhaften Protokollierung beziehungsweise Dokumentation der Nachverhandlungen nicht durch.

E. 4.7

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin die Verhandlungen dahingehend, dass sie sich einzig auf die Wirtschaftlichkeit bezogen hätten und sie keine Möglichkeit erhalten habe, auch die Qualität des Angebots anzupassen. Die Vorinstanz war jedoch, worauf sie zutreffend hinweist, nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verpflichtet, auch die Qualität zum Gegenstand der Verhandlungen zu machen (vgl. [...] Verfahrensbestimmungen). Darüber hinaus liegt auch insofern keine Ungleichbehandlung zulasten der Beschwerdeführerin vor, als die Zuschlagsempfängerin in der Nachverhandlungsphase ihr Angebot qualitativ nicht mehr verbessern beziehungsweise ihre Qualitätsbewertung nach dem 5. September 2017 (dem Tag nach der Angebotspräsentation: E. 4.3.3) ebenfalls nicht mehr relevant steigern konnte. Aus dem Protokoll zur Angebotspräsentation der Beschwerdeführerin geht dagegen, entgegen ihren Ausführungen, hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nahelegte, ihr Angebot in den drei qualitätsbezogenen Punkten Strategie, Business Case / Kosten und Kundeninformation nachzubessern und erneut einzureichen. Die Beschwerdeführerin hat in der zweiten Verhandlungsrunde denn auch unstreitig ein in bestimmten Qualitätsaspekten verändertes Angebot eingereicht (E. 4.3.8). Somit wurde ihr, anders als gerügt, die Möglichkeit eingeräumt, die Qualität zu optimieren. Insoweit beschränkte sich die Gelegenheit zur Angebotsverbesserung nicht einzig auf das Kriterium der Wirtschaftlichkeit, bei deren Benotung die Zuschlagsempfängerin anfänglich hinter der Beschwerdeführerin zurücklag. Soweit streitig ist, ob diese qualitativen Anpassungen effektiv der Bewertung zugeführt

wurden, kann dazu auf die Prüfung der Rüge der unvollständigen (Schluss—)Evaluation verwiesen werden ([...]).

E. 4.8

Zusammenfassend hat die Vorinstanz die Nachverhandlung im Einklang mit dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot und dem in den Ausschreibungsunterlagen definierten Rahmen durchgeführt.

E. 4.13

Gesamtnote

E. 4.16

Beschwerdeführerin Gesamtmindestmiete (in Mio. Fr.) y_1 ($y_1 = y + 65$) y_1 y_2 ($y_2 = y_1 + 25$) Note Wirtschaftlichkeit

E. 4.18

Note Qualität

E. 5

Des Weiteren wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz unter verschiedenen Aspekten eine intransparente sowie ungleiche Bewertung vor.

E. 5.1

Zunächst beanstandet die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen, die Vorinstanz habe die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung mangelhaft bekannt gegeben und dadurch gegen das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot verstossen. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht bringt sie im Wesentlichen vor, die Vorinstanz hätte die Gewichtung beziehungsweise Bedeutung der Unterkriterien sowie die mathematische Formel zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit (Preisbewertungsmethode) zu Beginn des Verfahrens offenlegen müssen, was sie unterlassen habe.

E. 5.1.1

Die Vorinstanz führt demgegenüber unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Binnenmarktgesetz aus, sie sei den Anforderungen an die Transparenz bei der Ausschreibung von Konzessionen nachgekommen. Sie habe die Ausschreibung öffentlich publiziert, ein Verfahren organisiert, das es Interessierten ermöglicht habe, ein Angebot einzureichen, und sie habe die Auswahlkriterien in der Ausschreibung transparent bekannt gegeben. Sie habe in den Ausschreibungsunterlagen allen potenziellen Anbietern rechtsgleich umschrieben, was von ihnen erwartet werde. Zudem habe sie den Zuschlag durch Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung erteilt und der Beschwerdeführerin mit der detaillierten schriftlichen Begründung vom 17. November 2017 und im Debriefing transparent dargelegt, weshalb ihr Angebot nicht den Zuschlag erhalten habe.

E. 5.1.2

Die Vorinstanz gab den Anbieterinnen die Zuschlagskriterien gemäss den mit Ausschreibung im SHAB zugänglich gemachten Bestimmungen zum Verfahren vom 22. Februar 2017 bekannt (Ziff. 3.5.3). Im Einzelnen hat sie zu den Zuschlagskriterien folgende Angaben veröffentlicht (Ziff. 3.5.3.1 u. 3.5.3.2 [ohne Angaben zum nicht mehr relevanten Los 8]): 3.5.3.1 Wirtschaftlichkeit (60 %) Hauptkriterium Unterkriterium Wirtschaftlichkeit 60 %) Garantierte Mindestmiete: Betrag in CHF für 2019 Garantierte Mindestmiete: Betrag

in CHF für Folgejahre Mietertragsprognose pro Jahr Abgabesatz % von Umsatz netto-netto für 2019 Abgabesatz % von Umsatz netto-netto für Folgejahre 3.5.3.2 Qualität (40 %) Hauptkriterium Unterkriterium Geschäftskonzept (25 %) Detaillierte Umsatzplanung Marketing- / Vermarktungskonzept Verkaufskonzept inkl. Schlüsselpersonen Logistikkonzept inkl. Schlüsselpersonen Investitionsplanung Innovation (5 %) Innovationen Erfahrung (10 %) 3 Referenzen Des Weiteren wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die Beurteilung der Zuschlagskriterien anhand eines systematischen Bewertungsschemas erfolgen werde (Ziff. 3.5.3) und die einzelnen wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien nach einer Notenskala von 1-5 bewertet würden (Ziff. 3.5.3.2).

E. 5.1.3

Demgemäss hat die Vorinstanz die Zuschlags- beziehungsweise die verschiedenen Hauptkriterien und deren Gewichtung transparent und für alle Anbieter in gleichem Umfang bekannt gegeben. Die Beschwerdeführerin erachtet darüber hinausgehende Angaben zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit als erforderlich; sie verweist hierbei auf die beschaffungsrechtliche Praxis ([...] BGE 130 I 241 E. 5.1, in: Pra 2005/59 S. 456; 141 II 353 E. 8.2.3). Die Rechtsprechung leitet aus dem vergaberechtlichen Transparenzgebot zwar ab, dass die Behörde, legt sie für eine bestimmte Ausschreibung Unterkriterien fest, diese ebenso wie die Zuschlagskriterien mit der jeweiligen Gewichtung im Voraus bekannt geben muss, es sei denn, sie dienen nach den Umständen nur zur Konkretisierung eines publizierten Kriteriums; dies gilt ebenso für Beurteilungsraster oder Hilfsmittel der Bewertung wie zum Beispiel eine Punkteskala (detailliert Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3, E. 5.2.6; vgl. auch BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil des BGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c; Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 848 und 850). Es ist der Behörde verwehrt, derart bekanntzugebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern, indem etwa die festgelegten Prozentsätze nachträglich modifiziert werden (BGE 125 II 86 E. 7c; Urteil B-6837/2010 E. 3.2 m.H.). Wie vorne jedoch im Grundsatz bereits ausgeführt wurde, finden die strengen beschaffungsrechtlichen Bekanntgabepflichten keine Anwendung auf das flexiblere Verfahren der Ausschreibung einer Konzession beziehungsweise einer Sondernutzungskonzession (E. 3.3.1. ff.). Vielmehr entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu Konzessionsvergaben, dass sich vorbehaltlich spezialgesetzlicher Besonderheiten aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot keine Pflicht der Behörde zur Offenlegung der Gewichtung der Unterkriterien für den Zuschlag oder von detaillierten Bewertungsrastern ergibt und dass auch keine verschärfte Transparenzvorgabe aus dem übergeordneten Recht abgeleitet werden kann; hier unterscheidet sich das Konzessionierungsverfahren aufgrund der unterschiedlichen öffentlichen Interessen massgeblich vom Submissionsverfahren (BGE 143 II 120 E. 6.3 ff., in: Pra 2018/14 S. 111; 125 I 209 E. 6b und 9 d/bb; Urteil 2C_314/2013 E. 1.1.2 m.H.; BVGE 2009/64 E. 5.4 und 6.5 ff.; Urteile des BVGer A-7799/2008 vom 3. Dezember 2009 E. 8 f. [nicht publ. in: BVGE 2009/63]; A-7801/2008 E. 7.2.2 ff.; A-7762/2008 E. 5.1 und 9.2; vgl. zu den Mindestanforderungen des EGMR an Konzessionierungsverfahren auch BVGE 2009/64 E. 6.4 m.H. auf den Entscheid des EGMR Glas Nadezhda EOOD und Elenkov gegen Bulgarien vom 11. Oktober 2007, 14134/02, Ziff. 45 ff.).

E. 5.1.4

Im Lichte dieser Praxis und mangels Anwendbarkeit der strengeren beschaffungsrechtlichen Vorschriften lässt sich nicht feststellen, dass die Vorinstanz die Zuschlagskriterien mit der öffentlichen SHAB-Ausschreibung zu wenig detailliert, unfair oder in einer zulasten der Beschwerdeführerin ungleichen beziehungsweise sie benachteiligenden Weise bekannt gegeben hätte. Die Unterkriterien zur Wirtschaftlichkeit wurden vielmehr differenziert anhand bestimmter quantitativer Grössen formuliert und im Angebotsformular der einzelnen Lose, wie in den Verfahrensbestimmungen vermerkt, hinsichtlich der erwarteten Angaben näher umschrieben. Die Erwartungen an die Bewerber bei den Unterkriterien zur Wirtschaftlichkeit erscheinen in den Ausschreibungsunterlagen hinreichend klar zum Ausdruck gebracht. Die quantitative Bewertungsmethode zur Bestimmung der Note Wirtschaftlichkeit, das heisst die Berechnung des für die Notenskala massgebenden Net Present Value (NPV) gemäss dem Excel-Tool der Vorinstanz, konkretisiert im Wesentlichen das mit detaillierten Unterkriterien beschriebene, zu 60 % gewichtete Wirtschaftlichkeitskriterium. Insgesamt ist die Art und Detaillierung der Bekanntgabe der Kriterien demnach nicht zu beanstanden.

E. 5.2

Zu prüfen ist im Weiteren, ob die Vorinstanz das Bewertungssystem im Laufe des Verfahrens in rechtswidriger Weise bewusst zum Vorteil der Zuschlagsempfängerin verändert hat, was die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit (E. 5.2.1 ff.), die Gewichtung der einzelnen Lose (E. 5.3) und die Qualitätsbewertung (E. 5.4) rügt.

E. 5.2.1

Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit geltend, die Vorinstanz habe gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Wettbewerbsneutralität und der Transparenz verstossen, indem sie die bekannt gegebene Gewichtung der Wirtschaftlichkeit (60 %) während der Verhandlungen durch Veränderungen im Bewertungstool verwässert habe, ohne dies transparent zu kommunizieren. Dies habe ihren anfänglichen Vorsprung in diesem Bereich deutlich abgeschwächt. Die für die Noten massgebende Preisspanne in der ersten Verhandlungsrunde sei sowohl gegen oben (höhere erforderliche Gesamtsumme für die Höchstnote 5.0) als auch gegen unten (tiefere notwendige Gesamtsumme für die Tiefstnote 1.0) angepasst worden, sodass die beiden Angebote unter Abflachung der Preiskurve notenmässig zusammengedrückt seien. Höhere Angebote hätten neu bei der Wirtschaftlichkeit weniger Punkte erreicht, weshalb diese Leistung abgewertet beziehungsweise der Bereich der Qualität aufgewertet worden sei. Obwohl sie ihre Gesamtmindestmiete um 65 Millionen Franken erhöht habe, sei die Wirtschaftlichkeitsnote am Ende der ersten Verhandlungsrunde von 4.2 auf 4.1 gesunken. Die effektive Gewichtung der Zuschlagskriterien entspreche im Ergebnis nicht mehr der publizierten Gewichtung (Wirtschaftlichkeit 60 %; Qualität 40 %). Letztere sei zum Nachteil der gemäss Erstbewertung führenden Beschwerdeführerin verfälscht worden, und zwar in relevanter Weise, da der Vorsprung der Zuschlagsempfängerin am Ende insgesamt nur 0.15 Punkte betragen habe. Die Beschwerdeführerin beruft sich damit wiederum sinngemäss auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht, wonach ein Verstoß gegen das Transparenzprinzip vorliegt, wenn die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung trägt (detailliert BVGE 2018 IV/2 E. 7.3 f. m.H.).

E. 5.2.2

Nach Ansicht der Vorinstanz handelt es sich demgegenüber um eine geringfügige Anpassung der Notenskala. Einerseits habe diese deshalb erfolgen müssen, weil sie die Lose 6 und 7 sowie das Los 8 nicht mehr zusammen mit den Losen 1-5 bewertet habe. Andererseits seien die beiden eingereichten Nachofferten quantitativ über den ursprünglichen Erwartungen gewesen, weshalb die Anpassung der Notenschritte notwendig gewesen sei, damit alle Bewertungen wieder innerhalb der Noten 1-5 gelegen hätten.

E. 5.2.3

Wie bereits ausgeführt (E. 4.4.2), gebietet das in der Verfassung verankerte Gebot der Rechtsgleichheit, dass hinsichtlich der relevanten Angebotsaspekte gesamthaft gesehen jedem Verhandlungsteilnehmer gleichermassen die Möglichkeit zur Angebotsoptimierung eingeräumt wird. Ebenfalls verlangt das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot, dass die Bewertung der Angebote anhand derselben Massstäbe erfolgt beziehungsweise sie mit gleichen Ellen bewertet werden (vgl. für das Vergaberecht: Zwischenentscheid des BVGer B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 9.3.3 m.H.).

E. 5.2.4

Die Beschwerdeführerin weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz die zur Benotung der Erstangebote verwendete Skala nach der ersten Verhandlungsrunde teilweise modifiziert und die ersten (wie die folgenden) Nachofferten danach bewertet hat. Die Note richtet sich nach dem erzielten NPV, der sich aufgrund der Werte der verschiedenen Wirtschaftlichkeitskriterien einschliesslich der Mindestmiete ergibt. Die Notenskala wurde hinsichtlich der Bandbreite (NPV-Werte) der einzelnen Noten wie folgt angepasst:
Erstbewertung Note 5 Note 4 Note 3 Note 2 Note 1 NPV n5 n4 n3 n2 n1 ab Runde 1 Note 5
Note 4 Note 3 Note 2 Note 1 NPV 1.18n5 1.15n4 1.10n3 1.00n2 0.77n1

E. 5.2.5

Des Weiteren fällt aufgrund des Bewertungs- und Verhandlungsverlaufs (s. Tabelle in E. 4.3.11) in der Tat auf, dass sich die Note Wirtschaftlichkeit der Beschwerdeführerin nach der ersten Verhandlungsrunde, obgleich sie ihre kalkulierte Gesamtmindestmiete um rund 65 Millionen Franken (auf y1 Mio. Fr.) erhöhte, leicht verminderte (von 4.2 auf 4.1). Indessen ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die Bewertungsskala für beide Anbieterinnen in gleicher Weise geändert wurde. So hat die Zuschlagsempfängerin in der ersten Verhandlungsrunde ihre bewertete Gesamtmindestmiete um rund 78 Millionen Franken (von x Mio. Fr. auf x1 Mio. Fr.) noch stärker gesteigert als die Beschwerdeführerin und konnte dennoch ihre Note lediglich von 3.5 auf 3.7 steigern (E. 4.3.11). Entsprechend fiel auch das erste, erheblich verbesserte Nachangebot der Zuschlagsempfängerin notenmässig beschränkt ins Gewicht und die Änderung der Notenstufen traf sie ebenso wie die Beschwerdeführerin.

E. 5.2.6

Im Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, die Änderung des Bewertungssystems habe bewirkt, dass der Faktor Mindestmiete insgesamt zu ihrem Nachteil signifikant weniger Notenpunkte generiert habe. Die Zuschlagsempfängerin habe ihr Angebot in der zweiten Verhandlungsrunde mit neuer Systematik in ähnlichem Umfang (rund 70 Mio. Fr.) wie sie selbst in der ersten Runde (65 Mio. Fr.) erhöht, doch sei deren Note dadurch deutlich von 3.7 auf 4.18 angestiegen. Während vor der Systemänderung pro Mindestmiete

von (...) Millionen Franken eine Notenzahl von (...; Zuschlagsempfängerin) beziehungsweise (...; Beschwerdeführerin) resultiert habe, sei danach noch eine Notenzahl von (...; Zuschlagsempfängerin) beziehungsweise (...; Beschwerdeführerin) für (...) Millionen Franken zu erreichen gewesen. Da die Beschwerdeführerin mit ihrem ersten Angebot deutlich mehr Mindestmiete als die Zuschlagsempfängerin offeriert habe (y Mio. Fr. gegenüber x Mio. Fr.), habe sie die Reduktion stärker getroffen. In dieser Hinsicht trifft es zwar zu, dass ab der ersten Verhandlungsrunde für dieselbe Note ein höherer NPV-Wert beziehungsweise eine höhere Mindestmiete erforderlich war. Dies traf jedoch nach der Erstbewertung der Offerten während der gesamten Nachverhandlungen in gleicher Weise für beide Anbieterinnen (und für alle Erhöhungen) zu. Beide Anbieterinnen wurden stets nach derselben Notenskala bewertet. Gesamthaft betrachtet hat die Beschwerdeführerin eine leicht höhere Mindestmiete offeriert und auch eine leicht höhere Note erhalten, weshalb insgesamt nicht der Eindruck entsteht, dass die Beschwerdeführerin bei der Bewertung der optimierten Angebote benachteiligt wurde. Im Gegenteil hat die Vorinstanz in der sogenannten dritten Verhandlungsrunde zugunsten der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Steigerung der Mindestmiete einseitig in die Bewertung einbezogen, was aus Sicht der Zuschlagsempfängerin unter dem Gleichbehandlungsaspekt fraglich erscheint, vorliegend aber nicht geprüft werden muss. Auch war es die Zuschlagsempfängerin, die ihre Mindestmiete während der Verhandlungen, das heisst unter der angepassten, flacheren Skala mit weniger Notenpunkten pro gebotem Betrag, um eine insgesamt klar höhere Summe (rund 58 Mio. Fr.) als die Beschwerdeführerin gesteigert hat. Des Weiteren hat die Vorinstanz nachvollziehbare objektive Gründe für die Modifikation der Notenschritte angeführt. Insbesondere ihre Erläuterung, dass aufgrund der höher als erwartet ausgefallenen Nachofferten die Notenschritte 1-5 zwecks Aussagekraft der Bewertung hätten adaptiert werden müssen, überzeugt angesichts dessen, dass die Wirtschaftlichkeit beziehungsweise die Mindestmiete - im Unterschied zur Qualität - im Fokus der Nachverhandlungen stand. Wäre die anfängliche Notenskala ohne Ausdehnung beziehungsweise Abflachung der Notenstufen beibehalten worden, wäre den mehrfach erhöhten Mindestmieten - und damit auch dem zu 60 % gewichteten Kriterium der Wirtschaftlichkeit - mangels aussagekräftiger Punkteabstufung beziehungsweise Differenzierung im oberen Notenbereich immer weniger und schliesslich keine Unterscheidungskraft mehr zugekommen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass beide Anbieterinnen durch ihre Schlussofferten mit Mindestmieten von x2 Millionen Franken beziehungsweise y2 Millionen Franken beziehungsweise den (höheren) NPV-Werten über beziehungsweise an der Schwelle zur Höchstnote 5 (NPV von n5) der ursprünglichen Skala lagen, oberhalb welcher kein Notenunterschied mehr möglich gewesen wäre und alle Angebote die Höchstnote erreicht hätten. Ab einer gewissen Höhe der Mieten wäre mithin just die Qualität, die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausschlaggebend war, zulasten der Beschwerdeführerin zum alleinentscheidenden Kriterium geworden und hätte effektiv eine höhere Gewichtung als 40 % erlangt.

E. 5.2.7

Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie sich durch die angepasste Notenskala rechtsungleich benachteiligt oder treuwidrig behandelt sieht.

E. 5.2.8

Nachdem sich vorstehend zudem ergeben hat, dass die Vorinstanz nach Massgabe des anwendbaren Rechts nicht zur Bekanntgabe der für die einzelnen Notenstufen erforderlichen NPV-Werte verpflichtet war (E. 5.1), trifft dasselbe auch auf deren Anpassung zu. Die Vorinstanz hat keine bekannt gegebenen Gewichtungen beziehungsweise Raster abgeändert.

E. 5.3

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe nach dem Eingang der Offerten beziehungsweise nach der Erstbewertung die relative Gewichtung der Lose 1-5 untereinander zum Vorteil der Zuschlagsempfängerin verändert.

E. 5.3.1

Aus den Akten ergibt sich zwar, dass die Lose 1-5 bei der Erstbewertung insgesamt 82.1 %, in der ersten Verhandlungsrunde neu 99.9 % beziehungsweise 100 % der gesamten Gewichtung ausmachten. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar darlegt, liegt diese Anpassung aber darin begründet, dass die (nicht Teil des Streitgegenstands bildenden) Lose 6 und 7 und das nicht vergebene Los 8 nicht mehr zusammen mit den Losen 1-5 bewertet wurden. In den Ausschreibungsunterlagen behielt sich die Vorinstanz gemäss ihren Erläuterungen zur Bewertung der Zuschlagskriterien auch explizit vor, den Zuschlag je nach wirtschaftlichen Konditionen für eine oder mehrere Loskombinationen oder das Gesamtpaket zu vergeben ([...]). Folgerichtig veränderten sich mit der separaten Bewertung der Lose 6-8 auch die prozentualen Gewichtungen der Lose 1-5.

E. 5.3.2

Die Beschwerdeführerin kritisiert vor diesem Hintergrund weiter, dass die Gewichte der Lose 1-5 nicht proportional auf 100 % hochgerechnet worden seien, sondern die Lose 3 und 4 in den Nachverhandlungen ein ungleich stärkeres Gewicht erlangt hätten. Die Verschiebung der Gewichte habe der Zuschlagsempfängerin in vorsätzlicher Verletzung des Gleichbehandlungsgebots 0.07 Notenpunkte mehr eingebracht als ihr selbst. Die Vorinstanz bringt vor, dass die Notenskala vor Eingang der Offerte anhand der Erwartungen festgelegt worden sei. Die eingereichten Angebote hätten im Rahmen der ersten Nachverhandlungsrunde teilweise (je nach Los) über den Erwartungen der Vorinstanz gelegen, sodass ohne Anpassung in Teilergebnissen eine Überperformance vorgelegen hätte. Daher sei die ursprüngliche Notenskala inklusive Notenschritte (sog. Range) entsprechend angepasst worden. Hätte man, wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, nach Wegfall der Vergabe der Lose 6-8 die Gewichtungen der noch zu vergebenden Lose 1-5 proportional auf 100 % hochgerechnet, so hätte auch ein Anbieter mit einem geringeren wirtschaftlichen Angebot die bessere Note erlangen können, was von keinem Anbieter als faire Bewertung erachtet worden wäre. Die hypothetischen Berechnungen der Beschwerdeführerin hätten keinerlei Beweiskraft. Es handle sich um reine Mutmassungen, denn die Beschwerdeführerin rechne nur mit Bezug auf die Mindestmiete, kenne weder das Bewertungstool in seinen Einzelheiten noch die Parameter (wie z.B. den Diskontierungszins) und somit auch die Wechselwirkungen nur sehr rudimentär. Gerade auch die Wechselwirkungen seien für die Bewertung elementar. Die Gewichtungen der Lose wurden indessen ab der ersten Verhandlungsrunde, ebenso wie zuvor, für beide Anbieterinnen in derselben Weise vorgenommen. Es ist aus den Akten weder ersichtlich noch nachvollziehbar gerügt, inwieweit die Veränderung in der Losstruktur der Zuschlagsempfängerin entscheidende Vorteile vermittelt hätte.

Insbesondere überzeugt nicht, dass die Beschwerdeführerin eine notenmässige Besserstellung aus der hypothetischen Anwendung der angepassten Gewichtungen auf die Notenwerte der Erstbewertung ableiten will, obwohl die angepasste Losstruktur auf die Bewertung der ersten (und der folgenden) Nachofferten mit veränderten Zahlen verwendet wurde. Ausserdem würde die geltend gemachte Benachteiligung von 0.07 Notenpunkten den Gesamtvorsprung der Zuschlagsempfängerin (0.15 Punkte) nicht wettmachen, weshalb die Beschwerdeführerin aus den Gewichtungen der Lose, vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen, keine ergebnisentscheidende Benachteiligung herleiten kann. Nach dem Ausgeführten erweist sich das - bedingt - beantragte Expertengutachten zu den quantitativen Auswirkungen der beanstandeten Bewertungsanpassungen als nicht notwendig.

E. 5.4

Des Weiteren bringt die Beschwerdeführerin vor, die Bewertung der Qualität der Angebote sei nach einem uneinheitlichen Beurteilungsmassstab erfolgt.

E. 5.4.1

Im Einzelnen kritisiert sie, die Vorinstanz habe das Angebot der Zuschlagsempfängerin am 5. September 2017, das heisst am Tag nach der Angebotspräsentation vom 4. September 2017, ohne sachliche Begründung um rund 0.3 Notenpunkte besser bewertet, obwohl das Angebot unverändert geblieben sei. Ihr eigenes Angebot habe dagegen eine deutlich geringere Besserbewertung (0.15 Notenpunkte) und mehr Notenabzüge als die Konkurrentin erfahren, was ebenfalls nicht nachvollziehbar sei. Dies stelle eine Verletzung der Gebote der Transparenz, der Gleichbehandlung und der Wettbewerbsneutralität dar.

E. 5.4.2

Der beschriebene Notenverlauf beruht indessen, worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist, nicht auf einer Änderung der Qualitätskriterien oder deren Gewichtung. Dieser Befund ergibt sich auch aus den Akten, insbesondere aus dem Vergleich der vorläufigen Notenblätter der Erstbewertung mit denjenigen nach der Angebotspräsentation, welche der Beschwerdeführerin im Rahmen des Akteneinsichtsverfahrens auch betreffend Gewichtungen der (Unter—)Kriterien offengelegt wurden. Es handelt sich vielmehr um eine überarbeitete Bewertung unter Fortführung derselben Bewertungskriterien und prozentualen Gewichtungen, welche für beide Anbieterinnen gemäss den genannten Akten einheitlich verwendet wurden und im Einklang mit den publizierten Angaben in den Ausschreibungsunterlagen stehen. Die Notenveränderung gründet gemäss den objektiv nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz insbesondere in den Angebotspräsentationen vom 4. September 2017, anlässlich derer sie neue Erkenntnisse hinsichtlich der qualitativen Aspekte der Offerten gewonnen hat. Die Angebotspräsentationen, einschliesslich der Gelegenheit zur Erläuterung qualitativer Aspekte des Angebots, wurden im Übrigen bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ([...]), sodass nicht ersichtlich ist, weshalb sie keinen Einfluss auf die Bewertung hätten haben dürfen. Demnach ist auch beim Zuschlagskriterium der Qualität, entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin, keine rechtswidrige, nachträgliche Änderung des Bewertungssystems zu ihrem Nachteil auszumachen.

E. 5.4.3

Des Weiteren ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) zwar eine Pflicht der Vorinstanz zur Begründung des Auswahlentscheids beziehungsweise der

Zuschlagsverfügung (Urteil A-7718/2016 E. 6.4.2; allgemein: BGE 143 III 65 E. 5.2). Die Vorinstanz ist jedoch nicht verpflichtet, die Parteien bereits während des Verfahrens über vorläufige Zwischenbewertungen zu informieren und diese näher zu begründen. Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz die qualitativen Verbesserungen ihres Angebots im Laufe des Verfahrens nicht in die Bewertung einbezogen habe beziehungsweise ihr Angebot nicht anhand objektiver Kriterien bewertet habe, ist dieser Einwand mit der Rüge der unvollständigen beziehungsweise willkürlichen Schlussevaluation zu prüfen ([...]).

E. 5.5

Demnach erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin als unbegründet, soweit sie der Vorinstanz eine mangelhafte Bekanntgabe des Bewertungssystems und rechtswidrige Änderungen desselben unter Verletzung des Gleichbehandlungsgebots und fehlender Transparenz vorwirft.

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