



## Urteil vom 21. Oktober 2020

---

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Christian Winiger,  
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Joel Günthardt.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch Rechtsanwältin  
Dr. iur. Astrid Waser,  
Lenz & Staehelin,  
Bleicherweg 58, 8027 Zürich,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
Division Personenverkehr,  
Wylersstrasse 123/125, 3000 Bern 65 SBB,  
vertreten durch Rechtsanwalt  
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüeb,  
Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen  
(Ersatzbeschaffung Billettautomaten;  
SIMAP-Meldungsnummer 733509; Projekt-ID 79387).

## Sachverhalt:

### A.

**A.a** Am 15. November 2011 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Division Personenverkehr, Bern (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) unter dem Projekttitel "LIFECYCLE BATS: EPOS" die Lieferung eines neuen Billettautomaten vom Typus EPOS im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 710357). Die Beschaffung umfasst gemäss Ziffer 2.5 Bst. A (Allgemeines) der Ausschreibung "den Automaten und den Betrieb bis mindestens 2024 (12 Jahre Nutzungsdauer)". Die Automaten werden wie folgt beschrieben: "Im Automatengehäuse befindet sich neben der technischen Infrastruktur die Bargeldverarbeitung (Münz- und Notensystem), ein Billettdrucker sowie die Main Control Unit (MCU). In der Tür befinden sich das Touch-Display-Modul, das Kartenterminal und die Ausgabeschale." Die Vergabestelle erwartet gemäss Ziffer 2.5 Bst. B1 (Hauptangebot) ein Angebot für 1000 Stück ePOS gemäss Ausschreibungsunterlagen. Das Hauptangebot setzt sich gemäss Ziffer 2.5 Bst. B.1.1 bis B.1.6 der Ausschreibung insbesondere aus folgenden Leistungen zusammen: Billettautomat, IT-Integration, Rollout (Logistik), Lifecycle Management und Ersatzteilkhaltung, Präsentation während Vertragsverhandlungen sowie Projektleitungskompetenz (vgl. Ziffer 2.5 Bst. B.1.1 bis B.1.6). Die Vergabestelle verlangte unter Ziffer 2.5 Bst. B.2 zusätzlich ein "vorgeschriebenes Nebenangebot" für 1000 Billettautomaten "inkl. Lifecycle Kosten für 8 Jahre" gemäss Anforderungen in Teil 4 der Ausschreibungsunterlagen. Daneben sind nach der Ausschreibung auch eigentliche Unternehmervarianten zugelassen, wogegen Preisvarianten ausgeschlossen sind und nicht berücksichtigt werden (vgl. Ziffer 2.5 Bst. B.3 und Ziffer 2.8). Als Zuschlagskriterien sind einerseits die Qualität, gewichtet mit 60 Prozent, und andererseits die Wirtschaftlichkeit, gewichtet mit 40 Prozent, definiert, wobei die Wirtschaftlichkeit gemäss der Ausschreibung anhand der Subkriterien Preis Hauptangebot, Preis Lifecycle und Preis Nebenangebot zu ermitteln ist (Ziffer 3.9). Verhandlungen bleiben nach Ziffer 4.3 vorbehalten.

**A.b** Nachdem acht Anbieter innert Frist bis zum 16. Januar 2012 eine Offerte eingereicht hatten, wurden vier Anbieter, darunter die X. \_\_\_\_\_ GmbH, (...) (Deutschland), sowie die Y. \_\_\_\_\_ GmbH, (...) (Deutschland), in eine erste Verhandlungsrunde einbezogen, welche mit der

X.\_\_\_\_\_ GmbH, am 28. Februar 2012 stattfand. Eine zweite Verhandlungsrunde fand mit der Y.\_\_\_\_\_ GmbH, der Z.\_\_\_\_\_ AG sowie der X.\_\_\_\_\_ GmbH statt, wobei Letztere am 4. April 2012 zum Gespräch eingeladen wurde. Die Y.\_\_\_\_\_ GmbH wurde am 18. April 2012 zu Präzisierungen aufgrund von "an die Teilnehmer der 3. Verhandlungsrunde" gerichteten Merkblättern aufgefordert und zu einem weiteren Gespräch eingeladen, welches am 23. April 2012 stattfand. Am 24. April 2012 wurde der Zuschlag vom 20. April 2012 an die Y.\_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetplattform SIMAP veröffentlicht (Meldungsnummer 733509).

**A.c** Anlässlich des Debriefings vom 1. Mai 2012 erläuterte die Vergabestelle der X.\_\_\_\_\_ GmbH die Gründe für den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin. Mit Schreiben vom 2. Mai 2012 verlangte die X.\_\_\_\_\_ GmbH sodann Einsicht in verschiedene Unterlagen, welche ihr seitens der Vergabestelle nur teilweise gewährt wurde.

## **B.**

Gegen den Zuschlagsentscheid erhob die X.\_\_\_\_\_ GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin) am 14. Mai 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt die Aufhebung des Zuschlags und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle. Eventualiter sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde – zunächst superprovisorisch – die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Beschwerdeführerin vollständige Akteneinsicht zu gewähren. Formell beanstandet die Beschwerdeführerin, ihr Gesuch um Akteneinsicht vom 2. Mai 2012 sei mit der Begründung abgewiesen worden, dass man die Informationen und Gründe für den Zuschlagsentscheid bereits am Debriefing vom 1. Mai 2012 mitgeteilt habe. Erst am 7. Mai 2012 habe sie Akten zum Ergebnis der Evaluation und Erläuterungen allgemeiner Natur erhalten, wobei diese die Nachvollziehbarkeit der technischen Bewertung nicht ermöglichen würden. Materiell rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsprinzips; die Vergabestelle habe bezüglich des Banknotenrecyclertyps einen unzulässigen Vorentscheid getroffen. Anlässlich des Debriefings vom 1. Mai 2012 habe die Vergabestelle mitgeteilt, eine interne Arbeitsgruppe hätte sich vor Abgabe des dritten Abgebots der Beschwerdeführerin für das Produkt "CashCode 300XE" (nachfolgend: CashCode) entschieden. Im Übrigen sei auch diskutiert worden, ob dieser interne Entscheid den Anbietern mitgeteilt werden soll; man habe sich darauf geeinigt, den Entscheid nicht zu kommunizieren. Die Vergabestelle

habe aufgrund der Beschwerdeführerin nicht bekannter Ausschreibungsgrundlagen entschieden und ihr damit wesentliche Zuschlagskriterien vorenthalten. Dieser interne Vorentscheid sei im Ergebnis ausschreibungswidrig und habe die Vergleichbarkeit der Angebote insofern verunmöglicht, als Angebote mit anderen Banknotenrecyclermodellen faktisch von der Vergabe ausgeschlossen worden seien, zumal das billigere Produkt CashCode in Bezug auf die Qualität nicht mit dem von der Beschwerdeführerin gewählten Typ "Toyocom BR-7200" (nachfolgend: Toyocom) vergleichbar sei. Ausserdem erfülle ein Billettautomat mit dem Modell CashCode gegenüber einem Automaten mit dem Modell Toyocom nicht alle Anforderungskriterien, namentlich jene in Zusammenhang mit dem Behindertengleichstellungsgesetz (Höhe der Bedienelemente des Automaten). Letztlich müsse die Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzips zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen unabhängig davon, ob der Verfahrensfehler in Bezug auf die Zuschlagserteilung kausal gewesen sei.

### **C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 16. Mai 2012 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, insbesondere den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

### **D.**

**D.a** Mit Stellungnahme vom 5. Juni 2012 beantragte die Vergabestelle namentlich die Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Beschwerde sei ausserdem die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. Bezug nehmend auf die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerin führte die Vergabestelle aus, die Beschwerde sei aussichtslos. Einerseits habe die Zuschlagsempfängerin die Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente erfüllt. Die Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente seien von Anfang an transparent kommuniziert und Abweichungen seien nicht toleriert worden. Andererseits sei zu keiner Zeit ein bestimmter Notenrecycler vorgeschrieben worden. Man habe es den Anbietern überlassen, das wirtschaftlichste Angebot für die Option Banknotenrecycler zu unterbreiten. Es sei kein interner Entscheid zum Gerätetyp oder Hersteller des Banknotenrecyclers gefallen; die entsprechenden Behauptungen der Beschwerdeführerin entsprächen nicht den Akten. Auch die Wahrung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots sei sichergestellt worden. Die Anpassung der Anforderung an

die Höhe der Bedienelemente wie auch andere Präzisierungen seien allen Anbietern kommuniziert worden. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin erfülle denn auch die Anforderungen. Insbesondere lägen mit dem Modell CashCode alle Bedienelemente zwischen der geforderten Höhe von 70 cm und 120 cm. Neben der Aussichtslosigkeit der Beschwerde machte die Vergabestelle auch überwiegende öffentliche Interessen an der sofortigen Umsetzung des Zuschlagsentscheids geltend. Betreffend die Akteneinsicht habe sie der Beschwerdeführerin die nach Art. 23 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) zu liefernden Informationen in der Zuschlagsverfügung und während des mündlichen Debriefings bekanntgegeben. Auf eine Einsicht in die Detailauswertung habe die Beschwerdeführerin keinen Anspruch gehabt.

**D.b** Ebenfalls am 5. Juni 2012 reichte die Vergabestelle die Verfahrensakten ein, wobei nur jene Akten von der Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin auszunehmen seien, die entsprechend gekennzeichnet seien.

#### **E.**

**E.a** Mit Verfügung vom 6. Juni 2012 stellte der Instruktionsrichter die Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012 inklusive teilweise geschwärzte Beilagen gemäss Ordner A der Beschwerdeführerin zu.

**E.b** Am 13. Juni 2012 stellte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin die Akten gemäss den gestellten Begehren vom 11. Juni 2012 – mit Ausnahme von Beilagen 03.15.02, 04.02 und 05.04 der Vergabeakten – zu.

**E.c** Nach weiteren Stellungnahmen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle wurde der Schriftenwechsel in Bezug auf das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 3. Juli 2012 abgeschlossen.

#### **F.**

Mit Zwischenentscheid vom 23. Juli 2012 wies das Gericht den Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit der Begründung ab, die Beschwerde sei aufgrund der Akten offensichtlich unbegründet. Es wurde prima facie davon ausgegangen, dass die Vergabestelle weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in den im Rahmen der Verhandlungsphase verwendeten Merkblättern ein bestimmtes Banknotenrecyclermodell vorgeschrieben hatte und dass die Offerenten in der Wahl des Modells frei

gewesen seien. Daher könne aus den eingereichten Dokumenten nicht abgeleitet werden, dass die Vergabestelle den Produktentscheid antizipiert habe. Im Rahmen des Entscheids über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung erfolge keine Zeugeneinvernahme. Die Rüge, das Angebot der Zuschlagsempfängerin erfülle die Anforderungen gemäss Behindertengesetzgebung nicht, erweise sich prima facie ebenfalls als offensichtlich unbegründet. Den Antrag auf Akteneinsicht wies das Gericht einstweilen ab, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden war. Dieser Zwischenentscheid wurde nicht angefochten.

### **G.**

Mit Schreiben vom 15. August 2012 teilte die Vergabestelle mit, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin geschlossen zu haben.

### **H.**

**H.a** Am 28. August 2012 reichte die Beschwerdeführerin eine Beschwerdeergänzung (nachfolgend: Beschwerdeergänzung I) sowie ihre Akteneinsichtsanträge für das Hauptverfahren ein. Sie beantragt, es sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen. Ausserdem seien Bezug nehmend auf das seitens der Vergabestelle eingereichte Aktenverzeichnis vom 5. Juni 2012 namentlich jene Aktenstücke offen zu legen, welche Aufschluss über die Endphase der Verhandlungen und die Evaluation geben. In der Begründung zur Beschwerdeergänzung I hält sie am Vorwurf des nicht kommunizierten Vorentscheids der Vergabestelle betreffend den Banknotenrecycler fest. Seitens der Beschwerdeführerin seien A. \_\_\_\_\_ [im Vertrieb], B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] und C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung] am Debriefing vom 1. Mai 2012 anwesend gewesen; in den jeweiligen handschriftlichen Protokollen sei der Gesprächsverlauf festgehalten worden. Die Beschwerdeführerin habe während des Beschaffungsverfahrens mehrfach die Frage gestellt, ob auch das Produkt CashCode anzubieten sei. Eine Antwort habe sie nie erhalten. Hätte die Beschwerdeführerin den Billettautomaten mit dem Banknotenrecycler CashCode angeboten, hätte sie die Ausschreibung mit einem Erfüllungsgrad von 90.2% für sich entschieden. Im Ergebnis habe die Vergabestelle verhindert, dass alle Anbieter auf gleicher Basis ein Angebot hätten einreichen können. Es seien zu diesen Fragen sämtliche anlässlich des Debriefings vom 1. Mai 2012 anwesenden Personen als Zeugen zu befragen. Entgegen der anders lautenden Behauptung der Vergabestelle hätte der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt werden müssen, wenn diese im

Nebenangebot den Banknotenrecycler CashCode angeboten hätte. Ausserdem erfülle die Zuschlagsempfängerin im Gegensatz zur Beschwerdeführerin die Anforderungen insbesondere in Bezug auf die Positionierung des kontaktlosen Kartenlesers (als Teil der bargeldlosen Zahleinheit) nicht. Aus konstruktionstechnischer Sicht sei die Lösung der Zuschlagsempfängerin nur umsetzbar, wenn die Mindesthöhe für Bedienelemente von 70 cm unterschritten oder die Maximalhöhe von 120 cm überschritten werde. Im Weiteren lege die zeitliche Abfolge die Vermutung nahe, dass die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid getroffen habe, bevor die Zuschlagsempfängerin die Erfüllung sämtlicher zwingender Aspekte und Kriterien bestätigt habe. Darin sei eine bewusste Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin zu erkennen. Folglich sei der Zuschlagsentscheid aufgrund einer Verletzung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsprinzips rechtswidrig. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine falsche Bewertung des Nebenangebots.

**H.b** Die Vergabestelle nahm mit Schreiben vom 14. September 2012 Stellung zu den Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin.

**H.c** Mit Verfügungen vom 19. September 2012 und vom 28. November 2012 wurden der Beschwerdeführerin nach Anhörung der Zuschlagsempfängerin weitere Aktenstücke, teilweise in geschwärzter Form, zugestellt.

#### **I.**

Mit Zwischenverfügung vom 5. Dezember 2012 hiess der Instruktionsrichter den Antrag auf Akteneinsicht teilweise gut, soweit diesem nicht bereits entsprochen worden war, und stellte die entsprechenden Akten am 17. Dezember 2012 der Beschwerdeführerin zu. Die selbständig anfechtbare Akteneinsichtsverfügung wurde nicht angefochten.

#### **J.**

**J.a** Die Beschwerdeführerin reichte am 21. Januar 2013 im Anschluss an die gewährte Akteneinsicht eine zweite Beschwerdeergänzung (nachfolgend: Beschwerdeergänzung II) ein. Sie führt unter anderem an, die Zuschlagsempfängerin habe gestützt auf die zweite Verhandlungsrunde eine neue Bonusstufe eingeführt, die sich auf bestehende Verträge zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin ausgewirkt habe. Die Berücksichtigung der Bonusstufe habe eine unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots unzulässige Bevorzugung der Zuschlagsemp-

fängerin zur Folge. Das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sei übrigens aus folgenden Gründen verletzt: Einerseits habe die Zuschlagsempfängerin bei den Kosten einen Rabatt für den Rückkauf von der in den zu ersetzenden Billettautomaten verbauten Banknotenzahleinheit BNA57 vorgesehen, was zu einer Verzerrung des Angebotspreises geführt habe. Andererseits habe die Zuschlagsempfängerin mit ihrem dritten Abgebot die zwingenden Anforderungen zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids nicht erfüllt. Auch stehe der Vorwurf einer möglichen systematischen Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin im Raum (Eignungskriterien, Bonusmodell, Rückkauf der Banknotenzahleinheit BNA57, Nichterfüllung der Anforderungskriterien, da die Musskriterien erst in der Auftragsphase bestätigt worden seien, Vorentscheid zum Banknotenrecyclermodell). Die Beschwerdeführerin erneuerte schliesslich ihren Beweis Antrag auf Befragung der Personen, welche am Debriefing vom 1. Mai 2012 teilgenommen haben.

**J.b** Mit Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 hält die Vergabestelle am Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest. Sie bringt vor, das dritte Abgebot habe die Grundlage für die Evaluation der verbliebenen Anbieter gebildet. Am 17. April 2012 habe das Projektteam den Antrag auf den Zuschlag zugunsten der Zuschlagsempfängerin gestellt, welcher am 20. April 2012 genehmigt worden sei. An diesem Tag sei der Zuschlagsentscheid formell erfolgt. Es sei kein 4. Abgebot eingeholt worden. Die Zuschlagsempfängerin habe an die Verhandlung vom 23. April 2012 Präzisierungen mitbringen müssen, welche jedoch keinen Einfluss auf den Zuschlagsentscheid gehabt hätten. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin erfülle das Angebot der Zuschlagsempfängerin die Anforderungen, insbesondere in Bezug auf die behindertengerechte Gestaltung. Der Lösungsvorschlag der Zuschlagsempfängerin (mit dem Einbau eines kontaktlosen Kartenlesers) sei bezüglich der Mindest- und Maximalhöhe für die Bedienelemente denn auch umsetzbar. Ausserdem bestreitet die Vergabestelle den Vorwurf der Beschwerdeführerin, sie hätte einen internen Vorentscheid zum Typ des Banknotenrecyclers gefällt. Diese Behauptung sei aktenwidrig; im Pflichtenheft sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der Anbieter einen Banknotenrecyclertyp auszuwählen habe. Die Beschwerdeführerin habe entgegen deren Behauptung während des Verfahrens nicht nachgefragt, ob bezüglich des Banknotenrecyclertyps ein Entscheid gefällt worden sei. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten handschriftlichen Protokolle seien denn auch reine Parteibehauptungen und hätten keinen Beweiswert. Zur Bewertung des Umsatzbonus macht die Vergabestelle gel-



tend, dass sich der von der Zuschlagsempfängerin angebotene Umsatzbonus nur auf die vorliegende Beschaffung und nicht etwa auf andere zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin geschlossene Verträge bezogen habe. Dabei handle es sich um ein Verhandlungsangebot und nicht um eine bindende Offerte. In Bezug auf das Rückkaufangebot für die Banknoteneinheit führt die Vergabestelle an, die Rücknahme der Banknotenzahleinheit BNA57 habe von Beginn weg eine von allen Anbietern zu erfüllende Anforderung dargestellt. Die Rücknahmepflicht und die Rückkaufmöglichkeit seien gemäss Anforderungskatalog allen Anbietern bekannt gewesen. Bei der Bewertung der Angebote seien keine Fehler passiert. Schliesslich beantragte die Vergabestelle, auf das Begehren der Beschwerdeführerin, die Teilnehmer des Debriefings vom 1. Mai 2012 als Zeugen zu befragen, sei nicht einzutreten. Eventualiter könne lediglich eine Befragung der Teilnehmer des Debriefings als Auskunftspersonen in Frage kommen.

## **K.**

**K.a** Mit Eingabe vom 29. April 2013 beantragte die Beschwerdeführerin Bezug nehmend auf die Instruktionsverfügung vom 16. April 2013, es seien vor Erstattung der Replik die Teilnehmer des Debriefings vom 1. Mai 2012 als Zeugen zur Frage einzuvernehmen, ob es im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Vorentscheid für einen bestimmten Anbieter oder ein bestimmtes Produkt gegeben habe.

**K.b** Dem Antrag der Beschwerdeführerin, es seien sowohl Mitarbeiter der Vergabestelle als auch eigene Angestellte zu befragen, wurde mit Verfügung vom 16. Mai 2013 im Sinne der Befragung als Auskunftspersonen teilweise entsprochen.

**K.c** Am 4. Juli 2013 wurde gemäss Art. 39 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) im Beisein des damaligen Drittrichters eine Instruktionsverhandlung durchgeführt. Drei Mitarbeiter der Vergabestelle und drei Angestellte der Beschwerdeführerin wurden als Auskunftspersonen befragt. Die Befragung umfasste einerseits Ablauf und Gesprächsinhalt des Debriefings vom 1. Mai 2012 sowie die Frage eines allfälligen internen Vorentscheids in Bezug auf das Banknotenrecyclermodell. Andererseits wurden die Auskunftspersonen einvernommen zur Frage, ob das Thema Banknotenrecycler während der Verhandlungen erörtert worden sei. Die Teilnehmenden auf Seiten der Beschwerdeführerin

gaben unter anderem an, D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig], Mitarbeiter der Vergabestelle, habe sich anlässlich des Debriefings dahingehend geäußert, dass in einer internen Projektgruppe ein Vorentscheid für das Produkt CashCode getroffen worden sei. Das sei für den (...) [zuständigen Mitarbeiter im Bereich Entwicklung] der Beschwerdeführerin auch insofern schwer nachvollziehbar, als dieses Gerät bisher nur in Parkhäusern, nicht aber im öffentlichen Verkehr eingesetzt worden sei. Die Teilnehmenden auf Seiten der Vergabestelle gaben auf Frage hin an, es habe keinen solchen Vorentscheid gegeben und die Existenz eines solchen sei am Debriefing vom 1. Mai 2012 auch nicht erwähnt worden. F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] (Auskunftsperson der Vergabestelle) konnte die Frage des Instruktionsrichters, ob der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden sei, dass aus Sicht der Vergabestelle CashCode mit den Mindestanforderungen konform sei, nicht mit Bestimmtheit beantworten. Aber es sei an jeder Verhandlung über alle drei Produkte sehr intensiv diskutiert worden und es sei aus seiner Sicht für jeden Teilnehmer klar gewesen, dass nur diese drei Typen in Frage kämen (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 23). D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] (Auskunftsperson seitens der Vergabestelle) hielt fest, dass die Vergabestelle gesagt haben müsse, dass jeder Anbieter einbauen soll, was für ihn stimme. Dies sei eine Aussage, die an einer Verhandlung gefallen und protokolliert worden sei und sich in den Akten befinde. Es sei lediglich in einem Parkhaus in Bern ein Augenschein genommen worden. Dabei schien der Betrieb mit dem Model CashCode zufriedenstellend. Die Vergabestelle hätte also "mit allen drei Typen leben" können (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 33).

#### L.

Mit Replik vom 24. März 2014 hielt die Beschwerdeführerin an den früheren Stellungnahmen fest. Sie beantragt allerdings mit Blick auf den Vertragsabschluss zwischen Vergabestelle und Zuschlagsempfängerin, es sei die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung festzustellen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle. Dabei führt sie aus, aufgrund der Aussage von F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] ("Im Team wurde dann entschieden, dass dieser Recycler [gemeint: CashCode] genug gut ist und im Beschaffungsprozess zugelassen werden kann") sei erwiesen, dass ein Vorentscheid gefallen sei. Die Vergabestelle habe jedenfalls entschieden, das Modell CashCode erfülle die technischen Anforderungen

bzw. sei aus "Usability-Perspektive" genügend, womit Angebote mit diesem Modell zu berücksichtigen seien. Danach habe sich die Beschwerdeführerin zwar immer wieder erkundigt, aber keine Antwort erhalten. Hätte sie den Vorentscheid gekannt, dass Angebote mit dem Modell CashCode nach Ansicht der Vergabestelle die Mindestanforderungen erfüllen würden, hätte sie als massgeblichen Bestandteil des Nebenangebots im dritten Abbot ebenfalls das Produkt CashCode angeboten. Die Beschwerdeführerin macht ausserdem geltend, das inzwischen an einigen Bahnhöfen zur Verfügung stehende Produkt der Zuschlagsempfängerin erfülle die Mindestanforderungen bzw. die Anforderungen an die gewünschte "Usability" nicht. Der erhöhte Sockel führe dazu, dass nicht mehr alle bedienbaren Elemente in der Höhe zwischen 70 cm und 120 cm angeordnet seien, womit die entsprechende Vorgabe nicht eingehalten werde. Dies sei anhand der im März 2014 aufgenommenen Fotografien von Billettautomaten im Bahnhof Bern belegt.

#### **M.**

Die Vergabestelle reichte am 10. Juni 2014 unter Bekräftigung ihrer Rechtsbegehren eine Duplik ein. Dieser waren neue Beweismittel zu den inzwischen aufgestellten Testautomaten der Zuschlagsempfängerin beigelegt. Die Vergabestelle bringt vor, die Beschwerdeführerin führe in der Replik ein neues Eignungs- oder Zuschlagskriterium ein: die so genannte "Usability". Ein solches Kriterium habe sie aber weder in der Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben. Die Beschwerdeführerin sei mit ihrem Vorwurf, die aktuellen Testautomaten würden den Mindestanforderungen nicht entsprechen, nicht zu hören. Diese Frage sei im vorliegenden Beschwerdeverfahren ohne Belang, da die Umsetzung des Zuschlagsentscheids ausserhalb des Streitgegenstandes liege, der sich nur auf die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheids beschränke. Die Vergabestelle habe ausserdem zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens sämtliche Typen des Banknotenrecyclers zugelassen. Dies ergebe sich auch aus dem Protokoll der ersten Verhandlungsrunde. Die Vergabestelle sei denn auch nicht verpflichtet gewesen, die Anbieter zu informieren, dass alle offerierten Banknotenrecycler den Anforderungen der Ausschreibung entsprächen. Nur eine Einschränkung oder ein Ausschluss (eines bestimmten Modells) hätte eine solche Informationspflicht begründet. Die aktuellen Testmodelle der Zuschlagsempfängerin würden ausserdem die in der Ausschreibung geforderten Kriterien erfüllen. Nach Absprache mit Experten sei beschlossen worden, den Sockel bei bestimmten Automaten zu erhöhen, damit den Anliegen sehbehinderter Personen, aber auch von Kunden mit einer Körpergrösse über 170 cm Rechnung getragen werden

könne. Diese erhöhten Automaten würden in grossen Bahnhöfen zum Einsatz kommen, wobei die mit der Entscheidung 2008/164/EG der Kommission vom 21. Dezember 2007 über die technische Spezifikation für die Interoperabilität bezüglich eingeschränkt mobiler Personen im konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystem und im transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystem (nachfolgend: TSI-PRM oder TSI-PRM 2008) konformen Standard-Testautomaten jedoch Priorität hätten.

**N.**

Mit Verfügung vom 11. Juni 2014 wurde der Beschwerdeführerin angesichts der mit der Duplik eingereichten Unterlagen Gelegenheit gegeben, bis zum 10. Juli 2014 eine Stellungnahme einzureichen.

**O.**

Die Beschwerdeführerin reichte am 14. Juli 2014 eine Stellungnahme ein, worin sie geltend macht, der Anpassungsbedarf in Bezug auf die Höhe der Automaten sei durch einen Konstruktionsfehler begründet und nicht durch ein Entgegenkommen gegenüber bestimmten Personengruppen. Damit erfülle eine nicht bestimmbare Anzahl der Billettautomaten die Mindestanforderungen nicht. Entgegen der Ansicht der Vergabestelle stehe nicht eine aktive Informationspflicht (in Bezug auf den Banknotenrecycler) in Frage. Vielmehr hätte die Vergabestelle aufgrund der Anfrage der Beschwerdeführerin, ob das Produkt CashCode die technischen Mindestanforderungen überhaupt erfülle, reagieren müssen. Als Beilage reichte die Beschwerdeführerin erneut Fotografien ein, die Billettautomaten im Bahnhof Bern zeigen.

**P.**

Mit Eingabe vom 12. August 2014 macht die Vergabestelle geltend, die Beschwerdeführerin könne aufgrund der Eventualmaxime keine Billettautomaten eines weiteren Standorts thematisieren. Die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin seien verspätet.

**Q.**

**Q.a** Mit Verfügung vom 13. August 2014 wurde der Beschwerdeführerin freigestellt, um Fristansetzung für die Erstattung einer Stellungnahme zu beantragen, ansonsten der Schriftenwechsel abgeschlossen werde. Stillschweigen gelte als Verzicht.

**Q.b** Am 25. August 2015 wurde den Verfahrensbeteiligten eine Telefonnotiz zugestellt, aus welcher hervorgeht, dass ein Antrag auf Fünferbesetzung hängig ist.

**R.**

**R.a** Mit Verfügung vom 28. Januar 2016 teilte der Instruktionsrichter den Verfahrensbeteiligten mit, dass die Instruktion im Sinne der Vorgaben des Spruchkörpers fortgesetzt werde. Der Instruktionsrichter sehe vor, nicht nur zur Thematik der Einhaltung der Höhenangaben, sondern gleichzeitig auch zur Positionierung des kontaktlosen Kartenlesers ein Gutachten einzuholen. Es sei prima facie ein Gutachten sowohl über das dritte Abgebot als auch über die "Präzisierungen und [die] Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" der Zuschlagsempfängerin einzuholen, wobei die Parteien ersucht wurden, Vorschläge für einen Experten einzureichen und Fragen an den einzusetzenden Gutachter vorzuschlagen.

**R.b** Innert erstreckter Frist reichte die Vergabestelle mit Eingabe vom 9. März 2016 Vorschläge für Fragen an den Gutachter ein und benannte zugleich zwei mögliche Experten. Sie warf die Frage auf, ob der Gutachter nicht die Frage beantworten könne, ob die auf nach der dritten Verhandlungsrunde auf Wunsch der Vergabestelle als Option angebotene "Alternative Anordnung des kontaktlosen Kartenlesers" (sog. 4. Abgebot) technisch realisierbar und richtig vermessen seien.

**R.c** Mit Eingabe vom 21. März 2016 benannte die Beschwerdeführerin ebenfalls einen möglichen Experten und stellte Anträge für die dem Experten zu unterbreitenden Fragen, wobei sich diese sowohl auf die Einhaltung der TSI-PRM (Überprüfung der Höhenangaben) als auch die Positionierung des Kartenlesers beziehen.

**R.d** Mit Eingabe vom 4. April 2016 lehnte die Vergabestelle den Gutachtervorschlag der Beschwerdeführerseite ab mit dem Hinweis, der in Frage stehende mögliche Experte sei aufgrund der Tatsache, dass verschiedene TÜV-Organisationen für die SBB immer wieder Gutachten erstatten, nicht unabhängig. Ausserdem bringt sie in Bezug auf die massgebliche Sockelhöhe Präzisierungen an. Rechtlich führt sie aus, aus der Vertragserfüllung lasse sich kein Hinweis auf die Richtigkeit des Zuschlags ermitteln.

**R.e** Nachdem beide Parteien in mehreren Eingaben ihre Gutachtervorschläge gegenseitig abgelehnt hatten, hiess der Instruktionsrichter nach

regem Austausch von Eingaben schliesslich mit Verfügung vom 9. Juni 2016 den Antrag der Beschwerdeführerin gut, einen neuen möglichen Experten vorzuschlagen.

**R.f** Mit Eingabe vom 16. Juni 2016 schlug die Beschwerdeführerin als neuen Gutachter Harald Hiltel, Dipl.-Ing. (FH), vor, welcher über die nötige Expertise betreffend TSI-PRM verfüge.

**R.g** Die Vergabestelle lehnte mit Eingabe vom 24. Juni 2016 den von der Beschwerdeführerin (neu) vorgeschlagenen Experten ebenfalls ab, da die Vergabestelle eine neutrale Beziehung zur Eisenbahn-Cert, der Arbeitgeberin des Experten, zu wahren habe.

**R.h** Mit Verfügung vom 4. Juli 2016 wurde den Parteien namentlich die Kontaktaufnahme mit Harald Hiltel, Dipl.-Ing. (FH), bzw. die entsprechende Telefonnotiz übermittelt. In der Folge reichte dieser dem Gericht einen Lebenslauf ein, welcher den Parteien am 25. Juli 2016 zugestellt wurde.

**R.i** Mit Eingabe vom 3. August 2016 bekräftigte die Vergabestelle unter anderem die Ablehnung des von der Gegenseite neu vorgeschlagenen Gutachters.

**R.j** Nachdem den Parteien am 4. August 2016 die Gelegenheit zu umgehend zu stellenden anders lautenden Anträgen gegeben worden war, setzte der Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 9. August 2016 Harald Hiltel, Dipl.-Ing. (FH), als Experten ein, wobei ein Vertrag über das Gutachten mit der Eisenbahn-Cert als Arbeitgeberin des Experten in Aussicht genommen wurde. Den Parteien wurde zugleich Gelegenheit gegeben, sich zu den an den Experten zu richtenden Fragen sowie den zur Verfügung zu stellenden Unterlagen zu äussern.

**R.k** Mit Eingaben vom 22. August 2016 und 23. August 2016 äusserten sich die Parteien zu den an den Experten zu richtenden Fragen und zu den dem Experten zur Verfügung zu stellenden Unterlagen. Die Vergabestelle bekräftigte in diesem Zusammenhang ihren Standpunkt, dass nur die Höhenangaben in Bezug auf die Gesamtheit der Bedienelemente zu erfragen seien, wogegen es spezifisch in Bezug auf die Anordnung des kontaktlosen Kartenlesers im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung keine Vorgaben gebe. Die Frage, ob nicht nur die Zeichnungen gemäss Angebot, sondern auch die tatsächlich aufgestellten Testautomaten den Vorgaben entsprechen, liege ausserhalb des Verfahrensgegenstands. Die Beschwerdeführerin verlangte demgegenüber unter anderem vorab ein Verzeichnis über

Anzahl und Positionierung der Billettautomaten (einschliesslich EPOS-Billettautomaten) an den Bahnhöfen der Schweiz.

**R.l** Am 1. September 2016 wurden dem Experten die Beschwerde vom 14. Mai 2012 (auszugsweise), die Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 (auszugsweise), die Eingaben der Beschwerdeführerin vom 21. März 2016 (inkl. Beilage 2) und vom 23. August 2016 und jene der Vergabestelle vom 9. März 2016, 3. August 2016 und 22. August 2016 sowie die Beilagen der Beschwerdeführerin – eingereicht mit Eingabe vom 23. August 2016 – und die Beilagen 7, 8, 9 und 18 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012 zugestellt.

**R.m** Mit Verfügung vom 21. September 2016 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zu den vorgesehenen Gutachterfragen sowie weiteren dem Experten zur Verfügung zu stellenden Unterlagen zu äussern.

**R.n** Mit E-Mail vom 23. September 2016, welche den Parteien zur Kenntnis übermittelt wurde, äusserte sich der Experte wie angekündigt zu den vorgesehenen Fragen.

**R.o** Am 30. September 2016 teilte die Vergabestelle mit, dass sie mit den an den Experten zu übermittelnden Akten einverstanden sei. Mit selbiger Eingabe stellte sie Antrag auf angepasste Fragen an den Experten. Die Beschwerdeführerin äusserte sich mit Eingabe vom 7. Oktober 2016 ebenfalls zu den Fragen an den Experten sowie zu den dem Experten zur Verfügung zu stellenden Unterlagen.

**R.p** Mit Zwischenverfügung vom 20. Oktober 2016 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass dem Experten die Stellungnahmen der Parteien vom 30. September 2016 und vom 7. Oktober 2016 zugestellt worden seien. Es werde ausserdem beabsichtigt, dem Experten zusätzlich das "Merkblatt der Vergabestelle an die Teilnehmer der 3. Verhandlungsrunde" (Beilage 21 der Vergabestelle) sowie die Stellungnahmen der Beschwerdeführerin vom 28. August 2012, S. 19 bis 22 und vom 21. Januar 2013, S. 8 zuzustellen. Schliesslich wurde die Vergabestelle ersucht, Anträge zu stellen, welche Automaten zu untersuchen seien.

**R.q** Mit Eingabe vom 7. November 2016 beantragte die Beschwerdeführerin, dass dem Experten zusätzliche Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, während die Vergabestelle gleichentags mögliche Standorte für einen gutachterlichen Augenschein benannte.

**R.r** Nachdem der Zuschlagsempfängerin mit Verfügungen vom 17. und 21. November 2016 das rechtliche Gehör zur Übermittlung der Offerten und Verhandlungsprotokolle an den Experten gewährt worden war, gab die Zuschlagsempfängerin am 24. November 2016 ihr Einverständnis, soweit es die behindertengerechte Konstruktion der Geräte betreffe.

**R.s** Mit Verfügung vom 23. November 2016 wurden einerseits weitere Anordnungen über die dem Gutachter zuzustellenden Unterlagen getroffen. Ausserdem zog der Instruktionsrichter in Erwägung, dass inzwischen ausser Streit stehe, dass der Gutachter befugt ist, die von der Zuschlagsempfängerin bereits aufgestellten Automaten zu vermessen. Schliesslich wurden die an den Gutachter zu stellenden Fragen wie folgt formuliert:

" 1.

1.1 Erfüllt aus fachlicher Sicht das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente ab Oberkante Boden (zwischen 70 und 120 cm; nachstehend "Bedienhöhe", insb. gemäss H1007, H1083 und TSI-PRM)? Wenn nicht, welche Anforderungen hat die Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt?

1.2 Wirkt sich die Einhaltung der Bedienhöhe auf die Anordnung und Gestaltung der Elemente, namentlich des RFID-Lesegeräts, so aus, dass andere Vorgaben betreffend die behindertengerechte Erstellung des Billettautomaten nicht eingehalten werden?

2.

2.1 Erfüllt aus fachlicher Sicht das Angebot gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" der Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen an die Bedienhöhe (zwischen 70 und 120 cm)? Wenn nicht, welche Anforderungen hat die Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt?

2.2 Wirkt sich die Einhaltung der Bedienhöhe auf die Anordnung und Gestaltung der Elemente, namentlich des RFID-Lesegeräts, so aus, dass andere Vorgaben die behindertengerechte Ausgestaltung des Billettautomats nicht eingehalten werden?

3.

Würde sich am Ergebnis gemäss den Fragen 1 und 2 hiervor etwas ändern, wenn man statt von einer Mindestsockelhöhe von 320 mm von einer Sockelhöhe von 400 mm, 420 mm, 450 mm oder 500 mm ausgehen würde?"



**R.t** Den Antrag der Zuschlagsempfängerin vom 24. November 2016 teilweise abweisend wurde den Parteien mit Zwischenverfügung vom 25. November 2016 angeordnet, dem Experten nebst den Protokollen der Verhandlungsrunden folgende Offertdokumente zu überlassen:

- Vollständiges Angebot der Zuschlagsempfängerin inkl. 2. Abgebot (Beilage 16 der Vergabestelle bzw. 03.12.01.03 der Vergabeakten [ganzes Dokument]) und 3. Abgebot ([Beilage 19 der Vergabestelle bzw. 03.15.02.03 der Vergabeakten [S. 1 bis und mit 11]) sowie Präzisierung ("4. Abgebot"; Beilage 24 der Vergabestelle bzw. 03.18 der Vergabeakten [S. 1 bis und mit S. 9])

Diese Unterlagen wurden dem Experten am 7. Dezember 2016 zugestellt.

**R.u** Mit unaufgefordert eingereichter Stellungnahme vom 28. November 2016 äusserte die Vergabestelle ihre Besorgnis, dass der Gutachter die falschen Modelle vermessen könnte. Um Verwechslungen zu vermeiden seien dem Experten die Eingabe der Vergabestelle vom 7. November 2016 (zumindest auszugsweise) sowie die Beilagen 45 bis 48 zuzustellen. Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 1. Dezember 2016 entsprochen.

**R.v** Innert erstreckter Frist reichte der Experte am 19. Dezember 2016 eine Kostenabschätzung für seinen Aufwand ein, worauf die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2016 aufgefordert wurde, einen Beweiskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 10'000.– zu leisten.

**R.w** Am 5. Januar 2017 wurde die Eisenbahn-CERT (EBC) bzw. ausgeführt durch Harald Hittel, Dipl.-Ing. (FH), Systembereich Infrastruktur, beauftragt, ein Gutachten zu erstellen. Dem Experten wurden die mit Verfügung vom 23. November 2016 (vgl. Bst. R.s hiervor) festgelegten Fragen zur Beantwortung übertragen.

## **S.**

**S.a** Nach instruktionsrichterlicher Rückfrage beim Experten wurde am 10. März 2017 der Stand des Gutachtens den Parteien mitgeteilt. Gleichentags wurde der Eingang des Beweiskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 10'599.– (statt der geforderten Fr. 10'000.–) bestätigt.

**S.b** Mit Posteingang vom 9. August 2017 reichte der Experte das Gutachten vom 31. Juli 2017 ein, welches den Parteien am 10. August 2017 zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde.

**S.c** Mit Eingabe vom 8. September 2017 bekräftigte die Vergabestelle ihre in der Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 gestellten Anträge. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass der Gutachter wiederholt auf Anforderungen Bezug nehme, die nicht (vergabe-)relevant seien, während sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom gleichen Tage durch das Gutachten im Ergebnis bestätigt sieht.

**S.d** Am 12. September 2017 wurde der Experte ersucht, eine Rechnung einzureichen, und der Beschwerdeführerin wurde Gelegenheit zur freigestellten Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 8. September 2017 gegeben.

**S.e** Am 14. November 2017 reichte der Experte einen "Gebühren- / Auslagenbescheid" in der Höhe von EUR 7'800.– ein, worauf mangels Einwänden am 5. Dezember 2017 die Überweisung von umgerechnet Fr. 8'580.– verfügt wurde.

**S.f** Innert letztmals erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 15. November 2017 ihre Replik zum Beweisergebnis ein, worin sie einerseits geltend machte, dass sich der Experte bei der Bewertung der Angebote auf eine Abbildung stütze, die nach der Zuschlagsvergabe eingereicht worden sei. Ausserdem sei die RFU-PRM 063, d.h. die Recommendation for use relating to 'persons with reduced mobility' vom 8. Februar 2012 [nachfolgend: RFU-PRM]) anwendbar. Nach dieser Empfehlung sei der unterste Punkt der Mulde der Ausgabeschale und nicht die Unterkante der Öffnung für die Berechnung der Höhe entscheidend. Soweit die Vergabestelle die Anwendbarkeit dieser Norm bestreite mit der Begründung, die Ausschreibung sei im Jahre 2011 erfolgt, könne ihr nicht gefolgt werden. Weiter sei von einem "Konstruktionsfehler" auszugehen, da eine Überprüfung von ausgewählten Billettautomaten durch die Beschwerdeführerin gezeigt habe, dass der Touch-Screen horizontal 120 mm hervorrage (sog. Nase), weshalb die Vergabestelle die Billettautomaten der Zuschlagsempfängerin mit einer (in der Ausschreibung) nicht vorgesehenen Sockelhöhe korrigieren müsse. Im Übrigen bestätige der Experte, dass das dritte Abgebot der Zuschlagsempfängerin die zwingenden Kriterien TSI-PRM hinsichtlich der Anordnung des RFID-Lesers (meint: radio-frequency identification) und der zulässigen Höhen der Bedienelemente nicht erfüllt habe.

**S.g** Die Vergabestelle entgegnet mit Duplik zum Beweisergebnis vom 13. Dezember 2017, dass auch das Angebot der Beschwerdeführerin die

Minimalhöhe der Kartenausgabeschale nicht einhalten könnte, wenn man auf die Vertiefung abstellen würde. Die RFU-PRM 063 habe indessen keine normative Relevanz, da es sich um eine private Empfehlung handle. Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass der Experte sich auf ein falsches Dokument beziehe, sei verspätet und deshalb nicht zu hören. Die Vergabestelle verteidigt sich in Bezug auf angebliche "Konstruktionsfehler", dass die Neigung der Bildschirme in der Ausschreibung vorgeschrieben war, namentlich in der technischen Spezifikation H1083. Die Beschwerdeführerin habe im Übrigen dieselbe Konstruktion gewählt. Weiter seien die Vermassungen aussen und nicht innen vorzunehmen, woraus sich ergebe, dass der Bildschirm über die Vorderkante herausragen dürfe. Die unterschiedlichen Sockelhöhen der aufgestellten Automaten hätten mit der Ausschreibung nichts zu tun, da es sich um einen betrieblichen Entscheid der Vergabestelle nach dem Zuschlag gehandelt habe.

**S.h** Nachdem den Parteien das rechtliche Gehör zu den vorgesehenen Ergänzungsfragen an den Experten gewährt worden war, wies der Instruktionsrichter mit Verfügung vom 12. Januar 2018 den Antrag der Vergabestelle vom 9. Januar 2018 auf Verzicht bzw. Umformulierung der Ergänzungsfragen ab und ersuchte den Experten, eine Aufwandschätzung und eine zeitliche Schätzung einzureichen sowie die nachfolgenden Fragen zu beantworten:

Ergänzungsfrage 1: Liegen dem Gutachten vom 31. Juli 2017, namentlich bei der Beantwortung von Fragen (recte: Frage) 1.1, Dokumente zugrunde, die nur für die Beantwortung der Frage 2.1 relevant sind?

Ergänzungsfrage 2: Sofern beim Gutachten vom 31. Juli 2017 auf die „Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" der Zuschlagsempfängerin abgestellt wurde, würde sich bei Zugrundelegung des 3. Abgebots der Zuschlagsempfängerin bei der Beantwortung der Gutachterfragen, namentlich bei Fragen (recte: Frage) 1.1, etwas am Ergebnis ändern?

**S.i** Mit Eingabe vom 9. Februar 2018 äusserte sich der Experte zum geschätzten Aufwand für die Bearbeitung der Ergänzungsfragen.

**S.j** Mit Posteingang vom 19. April 2018 reichte der Experte das Ergänzungsgutachten vom 16. April 2018 ein. Er kam zum Schluss, dass sich durch die teilweise Neubeurteilung am Ergebnis nichts ändere.

**S.k** Am 2. Mai 2018 erstattete die Vergabestelle ihre Stellungnahme zum Beweisergebnis. Sie geht davon aus, dass ihre einlässliche Vernehmlassung vom 8. September 2017 dadurch in allen Punkten bestätigt werde, da die versehentliche Referenz des Experten keinen Einfluss auf das Ergebnis des Gutachtens habe. Die Vermessung der Automaten habe gezeigt, dass die Bedienhöhen nach TSI-PRM 2008 eingehalten seien. Bei Geräten mit erhöhtem Sockel (500 mm) würden die Bedienelemente (im Unterschied zur Situation bei der vorgegebenen Mindestsockelhöhe von 320 Millimetern) erwartungsgemäss 100 mm höher liegen. Diese Geräte seien an Orten aufgestellt, an denen bereits Geräte mit Standardsockel stehen würden und würden grossgewachsenen Menschen die Bedienung ohne Verrenkungen erlauben. Diese Durchmischung der Apparate-Population entspreche den Vorgaben der aktuellen Verordnung 1300/2014/EU der Europäischen Kommission vom 18. November 2014 über die technischen Spezifikationen für die Interoperabilität bezüglich der Zugänglichkeit des Eisenbahnsystems der Union für Menschen mit Behinderungen und Menschen mit eingeschränkter Mobilität (nachfolgend: TSI-PRM 2014), Ziffer 4.2.18.

**S.l** Mit Eingabe vom 13. Juni 2018 nahm die Beschwerdeführerin ihrerseits Stellung zum Beweisergebnis. Sie bekräftigt ihren Standpunkt, wonach das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die Muss-Kriterien nicht erfülle. Es hätte diesbezüglich eine Variable von bis zu 20 mm infolge des Betonfundaments einberechnet werden müssen. Der Experte bestätige nun, dass diese variable Höhe im 3. Abgebot nicht berücksichtigt worden sei, womit die zwingenden Kriterien gemäss TSI-PRM nicht erfüllt seien.

**S.m** Am 21. Juni 2018 wurde der Schriftenwechsel geschlossen, nachdem die Parteien auf eine weitere Stellungnahme verzichtet hatten.

**S.n** Mit Posteingang vom 3. August 2018 reichte der Experte einen "2. Teilgebühre- / Auslagenbescheid" in der Höhe von EUR 1'920.– ein, worauf mangels Einwänden am 30. August 2018 die Überweisung von umgerechnet Fr. 2'112.– verfügt wurde.

## **T.**

Auf die dargelegten und auf weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

### 1.

**1.1** 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").

**1.2** Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 [BöB; SR 172.056.1]).

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

**1.4** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB *e contrario*; vgl. auch Art. 39 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]; BVGE 2008/61 E. 3.1 "Hörgeräte" und 2008/48 E. 2.1 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

**1.5** 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-EU, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt

(Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EU sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem BöB direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 2.2 "Produkte zur Aussenreinigung I" und B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (Zwischenentscheid des BVGer B-879/2020 vom 26. März 2020 E. 1.3.1 mit Hinweisen "Produkte zur Aussenreinigung II"; vgl. auch PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 158). So hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf eine von der AlpTransit Gotthard AG nachgefragte IT-Lösung für ein Projektcontrollingsystem als Gesamtsystem für das Kosten- und Finanzcontrolling den unmittelbaren Zusammenhang mit dem Verkehr bejaht mit der Begründung, dass zu fein differenzierende Abgrenzungen vermieden werden sollten, womit an das Erfordernis des "unmittelbaren" Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.4 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

Nach den Ziffern 2.1, 2.2 und 2.5 der Ausschreibung handelt es sich beim vorliegenden Beschaffungsgegenstand um die Lieferung von 1'000 Stück Billettautomaten vom Typus ePOS (Hauptangebot) zuzüglich 1'000 Stück Billettautomaten vom Typus ePOS im Nebenangebot. Da der Kauf von Bahnbillett in einem funktionellen Zusammenhang zum Bahnbetrieb steht, ist das BöB insoweit auf die zu beurteilende Vergabe anwendbar.

**1.6** Ein Lieferauftrag ist gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich im Wesentlichen um die Lieferung von Billettautomaten, welche in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Daran ändert nichts, dass im Rahmen der zu beurteilenden Beschaffung insbesondere in Bezug auf die IT-Integration, die Schulung in Bezug auf die Störungsbehebung und die "Projektleitungs-kompetenz"

auch Dienstleistungen nachgefragt werden. Gemäss Art. 1 Bst. d Ziffer 1 der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 vom 11. Juni 2010 (AS 2010 2647) beträgt der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle Fr. 700'000.–. Dieser wird im vorliegenden Fall schon durch das Grundangebot, für welches bereits über Fr. 20'000'000.– zu veranschlagen sind, ohne Weiteres erreicht. Damit braucht nicht näher darauf eingegangen werden, ob im Nebenangebot ein Teil des Grundangebots oder eine Option zu sehen ist. Klar ist jedenfalls, dass damit im Unterschied zur deutschen Terminologie keine Variante gemeint ist (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.1 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten").

Zusammenfassend fällt die strittige Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB.

**1.7** Erweist sich eine Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, stellt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 32 Abs. 2 BöB lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 1.5.2 "passive magnetic shield" und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.4.1 "Privatisierung Alcosuisse I"). Nach dem Schadenersatzrecht des BöB muss ein Feststellungsurteil erwirkt werden, damit anschliessend Schadenersatz geltend gemacht werden kann (Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 1.4 und E. 7.4.1 "Produkte zur Aussenreinigung I" und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.4.2 "Privatisierung Alcosuisse I"). Das Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen stellt im Vergaberecht damit ein hinreichendes Feststellungsinteresse dar. Die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen für die eventualiter vorgebrachten Feststellungsbegehren ist damit nicht restriktiver als beim auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung gerichteten Hauptbegehren (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 1.5.2 "passive magnetic shield" und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 1.4.2 "Privatisierung Alcosuisse I").

Da das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 23. Juli 2012 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen und die Vergabestelle in der Folge den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin am 15. Au-

gust 2012 abgeschlossen hat, ist nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags zu prüfen. Die Hauptanträge der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung sind demnach gegenstandslos.

**1.8** Die Beschwerdeführerin hat am Vergabeverfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, indessen nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance hat, den Zuschlag selbst zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4.4 f. "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5601/2018 vom 24. April 2019, auszugsweise publiziert als BVGE 2019 IV/2, E. 1.5.3 "Betankungsanlagen"). Wäre die Beschwerdeführerin vor Vertragsschluss mit ihren Bewertungsrügen bzw. ihren Rügen bezüglich Ausschluss der Zuschlagsempfängerin durchgedrungen oder wäre die von ihr geltend gemachte Verletzung der Beschaffungsgrundsätze begründet, so hätte sie reelle Aussichten auf den Zuschlag oder allenfalls auf eine neue Ausschreibung gehabt. Da der Vertrag inzwischen geschlossen ist, genügt es jedenfalls, wenn dasselbe gilt in Bezug auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags. Nach dem Gesagten ergibt sich somit, dass die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert ist (Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 1.5.2 f. "passive magnetic shield").

**1.9** Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss ist fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

**1.10** Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

## **2.**

**2.1** Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Vergabestelle habe ihr keine Einsicht in die Akten zur Detailbewertung ihres dritten Abgebots und der bewerteten Anforderungskataloge gewährt und damit das Akten-



einsichtsrecht verletzt. Auf Grundlage des von der Vergabestelle erhaltenen Auszugs aus den Akten zum Ergebnis der Evaluation und der Erläuterungen sei die technische Bewertung nicht nachvollziehbar. Aufgrund dessen sei ihr vollständige Akteneinsicht zu gewähren und ihr eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen (Beschwerde, Rz. 41 ff.). Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass der Beschwerdeführerin die nach Art. 23 Abs. 2 und 3 BöB zu liefernden Informationen mit der Zuschlagsverfügung und im darauffolgenden Debriefing bekanntgegeben worden seien. Dies werde von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten. Auf die von ihr verlangte Einsicht in die Detailauswertung ihres Angebots habe die Beschwerdeführerin hingegen keinen Anspruch (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 81 ff.).

**2.2** Für das Vergabeverfahren des Bundes ist das Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 26 Abs. 2 BöB spezialgesetzlich ausgeschlossen (vgl. Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 7.1 "passive magnetic shield"). Diese Regel gilt im Verfügungsverfahren, das heisst bis zum Ablauf der Beschwerdefrist nach dem Zuschlagsentscheid. Erst im Beschwerdeverfahren kommen das Akteneinsichtsrecht und dessen Ausnahmen im Sinne von Art. 26 ff. VwVG zur Anwendung (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 7.1 "passive magnetic shield" und B-5213/2014 vom 2. Oktober 2014 E. 3.3 "Textilwaschmittel III"; vgl. zur Akteneinsicht auch den Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 5. Dezember 2012 E. 3 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1185 und 1363). Die Vergabestelle hat mit der Verweigerung der Einsicht in die Detailauswertung nicht gegen Bundesrecht verstossen, da sie nicht verpflichtet war, der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren Akteneinsicht zu gewähren. Indessen ist die Vergabestelle durchaus befugt, die nach Art. 23 Abs. 2 BöB zu erteilenden Auskünfte mittels auszugsweiser Aushändigung von gewissen Dokumenten zu untermauern, wobei gemäss Art. 23 Abs. 3 Bst. b BöB wiederum die Geschäftsgeheimnisse der Anbieter zu wahren sind (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1363). Der Sache nach stellt sich in diesem Sinne vielmehr die Frage, ob die Vergabestelle die Begründungspflicht, namentlich Art. 23 Abs. 2 BöB betreffend die auf entsprechendes Begehren hin zu erteilenden Auskünfte, verletzt hat (vgl. BVGE 2018 IV/11 E. 2.4.3 "pianificatore generale Bellinzona"), was die Beschwerdeführerin allerdings in dieser Form nicht rügt. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin im Rahmen des Debriefings vom 1. Mai 2012 sowie mit E-Mail vom 7. Mai 2012 im Rahmen der zusätzlichen Auskünfte gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB gewisse Unterlagen und teilweise die Ergebnisse der Evaluation sowie eine Erläuterung zukommen

lassen. Soweit dennoch eine mangelhafte Begründung vorliegen sollte, wurde diesem Umstand ohnehin genügend Rechnung getragen, indem die Vergabestelle die angefochtene Vergabe im Rechtsmittelverfahren ausführlich begründet hat und die Beschwerdeführerin nach Gewährung der Akteneinsicht im Rahmen der Instruktion und gemäss der nicht angefochtenen Zwischenverfügung vom 5. Dezember 2012 Gelegenheit erhalten hat, sich erneut zu äussern und ihre Beschwerde zu ergänzen (vgl. Beschwerdeergänzung II). Damit braucht auch nicht weiter erörtert zu werden, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass die Beschwerdeführerin die Einladung zu einem zweiten Debriefinggespräch "vor der erbetenen Einsichtnahme in die Detailauswertung ihres Angebots einschliesslich der bewerteten Anforderungskataloge" als "nicht zielführend" beurteilt hat (E-Mail vom 10. Mai 2012, Beschwerdebeilage 34).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle in materieller Hinsicht insbesondere vor, sie habe die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung verletzt sowie gegen Treu und Glauben verstossen, indem sie einen den Banknotenrecycler betreffenden Vorentscheid getroffen und ihr diesen nicht mitgeteilt habe. Im Ergebnis laufe dieses Vorgehen auf eine nachträgliche Änderung und andere Gewichtung der Vergabekriterien hinaus. Durch den intern getroffenen Vorentscheid sei die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gewährleistet gewesen (Beschwerde, Rz. 63 ff.; Beschwerdeergänzung I, Rz. 14 ff.; Replik, Rz. 12 – 33). Die Beschwerdeführerin hätte ihrer Auffassung nach mehr Punkte erhalten, wenn sie den günstigeren Banknotenrecycler CashCode offeriert hätte (Beschwerdeergänzung I, Rz. 32 ff.).

Im Sinne einer Vorbemerkung ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin der Vergabestelle in ihrer Beschwerdeschrift und den ergänzenden Stellungnahmen vorwirft, sie habe sich – nachdem sich eine interne Arbeitsgruppe uneinig war, welcher Banknotenrecycler verwendet werden soll – für das Produkt CashCode entschieden (vgl. Beschwerde, Rz. 99 und Beschwerdeergänzung I, Rz. 16). Auch gemäss Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2013 wurde seitens der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ausgesagt, dass die Vergabestelle am Debriefing mitgeteilt habe, sie hätte sich frühzeitig für das Produkt CashCode entschieden (vgl. namentlich Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2013, S. 11). Am 24. März 2014 repliziert die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe jedenfalls entschieden, dass das Modell CashCode die technischen

Anforderungen erfüllen würde. Dieser Vorentscheid sei in der Folge nicht kommuniziert worden (vgl. Replik, Rz. 21 f. sowie Stellungnahme vom 14. Juli 2014, Rz. 11). Die Beschwerdeführerin hat damit ihren Standpunkt nach der Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2013 geändert. Nach den letzten Stellungnahmen geht sie zwar nach wie vor primär davon aus, die Vergabestelle habe sich frühzeitig spezifisch für das Modell CashCode entschieden, fügt aber hinzu, dass die Vergabestelle jedenfalls in Bezug auf das schliesslich von der Zuschlagsempfängerin angebotene Gerät (aufgrund ergänzender Abklärungen) zum Schluss gekommen sei, dass es den Mindestanforderungen entspreche. Im Folgenden wird davon ausgegangen, dass es sich diesbezüglich um einen Eventualstandpunkt handelt.

**3.2** Die Sichtweise der Beschwerdeführerin wird von der Vergabestelle vollumfänglich bestritten. Sie habe zu keiner Zeit einen bestimmten Typ von Notenrecycler vorgeschrieben und die entsprechenden Anforderungen allen Anbietern im gleichen Masse mitgeteilt, sodass von keiner Verletzung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgebots gesprochen werden könne. Selbst wenn die Beschwerdeführerin das Modell CashCode angeboten hätte, hätte dies keine Auswirkungen auf die Rangierung gehabt und sie hätte den Zuschlag ohnehin nicht erhalten (Beschwerdeantwort, Rz. 29 ff.; Duplik, Rz. 12 ff.). Die Vergabestelle räumt indessen duplicando ein, zur Frage, ob der Banknotenrecycler CashCode eingesetzt werden könne, ergänzende Abklärungen getroffen zu haben (Duplik, Rz. 19).

### **3.3**

**3.3.1** Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a BöB will der Bund mit diesem Gesetz das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent gestalten. Publikationstransparenz besteht, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise die Parameter von Leistung und Verfahren bekanntgibt (Urteil des BVGer B-307/2016 vom 23. März 2016 E. 4.5.1 "Gebäudeautomation ETH"; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 44). Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikation) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB; BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"). Dabei ist die Vergabebehörde grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. So handelt sie insbesondere vergaberechtswidrig, wenn sie bekannt gegebene Kriterien

ausser Acht lässt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekannt gegeben hat (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen").

**3.3.2** Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). Frei ist die Beweiswürdigung darin, dass sie nicht an bestimmte, starre Beweisregeln gebunden ist, welche der Behörde genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt und welchen Beweiswert die einzelnen Beweismittel im Verhältnis zueinander haben (Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.1.1). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat (BVGE 2012/33 E. 6.2.1; Urteil des BVGer B-1966/2018 vom 23. August 2019 E. 4.6.2). Nach dem Regelbeweismass des Vollbeweises ist für den Nachweis erforderlich, dass der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Verwirklichung der Tatsache überzeugt ist (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 3.141; RENÉ A. RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, *Öffentliches Prozessrecht*, 3. Aufl., Basel 2014, Rz. 999). Die Verwirklichung der Tatsache braucht indessen nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2).

**3.3.3** Für die Sachverhaltsermittlung durch das Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 37 VGG das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar. Nach Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls verschiedener Beweismittel. Dabei wird für das Rechtsmittelverfahren davon ausgegangen, dass eine Vorinstanz den Sachverhalt bereits erhoben hat (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.123b ff.). Indessen ist in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen die Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Bundesverwaltung, wenn sie als Vergabestelle ihren Bedarf deckt, nicht hoheitlich als Regulierungsbehörde handelt, sondern als regulierungsbedürftige Akteurin (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 5.3 "Publicom"). Das Bundesverwaltungsgericht nimmt

die ihm angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Als mögliche Beweismittel erwähnt Art. 12 VwVG unter anderem Auskünfte der Parteien (Bst. b) wie auch Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen (Bst. c).

**3.3.4** Im vorliegenden Fall wurde am 4. Juli 2013 eine Instruktionsverhandlung durchgeführt, anlässlich welcher die Teilnehmer am Debriefing vom 1. Mai 2012 sowohl auf Seiten der Beschwerdeführerin als auch auf Seiten der Vergabestelle gestützt auf Art. 12 Bst. b und c VwVG i.V.m. Art. 39 Abs. 2 VGG befragt wurden. Seitens der Beschwerdeführerin handelt es sich um A.\_\_\_\_\_, welcher Projekte leitet und als (...) [im Vertrieb] fungiert, C.\_\_\_\_\_, dem (...) [im Bereich Entwicklung] obliegt, und um B.\_\_\_\_\_, der als (...) und Geschäftsführer bei wichtigen Projekten wie dem vorliegenden involviert wird. Seitens der Vergabestelle haben am Debriefing folgende Personen teilgenommen: F.\_\_\_\_\_, welcher von der SBB AG (Personenverkehr) für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert worden ist, E.\_\_\_\_\_, der bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt ist, und D.\_\_\_\_\_, bei der SBB AG im Produktmanagement tätig und innerhalb des aktuellen Projekts für die Hardware und den Rollout zuständig. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wurde am 14. Mai 2013 verfügt, dass alle Vorzuladenden als Auskunftspersonen befragt werden. Organe einer am Verfahren beteiligten juristischen Person sind nicht als Zeugen, sondern als Partei zu behandeln. Da das Parteiverhör gemäss 62 BZP ausdrücklich ausgeschlossen ist, führt das zum Status der Auskunftsperson. Entsprechendes gilt aber auch für alle Personen, die aus anderen Gründen einer Partei zuzurechnen sind (PHILIPPE WEISSENBERGER/ASTRID HIRZEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Rz. 5 ff. zu Art. 14 VwVG). Massgebend ist insoweit die besondere Beziehung zu einer Partei (CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019, Rz. 40 zu Art. 12 VwVG), welche sowohl für die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin als auch diejenigen der Vergabestelle zu bejahen ist. Das Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2013 (im Folgenden: Instruktionsverhandlung), auf welches für die Feststellung des Sachverhalts abzustellen ist, wurde den Parteien mit Verfügung vom 5. November 2013 zur Stellungnahme zugestellt. Auf Ersuchen der Beschwerdeführerin wurde das Protokoll in einem Punkt berichtigt und den Parteien mit Verfügung vom 18. Dezember 2013 erneut zugestellt.

**3.4** Strittig und zu prüfen ist zunächst, ob die Vergabestelle in Bezug auf den Typ des Banknotenrecyclers tatsächlich einen Vorentscheid getroffen hat oder ob sie während des Vergabeverfahrens "nur" intern festgestellt hat, dass der Banknotenrecycler CashCode entgegen den seitens der Beschwerdeführerin angemeldeten Zweifeln den technischen Anforderungen entspricht und die Wahl des Banknotenrecyclers den Anbietern überlassen bleibt. Die Beschwerdeführerin präzisiert ihre Rüge in diesem Zusammenhang dahingehend, dass nicht von einer aktiven Informationspflicht der Vergabestelle bezüglich der Wahl des Banknotenrecyclers auszugehen sei. Vielmehr macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabestelle im Sinne einer Information bzw. Antwort habe reagieren müssen, nachdem die Beschwerdeführerin nach ihrer Darstellung mehrfach nach der Konformität des Banknotenrecyclers CashCode gefragt hatte. Ohne Reaktion der Vergabestelle habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass nur die Mindestanforderungen erfüllende Billettautomaten akzeptabel sind (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. Juli 2014, Rz. 12).

**3.4.1** Vorab erscheinen in diesem Zusammenhang Ausführungen zur Frage sachgerecht, welche Bedeutung die Vergabestelle und die Beschwerdeführerin der Wahl des Banknotenrecyclers zugemessen haben. An der Instruktionsverhandlung gaben A. \_\_\_\_\_ [im Vertrieb], C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung] und B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] seitens der Beschwerdeführerin übereinstimmend an, bezüglich des Banknotenrecyclers mehrmals nachgefragt zu haben. A. \_\_\_\_\_ [im Vertrieb] betont, das Gerät, welches Banknoten akzeptiert, prüft und absichert, sei eine wichtige und die teuerste Baugruppe im Automaten. Sie hätten die Vergabestelle darauf hingewiesen, dass aufgrund qualitativer Unterschiede der verschiedenen einsetzbaren Produkte auch der Preis anders kalkuliert werde; "der Preisunterschied entstehe ja nicht aus Spass". Die ganze Ausschreibung konzentriere sich sehr stark auf Lifecycle-Kosten, Riskmanagement und Qualität, was angesichts der hohen Reputation der SBB im Markt verständlich sei. Deshalb sei die Beschwerdeführerin davon ausgegangen, dass ein qualitativ hochwertiges Produkt anzubieten sei (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 7). Die Verhandlungsteilnehmer der Beschwerdeführerin hätten sich jeweils sehr gut auf die Verhandlung vorbereitet, wobei sie sich auf den vergabeentscheidenden Punkt – den Banknotenrecycler – konzentriert hätten, zumal die übrigen Punkte gemessen daran eine unwichtige Rolle gespielt hätten (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 9). C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung] führte zunächst aus, dieses Bauteil sei "kritisch aus Sicht der Kosten, aus Sicht der Einbaubarkeit, aus Sicht

Qualität und Riskmanagement" (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 11 f.). Er betonte zudem in Bezug auf die Verhandlungen, die Frage des Banknotenrecyclers sei für die Beschwerdeführerin jedes Mal ein Thema gewesen und sie hätten diese Problematik dargestellt, weil die Unterschiede der Banknotenrecycler extrem gross gewesen seien. Die Beschwerdeführerin hätte "wie die Konkurrenz auch gleich gut oder gleich schlecht mit dem Modell CashCode anbieten können" (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 14). B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] sagte aus, die Beschwerdeführerin habe bei jedem Gespräch gefragt, ob es eine Präferenz gebe (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 18 f.).

**3.4.2** F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] gab an der Instruktionsverhandlung an, dass an jeder Verhandlung über alle drei Produkte (Banknotenrecycler) sehr intensiv diskutiert worden sei und die Vergabestelle nach dem Angebot und dem ersten Abgebot realisiert habe, dass die Preise und die Einbauhöhen für das Beschaffungsverfahren entscheidend sein würden (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 21 und 23). Gemäss Auskunft von E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt] und D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] hat die Beschwerdeführerin nicht versucht, die Vergabestelle zu einem klärenden Wort in Bezug auf den Banknotenrecycler zu bewegen. Dies sei kein Thema gewesen (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 29 und 31). Hingegen gab D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] an, dass die Beschwerdeführerin Zweifel geäussert habe, ob der CashCode die Höhenanforderungen erfüllen würde und sie daraufhin sicherstellen mussten, dass die Höhen eingehalten werden können (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 31). In gleicher Weise hielt auch F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] fest, dass die Vergabestelle den Aspekt der technischen Mindestvorgaben habe aufnehmen müssen, weshalb das Modell CashCode mit einer kleinen Delegation begutachtet worden sei; dieses sei in einem Parkhaus in Bern bereits im Einsatz gewesen (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 23).

**3.4.3** Im Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 hat die Vergabestelle sodann angegeben, die Lösungsbeschreibungen im Rahmen der Verhandlungsrunde 1 hätten gezeigt, dass die Einhaltung der Vorgaben des Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (Behindertengleichstellungsgesetz; BehiG, SR 151.3) und der TSI-PRM fast ausschliesslich mit der

Wahl des Recyclertyps und von der Höhenvorgabe des Automatensockels beeinflusst werde, wobei die Wahl des Recyclertyps wiederum stark den Automatenpreis beeinflusse (vgl. Beschwerdebeilage 45, S. 2).

**3.4.4** Es ist demnach davon auszugehen, dass sowohl für die Vergabestelle als auch für die Beschwerdeführerin die Wahl des Banknotenrecyclers für die Bewertung der Angebote eine wesentliche Rolle gespielt hat, insbesondere aufgrund der grossen Preis- und Qualitätsunterschiede. Diese Feststellung wird auch bestätigt durch die Aussagen von B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] und C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung], wonach die Beschwerdeführerin zwar das teurere und qualitativ hochwertigere Modell Toyocom für Billettautomaten einsetze, wogegen davon ausgegangen worden sei, dass es für den Einsatz des schliesslich von der Zuschlagsempfängerin verwendeten Modells CashCode wohl im Bereich Parking, jedoch nicht im öffentlichen Verkehr Referenzen gebe (Protokoll der Instruktiionsverhandlung, S. 12 und S. 17 f.). Bestätigt wird dies durch die Antwort von F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] auf die Frage, wer das Thema des Banknotenrecyclers anlässlich des Debriefings aufgebracht habe. Er erinnerte sich, dass dies die Beschwerdeführerseite gewesen sei. Diese habe wohl gemerkt, dass der Preis des Banknotenrecyclers vermutlich eine entscheidende Rolle beim Entscheid gespielt habe (Protokoll der Instruktiionsverhandlung, S. 21). In gleicher Weise führte E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt] auf Frage hin aus, dass sich je länger je mehr gezeigt habe, dass der Banknotenrecycler ein ganz wichtiger Punkt bei der Auswahl des Produkts sei (Protokoll der Instruktiionsverhandlung, S. 21).

**3.5** Wie erwähnt (vgl. E. 3.1 hiervor) rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe einen internen Vorentscheid in Bezug auf den Banknotenrecycler getroffen oder aber – sollte dies nicht der Fall sein – jedenfalls intern festgestellt, dass der Banknotenrecycler CashCode die technischen Anforderungen der Ausschreibung erfülle. Die Vergabestelle bestreitet indessen vehement, einen internen Vorentscheid gefällt zu haben. Es ist somit in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich die Vergabestelle intern für einen Banknotenrecycler entschieden hat.

**3.5.1** Die Sitzungsteilnehmer auf der Seite der Beschwerdeführerin haben vom Debriefing vom 1. Mai 2012 Handnotizen erstellt, welche dem Gericht vorliegen (Beilage 1 bis 3 zur Beschwerdeergänzung I). Im Rahmen der



Instruktionsverhandlung vom 4. Juli 2013 haben sie die darin festgehaltenen Angaben bestätigt. A. \_\_\_\_\_ [im Vertrieb], C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung] und B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] sagten an der Instruktionsverhandlung übereinstimmend aus, die Vergabestelle habe sich zum Thema Banknotenrecycler dahingehend geäußert, dass sie nach einer internen Abstimmung entschieden hätten, einen Vorentscheid zu treffen und diese Entscheidung den Anbietern nicht mitzuteilen. C. \_\_\_\_\_ [im Bereich Entwicklung] führte aus, D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] habe auf seine Nachfrage hin gesagt, dass es eine interne Projektgruppe gegeben habe und irgendwo beschlossen worden sei, dass das Projekt CashCode zum Zug käme (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 11). A. \_\_\_\_\_ [im Vertrieb] und B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] bestätigten diesen Ablauf des Debriefings; D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] habe gesagt, die Vergabestelle habe sich für den Recycler CashCode entschieden (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 6 und 16). Herr B. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer] habe daraufhin festgestellt, dass demnach dies der Grund gewesen sei, weshalb die Beschwerdeführerin verloren habe (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 17).

**3.5.2** Die Darstellung der Verhandlungsdelegation der Beschwerdeführerin wurde von den für die Vergabestelle am Debriefing Beteiligten bestritten (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 20, 27 und 31). F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] bezeichnete zunächst die Stimmung anlässlich des Debriefings aus seiner Sicht als Diskussionsleiter als schwierig; nach der Prüfung der Preisangaben habe sich eine hitzige Diskussion entwickelt, was ihm das Führen eines Protokolls verunmöglicht habe (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 20 und S. 25). Er gab an, dass er sich mit dem Vorwurf konfrontiert gesehen habe, die Vergabestelle habe über den Banknotenrecycler einen Vorentscheid getroffen. Er habe in der Diskussion versucht darzulegen, dass "dem nicht so" sei (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 20). Vielmehr sei mit Hilfe von Merkblättern ganz klar präzisiert worden, was mit den Anforderungen gemeint sei und wie sich die Anbieter zu verhalten hätten. Auf die Frage hin, was D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] zu Fragen in Bezug auf den Banknotenrecycler gesagt habe, führte F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] aus, er wisse nicht mehr genau, was Herr D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] gesagt habe. Jedenfalls habe aber die Vergabestelle den Entscheid, welches Produkt gewählt werden soll, voll und ganz den Anbietern überlassen. Innerhalb der Vergabestelle sei intensiv diskutiert worden, ob man ein Produkt vorgeben

oder ob man den Wettbewerb spielen lassen und die Innovationskraft der Unternehmen ausnützen solle. Das Ergebnis sei – wobei in Bezug auf diese Frage ein Mehrheitsentscheid getroffen worden sei – immer dasselbe gewesen. Man habe diesbezüglich keine Vorgaben machen wollen. Die Vergabestelle habe sich nicht dazu geäußert, welches Produkt sie favorisieren würde. Wohl aber habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, dass für sie der Einbau des Modells CashCode nicht in Frage komme (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 21 f.). Vergabestellenseitig habe ein kleines Team das Modell CashCode in einem Berner Parkhaus im Rahmen der Marktanalyse begutachtet und sich eine Liste mit Referenzen geben lassen. Im Team sei dann entschieden worden, dass dieser Recycler gut genug ist und im Beschaffungsprozess zugelassen werden könne (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 22 f.). Es habe sichergestellt werden können, dass das Modell CashCode ebenfalls ein "markttaugliches Produkt" ist (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 34 f.). E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt] führte zunächst aus, das Gespräch sei sehr "emotional geladen" gewesen, wie er es in zehn Jahren nie erlebt habe (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 26). In Europa gebe es drei einschlägige Produkte (Banknotenrecycler). Die Vergabestelle habe nie gesagt, sie wolle ein bestimmtes Produkt bevorzugen. Sein Job bei den SBB habe zum Ziel, den Wettbewerb zu erhöhen. Er persönlich habe verschiedene Angebote mit unterschiedlichen Elementen gewollt, welche die Funktion erfüllen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 27 ff.). D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] sagte zunächst aus, die Vergabestelle sei am 1. Mai 2012 von der Situation "etwas überrumpelt" worden. Die Köpfe der Verlierer seien hochrot gewesen, was eine schlechte Ausgangslage für eine normale Begegnung und für ein sachliches Vorgehen darstelle. Im Nachhinein wäre es vielleicht besser gewesen, einen Rechtsvertreter für das Debriefing hinzuzuziehen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 30, S. 32 und S. 36). Auch D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] sagte aus, die Vergabestelle habe sich entschlossen, Vorgaben in Bezug auf die Höhe der Bedienelemente zu machen, wobei die Beschwerdeführerin in den Verhandlungen gemeint habe, dass es schwierig sei, mit dem CashCode die Höhenanforderungen einzuhalten. Die Vergabestelle sei darauf verunsichert gewesen und habe sicherstellen müssen, dass die Höhen eingehalten werden können, weshalb sie die anderen Anbieter mit diesen Höhen konfrontiert habe. Die Vergabestelle habe versucht, die Höhen in den Fokus zu bringen, anstatt eine Produktvorgabe zum Banknotenrecycler zu machen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 31 f.). Ausserdem habe sich die Vergabe-

stelle den im Parkhaus Bern eingesetzten CashCode angesehen; der Betrieb scheinere zufriedenstellend. Das Modell sei "auch ein möglicher Kandidat, mit dem man leben" könne. Er persönlich habe (vorher) das Modell CashCode zu wenig gekannt. Die Vergabestelle sei offen gewesen. Wenn die Vergabestelle eine Präferenz gehabt hätte, dann für das Modell Mei, weil hier die Lieferantenbeziehungen schon standen, und dann wäre es einfach ein Update gewesen und es wäre "in dem Sinne" weitergegangen (Protokoll der Instruktiionsverhandlung, S. 32 f. und S. 35).

**3.5.3** In den Akten finden sich, wie bereits mit Zwischenentscheid B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.4.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten" festgehalten, keine Hinweise, dass sich die Vergabestelle intern für einen bestimmten Banknotenrecycler entschieden hat. Die beschwerdeführerischen Beteiligten des Debriefinggesprächs vom 1. Mai 2012 geben zwar an, die Vergabestelle habe mitgeteilt, einen internen Vorentscheid im Sinne einer Präferenz für ein bestimmtes Banknotenrecyclermodell getroffen zu haben. Es bestehen indessen erhebliche Zweifel am von der Beschwerdeführerin dargestellten Sachverhalt. Die Vergabestelle betont vielmehr in plausibler Weise, sie habe sich im strittigen Beschaffungsverfahren beraten, ob sie einen Banknotenrecycler vorschreiben oder aber den Markt spielen lassen soll, und sich letztlich für die zweite Variante entschieden, um auf die Innovation der Anbieter setzen zu können. Die Aussagen an der Instruktiionsverhandlung machen deutlich, dass die Vergabestelle im Rahmen der Evaluation der Angebote sicherstellen wollte, dass alle angebotenen Banknotenrecycler und damit auch das von Seiten der Beschwerdeführerin diesbezüglich explizit in Frage gestellte Modell CashCode die technischen Anforderungen erfüllen würden. So äusserte sich etwa D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] dahingehend, dass die Bedenken der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Einhaltung der technischen Anforderungen mit dem Produkt CashCode dazu geführt hätten, diese Problematik mit den anderen Anbietern zu besprechen und sich diesbezüglich abzusichern. Zudem sagten sowohl F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] als auch D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] aus, dass eine kleine Delegation der Vergabestelle im Rahmen einer Marktanalyse den Banknotenrecycler CashCode in einem Parkhaus in Bern begutachtet habe. Im Team sei sodann entschieden worden, dass dieser Recycler genug gut sei und im Beschaffungsprozess zugelassen werden könne (Protokoll der Instruktiionsverhandlung, S. 23; vgl. E. 3.5.2 hiervor). Damit liegt der Schluss nahe, dass die Vergabestelle (nicht zuletzt aufgrund der kritischen Äusserungen der Beschwerdeführerin

und gestützt auf ergänzende Abklärungen) sichergehen wollte, dass alle Anbieter einen den technischen Anforderungen konformen Banknotenrecycler offerieren. Das bedeutet aber gerade nicht einen Vorentscheid zugunsten eines bestimmten Modells. Diese Annahme lässt sich auch aufgrund der Gesprächssituation anlässlich des Debriefings plausibilisieren. In der offenbar angespannten Atmosphäre ist es naheliegend anzunehmen, dass mit dem Begriff "Vorentscheid", der möglicherweise tatsächlich gefallen ist, was auch die Handnotizen der beschwerdeführerischen Beteiligten nahelegen, der Umstand gemeint war, dass die Vergabestelle vor Erteilung des Zuschlags intern zum Schluss gekommen ist, dass der Billettautomat auch mit dem Banknotenrecyclermodell CashCode ausgerüstet die technischen Mindestanforderungen erfüllt. Und auch die Annahme, dass man sich auf Auftraggeberseite diesbezüglich die Frage gestellt hat, ob man diesen Umstand den Anbietern kommunizieren soll und dies schliesslich unterlassen hat, passt auch bei dieser Sachlage ins Bild und ist demnach kein Indiz für einen Vorentscheid, wie ihn die Beschwerdeführerin behauptet. Dieses Verständnis liess sich aber aufgrund der "emotional geladenen" Atmosphäre (Aussage E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt], Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 33; vgl. E. 3.5.2 hiervor) anlässlich des Debriefings offenbar nicht sachlich vermitteln. Soweit anlässlich des Debriefings auftraggeberseitig ein Fehler zugestanden worden sein sollte, spricht dies ebenfalls nicht für einen Vorentscheid, sondern lässt sich plausibel in dem Sinne erklären, dass sich einer der Gesprächsbeteiligten die Frage gestellt hat, ob die Anbieter nicht explizit dahingehend hätten informiert werden sollen, dass die Vergabestelle "im Sinne der Transparenz bzw. der Innovation nicht vorschreiben wollte, welchen Typ sie einbauen lassen" wolle (Aussage F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert], Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 24). Demnach erscheint es in Würdigung der Akten und der Aussagen der Auskunftspersonen insgesamt naheliegend, dass die Vergabestelle im Sinne der Eventualbegründung der Beschwerdeführerin (vgl. dazu E. 3.1 hiervor) nur, aber immerhin, einen Vorentscheid getroffen hat dahingehend, dass entgegen der Beurteilung der Beschwerdeführerseite alle drei Banknotenrecyclermodelle eingesetzt werden können.

**3.6** Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass aus den Aussagen der Verhandlungsteilnehmer anlässlich des Debriefings vom 1. Mai 2012 nicht geschlossen werden kann, dass sich die Vergabestelle vorab für den Banknotenrecycler CashCode entschieden hat. Vielmehr ist davon auszu-

gehen, dass die Auftraggeberin die Einhaltung der Mindeststandards in Bezug auf alle in Frage kommenden Geräte prüfen wollte und vorab intern festgestellt hat, dass auch der Banknotenrecycler CashCode den technischen Anforderungen entspricht. Aus der Sicht der Vergabestelle war nach ihrer Angabe entscheidend, dass alle drei Typen mit den Ausschreibungsbedingungen konform und "im Rennen" waren (vgl. dazu etwa die Aussage F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert], Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 23; vgl. E. 3.5.2 hiervor). Es kam also darauf an festzustellen, dass das Modell CashCode ebenfalls ein "markttaugliches Produkt" ist (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 34 f.).

### **3.7**

**3.7.1** Wie unter E. 3.1 hiervor erwähnt, geht die Beschwerdeführerin im Sinne ihres Eventualstandpunkts erstens davon aus, dass die Vergabestelle jedenfalls einen internen Vorentscheid dahingehend getroffen hat, dass das Banknotenrecyclermodell CashCode die technischen Spezifikationen erfüllt. Das ist auch das Ergebnis der richterlichen Beweiswürdigung (vgl. E. 3.6 hiervor) und wird duplicando von der Vergabestelle im Ergebnis letztlich anerkannt. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich nicht geltend, die Vergabestelle habe eine Informations- bzw. Aufklärungspflicht verletzt, weil sie nicht von sich aus informiert habe bezüglich der Frage, ob alle Banknotenrecyclermodelle die technischen Spezifikationen erfülle. Sie macht indessen geltend, sie habe sich mehrfach erkundigt, ob es akzeptabel sei, wenn die technischen Spezifikationen (meint: durch das Modell CashCode) nicht erfüllt werden. Die Vergabestelle wäre nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehalten gewesen, auf ihre Nachfrage bezüglich Einhaltung der Mindestanforderungen zu "reagieren" (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 14. Juli 2014, Rz. 10 ff.). Zudem geht sie davon aus, dass durch das Vorgehen der Vergabestelle eine Änderung der Gewichtung der Vergabekriterien stattgefunden habe, weshalb die Vergleichbarkeit der Angebote nicht mehr gegeben sei.

**3.7.2** Zunächst ist vorab das Aussageverhalten der Vertreter der Vergabestelle kurz wiederzugeben. Die Frage, ob den Anbietern im Rahmen der Verhandlungen noch einmal ausdrücklich mitgeteilt worden sei, dass alle drei Banknotenrecycler die technischen Mindestanforderungen erfüllen, beantwortete F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] dahingehend, dass dies den Anbietern im Ergebnis "sinngemäss" klar gewesen sei, auch wenn dieser

Satz nicht so gefallen sei (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 22 f. und S. 38). Wenn anlässlich des Debriefings ein Fehler zugestanden worden sei, dann beziehe sich das auf die unterlassene Information der Anbieter (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 24). Er könne ohne Konsultation der Protokolle nicht mehr sagen, ob eine entsprechende Frage gestellt worden sei (Protokoll, S. 37 f.). Auch E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt] verwies in Bezug auf die Kommunikation mit den Anbietern auf die Merkblätter (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 28). Die Beschwerdeführerin habe nicht versucht, die Vergabestelle zu einem klärenden Wort in Bezug auf die Banknotenrecycler zu bewegen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 29). Er habe sich diesbezüglich nicht festgelegt (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 38). Auf die nächste Frage hin gab er an, er meine gesagt zu haben, dass sich die Vergabestelle nicht auf einen Banknotenrecyclertypen festlegen wolle (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 39). D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] gab auf Rückfrage des Gerichts, ob die Anbieter während der Verhandlungen der Verzicht auf eine Präferenz bei den Banknotenrecyclern mitgeteilt worden sei, an, dies sei so kein Thema an den Verhandlungen gewesen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 31). Wenig später gab D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] an, es sei möglich, dass darüber gesprochen worden sei, und hielt fest, dass die Vergabestelle dann gesagt haben müsse, dass jeder Anbieter einbauen solle, was für ihn stimmt; dies sei ausdrücklich so festgehalten worden (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 33). Wenig später zog D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] auch diese Aussage wieder in Zweifel (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 36 f.). Nach Angabe von D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] habe der Entscheid, dass auch das Modell CashCode eingesetzt werden könnte, nicht kommuniziert werden müssen, weil die Wettbewerbssituation gerade offen gelassen werden sollte (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 35 ff.). Wenn er etwas gesagt hätte, dann wäre es in dem Sinne gewesen, dass sich die Vergabestelle nicht auf ein Modell habe festlegen wollen (Protokoll der Instruktionenverhandlung, S. 39).

**3.7.3** Zunächst ist auf die Aussagen der auf Auftraggeberseite Beteiligten einzugehen, wonach die Vertreter der Beschwerdeführerseite nicht gefragt haben sollen, ob das Modell CashCode die technischen Spezifikationen erfüllt. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerseite anlässlich der Verhandlungen Vorbehalte in Bezug auf dieses Banknotenrecyclermodell zum Ausdruck gebracht hat. Die Aussagen der auf der Auftraggeberseite Beteiligten bestätigen sogar, dass die

ergänzenden Abklärungen betreffend das Modell CashCode durch die entsprechenden kritischen Bemerkungen der Beschwerdeführerseite ausgelöst worden sind (vgl. E. 3.4.2 und E. 3.5.2 f. hiervor). Klar ist aufgrund der entsprechenden gerichtlichen Feststellungen, dass dem Banknotenrecycler für die ganze Beschaffung und insbesondere für die Offertkalkulation eine grosse Bedeutung zukam und dass es zwischen den verschiedenen Modellen grosse Preis- und Qualitätsunterschiede gibt (vgl. E. 3.4.4 hiervor). Angesichts dieser Ausgangslage ist eher wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin entgegen teilweise anders lautenden Angaben der auf Auftraggeberseite Beteiligten (vgl. E. 3.4.2 hiervor) die Vergabestelle danach gefragt hat, ob das Modell CashCode ihrer Auffassung nach die technischen Spezifikationen erfüllt. Dieser Schluss wird auch dadurch gestützt, dass namentlich die Aussagen von D. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im Produktmanagement tätig] zu diesem Punkt keineswegs widerspruchsfrei sind und F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert] angab, er könne sich nicht mehr erinnern, ob seitens der Beschwerdeführerin die entscheidende Frage gestellt worden sei (vgl. E. 3.6.2 hiervor). Es ist auch nach der Aussage von E. \_\_\_\_\_ [bei der SBB AG im strategischen Einkauf beschäftigt] viel wahrscheinlicher, dass sich die Vergabestelle diesbezüglich auf die Merkblätter verlassen hat, ohne die wohl gestellte Frage zu beantworten (Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 28; vgl. E. 3.6.2 hiervor). Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen letztlich offen bleiben.

**3.7.4** Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien, namentlich technische Spezifikationen, sind so auszulegen, 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 mit Hinweisen "Monte Ceneri"; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"). Aus den Ausschreibungsunterlagen, namentlich aus dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2, geht vorliegend unmissverständlich hervor, dass alle Banknotenrecycler zugelassen sind, sofern sie die Mindestanforderungen erfüllen. Unter Berücksichtigung der insoweit klaren und verständlichen Ausschreibungsunterlagen zielt der Vorwurf der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle zu Fragen zur Einhaltung der Mindestanforderungen bezüglich des Banknotenrecyclers CashCode hätte "reagieren" müssen, ins Leere, da kein Anlass für Präzisierungen im Hinblick auf die Wahl des Banknotenrecyclers bestand. Die Rüge einer insoweit beschwerten Anbieterin wäre möglicherweise dann begründet, wenn die Vergabestelle zum

Schluss gekommen wäre, dass das Modell CashCode die Anforderungen aus der Sicht der Vergabestelle nicht erfüllt, nachdem sie bisher im Rahmen der Verhandlungen den Eindruck erweckt hatte, dass alle angebotenen Banknotenrecyclermodelle in Frage kommen. Aus dem vorliegend tatsächlich zu beurteilenden Verhalten der Vergabestelle hätte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben aber vielmehr den Schluss ziehen müssen, dass weiterhin alle bisher diskutierten Banknotenrecycler zugelassen sind und nach der Beurteilung der Auftraggeberseite die Mindestanforderungen erfüllen. Die Vergabestelle hat im vorliegenden Vergabeverfahren zwar unter anderem mittels Augenscheins ihre interne Meinung zur Frage gebildet, ob das Modell CashCode, obwohl die SBB mit diesem Produkt bisher keine Erfahrungen hatte, "ebenfalls ein markttaugliches Produkt ist" (Aussage F. \_\_\_\_\_ [von der SBB AG für die Abwicklung der Beschaffung der Billettautomaten mandatiert], Protokoll der Instruktionsverhandlung, S. 34; vgl. E. 3.5.2 und 3.6 hiervor). Auch dieses Vorgehen hätte aber nur allenfalls eine Informationspflicht ausgelöst, wenn das Ergebnis negativ ausgefallen wäre. Soweit die Beschwerdeführerin subjektiv davon ausgegangen ist, dass die unterlassene Kommunikation (als Reaktion auf ihre gegenüber dem Modell CashCode geäußerten Vorbehalte) den Erklärungsgehalt hat, dass das Modell CashCode nicht in Frage kommt, kann sie daraus nach dem Gesagten nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**3.7.5** Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter, dass die Vergabestelle im Rahmen der Verhandlungen ihre Frage, ob entweder eine Verletzung der Vorgabe gemäss TSI-PRM oder Abstriche bezüglich Usability seitens der Vergabestelle akzeptiert würde, nicht beantwortet habe (Replik, Rz. 16). Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Vergabestelle mit Blick auf den Grundsatz der Transparenz an die mitgeteilten Vorgaben in Bezug auf das zu beschaffende Produkt gebunden ist (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen"; vgl. E. 3.3.1 hiervor). Damit muss sie nur kommunizieren, soweit sie eben gewillt ist, Abstriche zu machen. Ist sie dies – wie im vorliegenden Fall – nicht, kann Stillschweigen nach Treu und Glauben in der Regel gerade nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Anforderungen – entgegen der Bindungswirkung des ursprünglich Kommunizierten – angepasst oder Abstriche gemacht werden sollen. Inwiefern das Vorgehen der Vergabestelle zu einer anderen Gewichtung der Vergabekriterien geführt haben sollte, wie die Beschwerdeführerin behauptet, ist vor diesem Hintergrund ebenfalls nicht nachvollziehbar. Klar ist ausserdem, dass das Vorgehen der Vergabestelle an sich, mehrere Banknotenrecyclermodelle zuzulassen, ihren Ermessensspielraum nicht gesprengt hat (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3. "Mobile



Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 4.3 f. "Produkte zur Innenreinigung II"; Zwischenverfügung des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser"). Problematisch wäre im Hinblick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB) möglicherweise gewesen, wenn die Vergabestelle entschieden hätte, sich auf einen einzigen Banknotenrecyclertyp festzulegen.

**3.7.6** Zusammenfassend ergibt sich nach dem Gesagten, dass die Vergabestelle durch ihr Vorgehen weder das Transparenzgebot noch den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hat. Nachdem ausserdem erstellt ist, dass die Vergabestelle keinen internen Vorentscheid zugunsten des Banknotenrecyclermodells CashCode getroffen hat, erweist sich auch die diesbezügliche Rüge, das Gleichbehandlungsgebot sei verletzt, als unbegründet. Soweit sich die Frage stellt, ob es nicht angemessen gewesen wäre, den Anbietern mitzuteilen, dass das Modell CashCode nach Auffassung der Auftraggeberseite die massgebenden technischen Anforderungen erfüllt, entzieht sich dies mit Blick auf Art. 31 BöB der Rechtskontrolle. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin erhalten hätte, wenn sie mit dem Banknotenrecycler CashCode offeriert hätte.

#### **4.**

**4.1** Die Beschwerdeführerin rügt in materieller Hinsicht ausserdem, dass ein Billettautomat mit Modell CashCode im Unterschied zu einem Automaten mit dem Modell Toyocom nicht alle technischen Anforderungen erfülle. Mit dem Modell CashCode könne man die zwingenden Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente (insbesondere mit Blick auf die behindertengerechte Nutzung) nicht erfüllen. Entweder werde die Mindesthöhe unterschritten oder die Maximalhöhe überschritten. Einerseits überschreite das Produkt CashCode bei einer Standardsockelhöhe von 450 mm die Maximalhöhe von 1200 mm. Selbst wenn diese Überschreitung durch die Absenkung der Standardsockelhöhe von 450 mm auf 320 mm beseitigt werden könnte, liesse sich durch eine solche Absenkung eine Unterschreitung der Mindesthöhe mit 686 mm statt 700 mm nicht vermeiden, wenn der kontaktlose Kartenleser anforderungskonform unterhalb des PIN-Pads positioniert werde. Das Produkt CashCode könne die Mindesthöhe nur einhalten, wenn auf die normenkonforme Positionierung des kontaktlosen Kartenlesers verzichtet werde (Beschwerde, Rz. 72 ff.; Beschwerdeergänzung I, Rz. 68 ff.). Die zwingenden Anforderungen bezüglich der Positionierung

des kontaktlosen Kartenlesers zwischen PIN-Pad und Steckkartenleser habe die Zuschlagsempfängerin zudem nicht eingehalten (Beschwerdeergänzung I, Rz. 95 ff.). Die zwei bereits gelieferten und installierten Typen des Billettautomaten würden sich durch die veränderte Sockelhöhe unterscheiden, womit nicht mehr alle bedienbaren Elemente in der Höhe zwischen 700 mm und 1200 mm angeordnet seien (Replik, Rz. 46). Schliesslich seien die "Usability-Anforderungen" nicht erfüllt (Replik, Rz. 42 ff. mit Fotografien von installierten Billettautomaten). In Bezug auf die behindertengerechte Gestaltung bringt die Beschwerdeführerin zudem vor, dass der Lösungsvorschlag der Zuschlagsempfängerin nicht umsetzbar sei, da der kontaktlose Kartenleser mit dem Steckkartenleser kollidieren würde (Beschwerdeergänzung I, Rz. 109). Auch bei reduzierter Sockelhöhe wäre der Lösungsvorschlag der Zuschlagsempfängerin daher nicht umsetzbar. Nach den Berechnungen der Beschwerdeführerin sind schliesslich die Anforderungen an die Einbruchsicherheit nicht erfüllt, da man die erforderlichen Schutzelemente unter Verwendung einer Sockelhöhe von 400 mm nicht einbauen könne. Der Abstand zwischen Noteneingabe und Kartenleser sei dafür zu gering (Beschwerdeergänzung I, Rz. 114 ff.).

**4.2** Die Vergabestelle entgegnet, dass das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin alle Anforderungskriterien, namentlich an die behindertengerechte Gestaltung der Billettautomaten (Kriterium H1007), erfülle. Eine Standardsockelhöhe sei entgegen der beschwerdeführerischen Vorbringen nicht vorgeschrieben. Die Höhe der Bedienelemente gemäss den Anforderungen der TSI-PRM sei eingehalten. Es gebe entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Vorgabe in Bezug auf die Position des kontaktlosen Kartenlesers (Kriterium H1141), bei welchem es sich im Übrigen nur um eine Option handle. Bei der Einbruchsicherheit (H1188 und H1183) handle es sich nicht um Muss-Kriterien. Alle Angebote hätten zudem die Anforderungen an die Einbruchsicherheit erfüllt. Ein besonderes Schutzelement sei ebenso wenig vorgeschrieben (Beschwerdeantwort, Rz. 13 ff.).

**4.3** Zur Konformität des Notenrecyclers mit den technischen Anforderungen der Ausschreibung zur Bedienhöhe und Anordnung der Bedienelemente wurde ein Gutachten eingeholt. Mit Verfügung vom 9. August 2016 setzte der Instruktionsrichter Dipl.-Ing. (FH) Harald Hittel, Systembereich Infrastruktur der Eisenbahn-Cert (EBC), als Experten ein. Die EBC wurde schliesslich am 5. Januar 2017 gemäss Offerte vom 20. Dezember 2016 beauftragt, ein Gutachten, ausgeführt durch Dipl.-Ing. (FH) Harald Hittel,

Systembereich Infrastruktur, zur Höhe und der Anordnung der Bedienelemente zu erstellen.

#### 4.4 Zu den Vorbemerkungen des Experten betreffend die zur Anwendung kommenden Vorgaben

**4.4.1** Einleitend erläutert der Experte die aus seiner Sicht anwendbaren Anforderungen an Billettautomaten. Er beschreibt zunächst die Anforderungen gemäss Anforderungskatalog zum Pflichtenheft. Dabei gehe es um die die Anforderungen H1007 und H1083 aus dem Anforderungskatalog zum Pflichtenheft, welche die Anordnung der Bedienelemente zum Gegenstand haben. Daneben gehöre auch die TSI PRM (2008) zu den zu berücksichtigenden Anforderungen, welche ebenfalls Anforderungen insbesondere zur Bedienhöhe der taktilen Kontaktfläche enthält. Bei den Fahrkartenverkaufsautomaten handle es sich entsprechend Abschnitt 5.3.1 der TSI-PRM 2008 um sogenannte "Interoperabilitätskomponenten". Es sei darauf hingewiesen, dass (meint: nach zum Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens geltendem Recht) eine Konformitätsbewertung derartiger Interoperabilitätskomponenten und die anschliessende Ausstellung einer EG-Konformitätserklärung erforderlich seien, wenn eine Interoperabilitätskomponente zur Verwendung in einem Teilsystem des transeuropäischen Netzes (hier also eine Verkehrsstation bzw. ein Bahnhof im transeuropäischen Netz) auf den Markt gebracht werden solle. Grundlage dafür sei Artikel 10 der Richtlinie 2008/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Gemeinschaft, ABl. L 191/1 vom 18. Juli 2008 (nachfolgend: Interoperabilitätsrichtlinie). Es habe im Jahr 2012 zum Zeitpunkt der Vergabe kein Erfordernis zur Vorlage einer EG-Konformitätserklärung für die neu zu beschaffenden und aufzustellenden Fahrkartenverkaufsautomaten bestanden, da in der Schweiz die Interoperabilitätsrichtlinie und die TSI-PRM 2008 erst zum 1. Januar 2014 mit Beschluss 2013/804/EU vom 6. Dezember 2013 und somit erst nach Durchführung des hier einschlägigen Vergabeverfahrens umgesetzt worden seien. Insofern sei eine EG-Konformitätsbewertung nach TSI PRM mit anschliessender Ausstellung einer EG-Konformitätserklärung durch den Hersteller für die hier in Rede stehenden Automaten nicht erforderlich gewesen. Eine Anwendung der TSI-PRM 2008 sei jedoch als Anforderung im hier einschlägigen Vergabeverfahren "durch die Vergabestelle zu Grunde gelegt" worden. Die Tätigkeit der Benannten Stelle (meint: der Arbeitgeberin des Gutachters) für den Bereich der Interoperabilität sei in der zwischenzeitlich aufgehobenen Interoperabilitätsrichtlinie 2001/16/EG sowie der aktuell in der Schweiz und auch in

Deutschland geltenden Interoperabilitätsrichtlinie 2008/57/EG geregelt. Allgemeine Anforderungen zur Konformitätsbewertung seien auch im sogenannten "Blue Guide" ("Guide to the implementation of directives based on the New Approach and the Global Approach", Ausgabe 2000) geregelt. Aus dem "Blue Guide" ergebe sich, dass die Benannten Stellen der Pflicht zur Koordinierung ihrer Prüf- und Bewertungstätigkeiten unterliegen würden. Dies werde für die Benannten Stellen für die Interoperabilität durch die Koordinierungsgruppe "NB-Rail" wahrgenommen. Durch NB-Rail würden zur einheitlichen Anwendung der TSI-PRM sogenannte "Recommendations for use", abgekürzt "RFU", herausgegeben. Die Benannten Stellen seien gehalten, bei der Durchführung von Bewertungen die RFU zu beachten. Die RFU-PRM 063 sei für Billettautomaten einschlägig.

Schliesslich seien das Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG, SR 151.3), der Standard für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570 in der Version 0.1 vom 23. Februar 2006 sowie die Verordnung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) über die technischen Anforderungen an die behindertengerechte Gestaltung des öffentlichen Verkehrs vom 22. Mai 2006 (aVAböV, AS 2006 2309) einzuhalten. Dabei sei anzumerken, dass das BehiG in Beilage 8-1-2 des Pflichtenhefts selbst keine materiellen Anforderungen an die Konstruktion von Fahrkartenverkaufsautomaten stelle und daher im Rahmen der Beantwortung der Fragen nicht explizit erwähnt werde.

**4.4.2** Die Vergabestelle äussert sich mit Stellungnahme vom 8. September 2017 zum Gutachten vom 31. Juli 2017 dahingehend, dass der Experte trotz den präzise formulierten Fragen zur Bedienhöhe eine Übersicht zu nicht relevanten Anforderungen abgeben habe. Die Ausschreibung sei am 15. November 2011 auf der Internetplattform SIMAP erfolgt, weshalb die Anforderungen an den Leistungsgegenstand abschliessend darin enthalten seien. Als Beispiel (für irrelevante Anforderungen) nennt die Vergabestelle namentlich die RFU-PRM 063. Die ausführliche Beschäftigung mit der TSI-PRM überrasche. Aus den Unterlagen gehe klar hervor, dass das technische Pflichtenheft der Ausschreibung vom 15. November 2011 nicht die Konformität der Angebote mit allen Anforderungen der TSI-PRM 2008 verlange. Die TSI-PRM 2008 werde im Anhang 8-1-3 zum Pflichtenheft nur in einer Position als Variante zur aVAböV referenziert. Die Konformität mit der Norm TSI-PRM 2008 sei erst mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 verlangt worden. Dies sei beschränkt worden auf die Frage der Bedienhöhen (700 mm bis 1200 mm ab Boden). Es sei unstrittig, dass

die Anforderungen BÖV, H1007 sowie H1083 zugunsten der TSI-PRM 2008 aufgegeben worden seien. Beim Standard für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570 V 0.1 vom 23. Februar 2006 anerkenne auch der Experte, dass der Standard nicht von der Fragestellung des Gerichts umfasst sei (Vernehmlassung vom 8. September 2017, S. 2).

**4.4.3** Die Beschwerdeführerin verteidigt die Anwendbarkeit der RFU-PRM 063. Zwar sei die Ausschreibung im Jahr 2011 publiziert worden, aber die Vergabestelle habe erst mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 festgelegt, dass die Höhen der Bedienelemente gemäss TSI-PRM 2008 einzuhalten seien. Die RFU-PRM 063 sei am 8. Februar 2012 erlassen worden und sei deshalb zu diesem Zeitpunkt bereits Teil der Norm TSI-PRM 2008 geworden (Replik zum Beweisergebnis 15. November 2017, Rz. 7 ff.). Darauf entgegnet die Vergabestelle wiederum, dass die RFU-PRM 063 keine normative Relevanz besitze, da es sich um eine Empfehlung handle (Duplik zum Beweisergebnis vom 13. Dezember 2017, S. 6).

**4.4.4** Zur Anwendbarkeit der RFU-PRM 063 äussert sich der Experte in Zusammenhang mit Frage 2.1, wobei er ausführt, dass bei zusätzlicher Zugrundelegung des Textes der RFU-PRM 063 "The wording 'tactile contact area' in point 4.1.2.9.2. of TSI PRM has to be interpreted as area which has to be in reach for every person to be used by hands." (die niedrigste von den Händen erreichbare Fläche wäre nach Ansicht des Experten hier die tiefste Stelle in der Mulde der Ausgabeschale) die Anforderungen der TSI-PRM 2008 nur dann erfüllt seien, wenn die Angaben in der Tabelle auf Seite 8 des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" als massgebend angesehen würden und unterstellt werde, dass zum einen mit der Unterkante der Ausgabeschale die tiefste Stelle in der Mulde gemeint sei. Zum anderen müsse noch unterstellt werden, dass die Zeichnungen auf Seite 6 und 8 des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" lediglich zur Illustration dienten und bei der Erstellung der Fertigungszeichnungen die Zeichnungen noch exakt den Anforderungen angepasst werden. Bei unveränderter Übernahme der Zeichnungen (was ja schliesslich auch durch die Inaugenscheinnahme der Automaten bestätigt worden sei) und daraus folgernd einer technisch bedingt tiefer als 700 mm angeordneten Mulde in Ausgabeschale (diese soll ja durch ihre muldenförmige Ausbildung das Herausfallen der Billette bzw. des Wechselgeldes verhindern) würden ein danach gefertigter Automat aller Voraussicht nach keine EG-Prüfbescheinigung durch eine Benannte Stelle erhalten können, da die Benannten Stellen gehalten seien, die RFU

im Rahmen ihrer Prüfungen zu berücksichtigen. Insofern seien die Anforderungen der TSI-PRM 2008 i. V. m. der RFU-PRM 063 nicht erfüllt. Es sei darauf hingewiesen, dass die RFU-PRM 063 erst zum 12. Februar 2012 verabschiedet worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe das Vergabeverfahren bereits begonnen. Der exakte Zeitpunkt der Veröffentlichung der RFU-PRM 063 könne auf dem (einschlägigen [Internet-]Portal) CIRCABC nicht mehr verifiziert werden.

**4.4.5** Bezüglich der TSI-PRM 2008 und der RFU-PRM geht der Experte in seinen Ausführungen davon aus, dass es sich dabei um Rechtsvorschriften handelt, die vom Gemischten Landverkehrsausschusses Gemeinschaft/Schweiz mit Beschluss Nr. 1/2013 vom 6. Dezember 2013 übernommen wurden, aber zum Zeitpunkt der Vergabe noch keine Geltung erlangt hätten, aber von der Vergabestelle möglicherweise als einschlägige Anforderungen verlangt worden seien.

#### **4.5 Zwingende gesetzliche Bestimmungen**

**4.5.1** Nach den Ausführungen des Experten zu verschiedenen Rechtsnormen sowie technischen Normen ist vorab die Frage zu beantworten, ob namentlich die TSI-PRM 2008 und die RFU-PRM als Rechtsvorschriften (in der Schweiz) für das vorliegende Verfahren Geltung erlangt haben, was der Experte verneint.

**4.5.2** Die Beantwortung von Rechtsfragen obliegt zwingend dem Bundesverwaltungsgericht. Dem Sachverständigen sind demgegenüber bloss Sach- und keine Rechtsfragen zu unterbreiten (BGE 132 II 252 E. 4.4.1, BGE 130 I 337 E. 5.4.1; BVGE 2008/31 E. 6). Dementsprechend ist es dem Gutachter nach der Lehre erlaubt, die Beantwortung von Fragen zu verweigern, welche als Rechtsfragen zu qualifizieren sind (ALFRED BÜHLER, Gerichtsgutachter und –gutachten im Zivilprozess, in: Heer/Schöbi [Hrsg.], Gericht und Expertise, Bern 2005, S. 11 f., insb. S. 51). Andererseits ist aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Schluss zu ziehen, dass das Gericht nicht auf eine Expertenaussage abstellen darf, wenn mit dieser eine Rechtsfrage beantwortet wird (CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, a.a.O., Rz. 61 zu Art. 12 VwVG).

**4.5.3** Nach allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht gilt, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, soweit nicht zwingende Gründe für eine Berücksichtigung des neuen Rechts sprechen (vgl. statt vieler BGE

127 II 306 E. 7.c). Erst mit Beschluss Nr. 1/2013 des Gemischten Landverkehrsausschusses Gemeinschaft / Schweiz vom 6. Dezember 2013 zur Änderung des Anhangs 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (SR 0.740.726), wurden die die Interoperabilitätsrichtlinie 2008/57/EG und die TSI-PRM 2008 für die Schweiz durch Änderung von Anhang 1 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (SR 0.740.72) insoweit übernommen als die Schweiz gemäss Art. 52 Absatz 6 dieses Abkommens Rechtsvorschriften anwendet, die den in Anhang 1 des Abkommens genannten Rechtsvorschriften gleichwertig sind. Soweit die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die Norm TSI-PRM europaweit zur Anwendung gelangt (Stellungnahme vom 14. Juli 2014, Rz. 8), ist ihre Aussage nach Schweizer Recht also dahingehend zu präzisieren, dass die TSI-PRM 2008 zum Zeitpunkt der Ausschreibung nur dann zum Teil der zwingenden Vorgaben werden konnte, wenn sie durch den Ausschreibungstext oder im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen dazu gemacht wurde. Dasselbe gilt auch für die die TSI-PRM 2008 interpretierenden Recommendations for use RFU-PRM 063. Im Übrigen wurde die TSI-PRM 2008, worauf auch der Gutachter zutreffend hinweist, zwischenzeitlich durch die TSI-PRM 2014 ersetzt, welche unter anderem in der neuen (VAböV, SR 151.342) und in der Verordnung vom 23. November 1983 über Bau und Betrieb der Eisenbahnen (Eisenbahnverordnung, EBV, SR 742.141.1) umgesetzt wurde (vgl. Urteil des BVGer A-359/2018 vom 20. November 2018 E. 3 mit Hinweisen).

**4.5.4** Von der Frage nach den anwendbaren gesetzlichen Vorgaben zu unterscheiden ist die Frage, welche technischen Spezifikationen die Vergabestelle in der vorliegenden Ausschreibung für verbindlich erklärt hat, wovon der Experte in seinen Ausführungen richtigerweise ausgeht. Der Einbezug von gesetzlichen Mindeststandards in die technischen Spezifikationen kann im Übrigen auch in Bezug auf unbestrittenermassen anwendbare gesetzliche Vorgaben sachgerecht sein, soweit deren Nichteinhaltung nicht schon gemäss Art. 8 BöB (bzw. *de lege ferenda* gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BBI 2019 4505]) zum Ausschluss des Anbieters führt. Mit anderen Worten ist im Folgenden zu prüfen, welche Vorgaben die Vergabestelle in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen definiert hat. Dabei ist insbesondere relevant, ob und inwieweit die TSI-PRM 2008 für massgebend

erklärt worden ist und ob die RFU-PRM 063 gemäss den Ausschreibungsunterlagen beachtlich ist.

#### **4.6 Technische Spezifikationen ("Muss-Kriterien")**

**4.6.1** Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen"; Urteile des BVGer B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 3.1.1 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH" und B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 mit Hinweisen "HP-Monitore"; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB; vgl. zum Ganzen den BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.2 "Mobile Warnanlagen" sowie E. 3.3.1 hiervor).

**4.6.2** Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Urteil des BVGer B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 3.1.2 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH"; Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (Urteile des BVGer B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 3.1.2 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH", B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.4.3 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.3 "Mobile Warnanlagen").



**4.6.3** Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteile des BVGer B-2709/2019 vom 25. November 2019 E. 3.1.2 "Lüftungs- und Klimaanlage ETH" und B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem Alp-Transit"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziffer 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.4 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen").

**4.6.4** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Beurteilungskriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVGer B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.7 "Datennetzwerkkomponenten"; Zwischenverfügung des BVGer B-1606/2020 vom 11. Juni 2020 E. 7.5.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich"; vgl. E. 3.7.4 hiavor). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Beurteilungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 mit Hinweisen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f. mit Hinweisen).

#### **4.7 Vorgaben des Pflichtenhefts**

##### **4.7.1** Ziffer 5.1.8 des Pflichtenhefts lautet:

"5.1.8 Normen, Vorschriften und Gesetze

Die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bzw. Vertragsunterzeichnung (bzw. Unterschrift der Nachträge bei allfälliger Einlösung der Optionen) gültigen einschlägigen Vorschriften, Normen, Standards sowie auch die Regeln der SBB sind einzuhalten."

##### **4.7.2** Das M1-Kriterium H1007 (Muss-Kriterium) gemäss dem Anforderungskatalog lautet wie folgt:

"Die Bestimmungen des BöV sind bei der Anordnung der Bedienelemente zu berücksichtigen. Die Bedienelemente sind alle im Bereich von 70 cm bis 130 cm ab gewachsenem Boden anzuordnen. (Bitte Beilage 8-1-3 beachten)."

#### 4.7.3 Das M2-Kriterium H1083 (Muss-Kriterium) gemäss dem Anforderungskatalog lautet wie folgt:

"Zeigen Sie anhand einer technischen Zeichnung die Masse des Automaten von aussen, die Vermassung der für den Kunden sichtbaren Module und die Anordnung der Baugruppen im innern des Automaten. Richtwerte für Gehäuse/Platz (Aussenseite des BATS):

Breite 900 mm – 1120 mm (inkl. möglicher Besitelkörper [sic!])

Tiefe 450 mm – 680 mm (mit vorstehender Nase für Touchscreen)

Höhe 2000 mm

(Bitte Beilage 8-1-3 und 8-1-10 beachten)."

#### 4.7.4 Als Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts hat die Vergabestelle das Dokument "Anforderungen an behindertengerechte Billettautomaten" der Schweizerischen Fachstelle Behinderte und öffentlicher Verkehr (revidierte Version 5.0; Stand 31. August 2011) beigefügt. Dort werden in Bezug auf die Bedienhöhe die folgenden Anforderungen definiert:

Anforderung BöV		Erfüllungskriterien	Bemerkungen
Höhe der Bedienelemente ab OK Fussboden	1.5	Anforderung BöV: Grundsätzlich 70 cm bis 110 cm  Ausnahme: Münzeinwurf max. 120 cm	- Wenn immer möglich sollten die Bedienelemente nicht höher als 110 cm ab Boden platziert werden. Dies gilt insbesondere für den Entwerter und für bargeldlose Zahlungsmöglichkeiten.
	1.6	VaböV [meint: aVaböV] des UVEK erlaubt für Bedienelemente 130 cm, für Münzeinwurf mehr für Entwerter 110 cm	- Die Höhe des Touchscreens (Oberkante) beträgt maximal 130 cm ab Boden, sofern die Platzverhältnisse keine Lösung mit schräg herausragendem Bildschirm wie beim SBB-BATS zulassen.
	1.7	TSI-PRM: taktile Kontaktfläche, Tastatur, Bereich für Bezahlung und	- Im Hinblick auf die internationale Marktsituation erscheint es sinnvoll, die Vorgabe der TSI-PRM zu über-

Anforderung BöV		Erfüllungskriterien	Bemerkungen
		für Billettausgabe: in einer Höhe zwischen 70 cm und 120 cm	nehmen, d.h. sämtliche zu bedienenden Elemente in einer Höhe zwischen 70 cm und 120 cm.

**4.7.5** Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts nennt in Bezug auf die Anordnung der Bedienelemente die folgenden technischen Spezifikationen:

Anforderung BöV		Erfüllungskriterien	Bemerkungen
Auffindbarkeit der Bedienelemente (Münzeinwurf, Bildschirm, Zahleinheit, Billettausgabeschacht, Entwerter, Haltegriffe etc.)	2.3	Alle Elemente in schweizweit standardisierten Positionen	Standard ZVV und TNW: <ul style="list-style-type: none"> <li>- Bildschirm linke Seite bis Mitte</li> <li>- bargeldlose Zahleinheit rechte Seite (Kartenschlitz unter PIN-Einheit)</li> <li>- Münzeinwurf zwischen Bildschirm und Zahleinheit</li> <li>- Entwerter linker Rand (H max. = 110 cm)</li> <li>- Ausgabeschale Mitte unten</li> <li>- Notenaakzeptor rechte Seite (H max. = 110 cm)</li> </ul>

**4.7.6** Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts referenziert den Pilotversuch des Zürcher Verkehrsverbunds (ZVV) zusätzlich unter folgender Ziffer:

Anforderung BöV		Erfüllungskriterien	Bemerkungen
Lesbarkeit von Texten auf Bildschirmen (...)	8.6	Darstellungsweise und Bedienlogik schweizweit möglichst einheitlich	Gemäss den von BöV begleiteten Pilotversuchen anhand Projekt ZVV/SBB

**4.7.7** Beilage 8-1-4 des Pflichtenhefts enthält den "V570 Standard für behindertengerechte Gestaltung der Ticketautomaten", welcher eine Höhe der Bedienelemente von 80 cm bis maximal 110 cm vorschreibt. Im Pflichtenheft wird Beilage 8-1-4 für die hier interessierenden Muss-Kriterien nicht genannt. Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts nennt den Standard V570 unter folgenden Ziffern:

Anforderung BöV		Erfüllungskriterien	Bemerkungen
Noteneingabe/ -rückgabe	4.4	Breiter, konischer Einschubschlitz / Ausgabe 3 cm mit akust. Signal	Standard als Empfehlung in Ue510/V570?
Bedienungsabläufe standardisiert	10.1	Ablauf-Grundschema in allen Billettautomaten gleich	Ist als Standard in der Ue510/570 [recte: V570] vorgesehen (?)

**4.7.8** Die in Kriterium H1083 referenzierte Beilage 8-1-10 enthält lediglich Vorgaben zum Corporate Design und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht gerügt.

**4.7.9** Das Merkblatt der Vergabestelle vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (Beilage 9 zur Eingabe der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) lautet bezüglich Ziffer 2 wie folgt:

**"2. Erfüllung Behindertengesetz (H1007 / M1)**

Im Abgebot sichern Sie zu, die Anforderungen hinsichtlich Erfüllung des Behindertengesetzes (H1007, Schweiz) sowie die Vorgaben des TSI-PRM (europäische Vorgabe) zu erfüllen.

Mit Blick auf den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes von letzter Woche drängt sich den SBB auf, für den neuen Billettautomaten die strengere Vorgabe der TSI-PRM zu übernehmen. (...)

Die Anforderung und die Empfehlung des BöV sind im Anhang 8.3.1 (recte: 8.1.3) des Pflichtenhefts beschrieben und verlangen, dass sämtliche zu bedienenden Elemente am Automaten in einer Höhe von 70 cm und 120 cm angeordnet sein müssen.

Die Lösungsbeschreibungen im Rahmen der Verhandlungsrunde 1 haben gezeigt, dass die Einhaltung fast ausschliesslich mit der Wahl des Recyclertyps und von der Höhenvorgabe des Automatensockels beeinflusst werden kann. Die Wahl des Recyclertyps wiederum beeinflusst stark den Automatenpreis.

Für die Erstellung des 2. Abgebotes präzisiert die ausschreibende Stelle die Rahmenbedingungen wie folgt:

- Die Vorgabe TSI-PRM ist zu erfüllen: alle bedienbaren Elemente am Automaten müssen in einer Höhe zwischen 70 cm und 120 cm angeordnet sein.
- Eine Teilmenge von Automaten befindet sich heute auf einem Betonfundament von unterschiedlicher Höhe. Diese Rahmenbedingung birgt hohe Umbaurisiken und soll – wie in der Verhandlung erwähnt – durch zwei unterschiedliche Automatensockel gelöst werden. Das heisst konkret:
  - Bei einer Betonfundamenthöhe von 0 bis 2 cm kommt ein "Normalsockel" (höchstmöglich) zum Einsatz.
  - Bei einer Betonfundamenthöhe von >2 cm kommt ein „reduzierter Automatensockel“ zum Einsatz. Die Mindesthöhe des reduzierten Sockels darf jedoch 32 cm nicht unterschreiten, damit die Unterbringung der Telecom Komponenten sowie das Ein- und Ausbauhandlung nicht beeinträchtigt sind.
  - Die Servicetüren beider Sockel (Normalsockel und reduzierter Sockel) müssen identische Masse und ein liches Mass von z.B. 70 x 22 cm aufweisen.
- Der Anbieter wählt einen Banknotenrecyclertyp, mit welcher die Bedienhöhe des Zahlterminals (obere Kante der Taste "1") auf maximal 120 cm zu liegen kommt.
- Der Anbieter zeigt anhand einer Zeichnung die exakte Position der Bedienungselemente sowie die Erfüllung der Anforderungen.
- Die Anforderungen an andere Baugruppen bleiben gemäss Pflichtenheft und Anforderungskatalogen unverändert."

**4.7.10** Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 lautet:

"Fahrkartenverkaufsautomaten, die entlang einem hindernisfreien Weg in einem Bahnhof gemäß Abschnitt 4.1.2.9.1 zur Verfügung zu stellen sind, müssen über eine taktile Kontaktfläche, die die Tastatur, den Bereich für die Bezahlung und den Bereich für den Fahrkartenverkauf umfassen muss, in einer Höhe zwischen 700 mm und 1 200 mm verfügen. Mindestens eine Anzeige und die Tastatur müssen sowohl von einem Rollstuhlfahrer als auch von einer vor dem Automaten stehenden Person zu sehen sein. Werden Informationen über die Anzeige eingegeben, muss die Anzeige die Anforderungen dieses Abschnitts erfüllen."

**4.7.11** Die RFU-PRM 063 in Bezug auf Ziffer 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 präzisiert:

"The wording "tactile contact area" in point 4.1.2.9.2. of TSI PRM has to be interpreted as area which has to be in reach for every person to be used by hands."

**4.8 Anwendbarkeit von Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008**

Da es sich bei der Frage nach der Auslegung der technischen Spezifikationen bzw. Muss-Kriterien um eine Rechtsfrage handelt, ist vorliegend – unabhängig von den Hinweisen des Gutachters – durch das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, welche Anforderungen durch die Anbieter einzuhalten sind (vgl. E. 4.5.2 hiervor).

**4.8.1** Das Muss-Kriterium H1007 lautet:

"Die Bestimmungen des BöV sind bei der Anordnung der Bedienelemente zu berücksichtigen. Die Bedienelemente sind alle im Bereich von 70 cm bis 130 cm ab gewachsenem Boden anzuordnen. (Bitte Beilage 8-1-3 beachten)."

**4.8.2** Gemäss den BöV-Anforderungen an behindertengerechte Billettautomaten (Beilage 8.1.3 zum Pflichtenheft; vgl. E. 4.7.4 hiervor) wurde es schon im August 2011 im Hinblick auf die internationale Marktsituation als sinnvoll bezeichnet, die Vorgabe der TSI-PRM 2008 zu übernehmen und sämtliche zu bedienenden Elemente zwischen 700 mm und 1200 mm anzuordnen. Diesem Hinweis ist die Vergabestelle indessen nicht gefolgt und hat ursprünglich gemäss der einschlägigen technischen Spezifikation (Muss-Kriterium H1007; vgl. E. 4.7.2 hiervor) vorgesehen, dass sich die Bedienelemente zwischen 700 mm und 1300 mm ab Boden befinden. Als Folge des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts in den vereinigten Ver-

fahren A-1130/2011 und A-1133/2011 vom 4. März 2012 betreffend behindertengerechte Gestaltung der neu zu bauenden Fernverkehrs-Doppelstock-Triebzüge (FV-Dosto) wurden die Anforderungen mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 indessen verschärft. Mit diesem Merkblatt wurde nun in Bezug auf die Bedienhöhe gemäss den BÖV-Anforderungen die strengere TSI-PRM 2008 für verbindlich erklärt (vgl. E. 4.7.9 hiavor). Wie die Vergabestelle in ihrer Vernehmlassung vom 8. September 2017 korrekt ausführt, wurde in den Ausschreibungsunterlagen, d.h. im Anhang 8-1-3 zum Pflichtenheft, lediglich die TSI-PRM 2008 in einer Position als mögliche Variante zur aVAböV bezüglich der Bedienhöhe genannt (Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008), wobei auch die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 13. Juni 2018 präzisiert, dass die Anforderungen der TSI-PRM 2008 hinsichtlich der Höhen der Bedienelemente als Muss-Kriterien zwingend einzuhalten seien (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Juni 2018, Rz. 7). Vorab ist somit festzuhalten, dass vorliegend unbestritten ist (vgl. Beschwerdeergänzung I, Rz. 69 ff.; Beschwerde, Rz. 83; Replik, Rz. 13 und Stellungnahme der Vergabestelle vom 8. September 2017, S. 2 f.) und im Übrigen auch im Zwischenentscheid zur aufschiebenden Wirkung prima facie festgehalten wurde (vgl. Zwischenentscheid des BVGer vom 23. Juli 2012 E. 4.3.2.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten"), dass die Vergabestelle in der Ausschreibung mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 die zwingende Einhaltung der TSI-PRM 2008 vorgeschrieben hat. Daraus ergibt sich indessen, dass die Vergabestelle irrt, wenn sie behauptet, die Leistungsanforderungen seien in der Ausschreibung vom 15. November 2011 abschliessend enthalten gewesen, womit zwischen dem 15. November 2011 und dem 21. März 2012 datierte Normtexte wie die RFU-PRM 063, welche gemäss der Beschwerdeführerin auf den 8. Februar 2012 zu datieren ist, nicht für eine Übernahme durch die Vergabestelle im Sinne technischer Spezifikationen in Frage kommen (vgl. dazu die Stellungnahme der Vergabestelle vom 8. September 2017, S. 2). Abschliessend ist anzumerken, dass die Beschwerdeführerin, da sich die neu strengeren Vorgaben nach ihrer Auffassung zu ihren Gunsten auswirken, weil sie behauptet, dass das Produkt der Zuschlagsempfängerin diese nicht erfüllt, auch nicht rügt, dass derartige Anpassungen im Bereich der technischen Spezifikationen nicht zulässig sind.

**4.8.3** Wie erwähnt macht das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (Beilage 9 der Vergabestelle) deutlich, dass die Vorgaben von Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008, die bisherigen Vorgaben ersetzen, namentlich durch die Vorgaben:

"Die Vorgabe der TSI-PRM ist zu erfüllen: alle bedienbaren Elemente am Automaten müssen in einer Höhe zwischen 70 cm und 120 cm angeordnet sein (...)

Der Anbieter wählt einen Banknotenrecyclertyp, mit welcher die Bedienhöhe des Zahlterminals (obere Kante der Taste "1") auf maximal 120 cm zu liegen kommt."

Die neuen Vorgaben unterscheiden sich von den Anforderungen der BöV und der aVAböV des UVEK in Ziffer 1.5 und Ziffer 1.6 der Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts, welche "wenn immer möglich" eine Maximalhöhe der Bedienelemente von 110 cm verlangen (mit Ausnahmen). Die Beschwerdeführerin hat das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 denn auch richtigerweise so verstanden, dass nun (mit der TSI-PRM 2008) die im Vergleich zu Art. 9 Abs. 2 aVAböV "strengere Norm" gelte (Beschwerdeergänzung I, Rz. 72 ff.). Das Merkblatt nimmt eindeutig Bezug auf das Kriterium H1007 aus dem Pflichtenheft und erläutert, dass für die Erstellung des 2. Abgebotes die Rahmenbedingungen präzisiert würden. Darin wird auf die Norm TSI-PRM 2008 Bezug genommen. Dabei kann diese Präzisierung im Zusammenhang nicht anders verstanden werden kann, als dass ausschliesslich Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 Anwendung findet, da in den Ausschreibungsunterlagen einzig auf die dort referenzierte Höhe der Bedienelemente Bezug genommen wird, welche nun für verbindlich erklärt wird ("alle bedienbaren Elemente am Automaten müssen in einer Höhe zwischen 70 cm und 120 cm angeordnet sein"). Dagegen blieben gemäss Hinweis auf dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 die Anforderungen an andere Baugruppen gemäss dem Pflichtenheft und den Anforderungskatalogen ausdrücklich unverändert (Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 [Beilage 9 der Vergabestelle], letzter Satz). Das wiederum bedeutet, dass nur der Abschnitt 4.1.9.2 der TSI-PRM 2008 zur Vorgabe der Vergabestelle erklärt wird, welche die ursprüngliche geltende Höhenanforderung für die bedienbaren Elemente ersetzt. Es ist nun danach zu fragen, ob allenfalls weitere Anforderungen an die Bedienhöhe zwingend einzuhalten sind.

#### **4.9 Anwendbarkeit der aVAböV und der BöV (Beilage 8-1-3)**

Das BöV-Dokument "Anforderungen an behindertengerechte Billettautomaten" (Beilage 8-1-3 zum Pflichtenheft; vgl. E. 4.7.4 hiervor) erwähnt nebst der aVABöV als einschlägigem Ordnungsrecht (Ziff. 1.6) verschiedene Normen zur Bedienhöhe, namentlich die Anforderungen der BöV (Ziff. 1.5) und der TSI-RPM (Ziff. 1.7). Wäre die TSI-PRM-Norm durch Verweis von Muss-Kriterium H1007 auf Beilage 8-1-3 bereits verbindlich gewesen, so würde sich die Konkretisierung mit Merkblatt vom 21. März 2012 zum



Abgebot 2 als überflüssig erweisen. Diese Auslegung wird auch durch die Antwort des Experten untermauert, der bei den Anforderungen BÖV in Form einer Tabelle gemäss Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts eher von einer "Stoffsammlung" ausgeht (vgl. Gutachten vom 8. September 2017 zu Frage 1.2), was sich etwa dadurch zeigt, dass das BehiG selbst keine konkreten Anforderungen an die Billettautomaten stellt, aber dennoch in den Beilagen enthalten ist (vgl. Beilage 8-1-2 des Pflichtenhefts). Damit bleibt zwar die Einhaltung der aVAböV als Verordnungsrecht (Ziff. 1.6 der "Anforderungen BÖV") zwingend, welche aber bekanntlich weniger streng ist als TSI-PRM 2008. Hingegen wurden die Anforderungen der BÖV bezüglich der Bedienhöhe in Ziffern 1.5 der "Anforderungen BÖV", die teilweise strenger sind als diejenigen der TSI-PRM 2008, schon gemäss dem ursprünglichen Muss-Kriterium H1007 nicht übernommen, woran der mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (Beilage 9 zur Eingabe der Vergabestelle vom 5. Juni 2012; vgl. E. 4.7.9 hiervor) vorgenommene Verweis auf die Vorgaben gemäss Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 nichts ändert.

#### **4.10 Anwendbarkeit der Norm V570**

Zur Anordnung der Bedienelemente erwähnt Beilage 8-1-4 schliesslich die Norm V570. Das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (vgl. Beilage 9 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) weist lediglich darauf hin, dass bezüglich der Behindertenkonformität das Muss-Kriterium H1007 eingehalten werden müsse. Auf Beilage 8-1-4 zum Pflichtenheft ("Teil 4B Beilagen Hardware") wird hingegen nicht Bezug genommen. Die Norm V570 wurde von den hier einschlägigen Muss-Kriterien H1007 und H1083 nicht verlangt. Zwar erwähnt der Zwischenentscheid des vorliegenden Verfahrens die Norm V570, allerdings wird auf diese nur unter Ziffer 4.4 und 10.1 von Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts (Beilage 7 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012: "Anforderungen an behindertengerechte Billettautomaten") Bezug genommen mit den Worten: "Standard als Empfehlung in Ue510/V570?" und "Ist als Standard in der Ue510/570 [recte: V570] vorgesehen (?)". Diese Auslegung wird ebenfalls (vgl. E. 4.9 hiervor) durch die Antwort des Experten untermauert, der bei den Anforderungen BÖV in Form einer Tabelle gemäss Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts eher von einer "Stoffsammlung" ausgeht (vgl. Gutachten vom 8. September 2017 zu Frage 1.2), was sich auch dadurch zeigt, dass das BehiG selbst keine konkreten Anforderungen an die Billettautomaten stellt, aber dennoch in den Beilagen enthalten ist (vgl. Beilage 8-1-2 des

Pflichtenhefts). Die Norm V570 ist damit für die hier in Frage stehenden technischen Spezifikationen (bzw. "Muss-Kriterien") nicht einschlägig.

#### **4.11 Zwischenfazit zu den anwendbaren technischen Spezifikationen bzw. "Muss-Kriterien"**

Zusammenfassend kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass einzig der Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 als zwingendes Muss-Kriterium bezüglich der Höhe der Bedienelemente einzuhalten ist (gemäss Beilage 7 der Vergabestelle bzw. Beilage 8-1-3 zum Pflichtenheft, Ziffer 1.7), womit die weniger strengen Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente gemäss Beilage 8-1-3 (Ziff. 1.6) dadurch ersetzt wurden. Die BÖV-Anforderungen gemäss Ziff. 1.5 der Beilage 8-1-3 ebenso wie die Norm V570, die diesbezüglich strenger wären als die TSI-PRM 2008, sind dagegen mangels Übernahme durch die Ausschreibungsunterlagen bzw. das Merkblatt vom 21. März 2012 nach wie vor nicht einschlägig.

#### **4.12 Anwendbarkeit der RFU-PRM 063 durch Verweis in den Ausschreibungsunterlagen**

**4.12.1** Die Anwendbarkeit der TSI-PRM 2008 ist wie erwähnt (vgl. E. 4.8.2 hiervor) in Bezug auf die Höhe der Bedienelemente unbestritten. Die Beschwerdeführerin argumentiert nunmehr mit Eingabe vom 17. November 2017, dass die Höhen der Bedienelemente gemäss TSI-PRM 2008 nicht erfüllt seien, weil gemäss den Ausführungen des Experten der unterste Punkt der Mulde der Ausgabeschale – und nicht die Unterkante der Öffnung in der Gehäuseabdeckung – gemäss den Erläuterungen der RFU-PRM 063 für die Berechnung der Höhe entscheidend sei, womit die Mindesthöhe von 700 mm unterschritten werde. Demgegenüber erwidert die Vergabestelle, dass die RFU-PRM 063 keine Relevanz habe (Stellungnahme vom 8. September 2017, S. 2), was wiederum durch die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis auf das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 bestritten wird, da dieses erst nach Veröffentlichung der RFU-PRM 063 an die Anbieter versendet worden sei, weshalb es Bestandteil der einschlägigen Norm TSI-PRM 2008 geworden sei (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 7 ff.).

**4.12.2** Die Vergabestelle erwähnt in ihrer Vernehmlassung zum Gutachten vom 8. September 2017, dass die Durchmischung der Apparate-Population den Vorgaben der aktuellen TSI-PRM 2014, Ziffer 4.2.18. entspreche (Ver-

nehmlassung vom 8. September 2017, S. 6 ff.). Mit Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017 nimmt die Beschwerdeführerin schliesslich dahingehend Stellung, dass auch die RFU-PRM 063 Anwendung finden müsse, wenn die Vergabestelle die TSI-PRM 2014 für einschlägig erachte (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 26 f.).

**4.12.3** Bezüglich der in Frage stehenden Auslegung der TSI-PRM 2008 ist zu vergegenwärtigen, dass die Ausschreibung keinen Bezug auf die oben erwähnten Empfehlungen (RFU-PRM 063) der Koordinatorengruppe der Benannten Stellen im Sinne der TSI-PRM 2008 nimmt. Die TSI-PRM 2008 wird in den Ausschreibungsunterlagen ein einziges Mal erwähnt, nämlich – damals noch nicht in einem Verbindlichkeit schaffenden Sinn – bezüglich der Höhe der Bedienelemente. Auch das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 lässt keinen anderen Schluss zu (vgl. Beilage 9 der Vergabestelle), als dass bei der Erwähnung der TSI-PRM nicht ein dynamischer Verweis auf die Interoperabilitätsrichtlinie samt deren Auslegungshilfen gemeint war, sondern ein (abschliessendes) Muss-Kriterium im Sinne von Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts (vgl. Ziffer 5.1.8 des Pflichtenhefts). War ursprünglich vorgesehen, dass sich die Bedienelemente zwischen 700 mm und 1300 mm ab Boden befinden (vgl. M1-Kriterium H1007) wurden die Anforderungen mit dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 verschärft. Die relevante Anforderung gemäss Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008, welche in Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts und im Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 auszugsweise wiedergegeben ist, verlangt, dass alle bedienbaren Elemente zwischen 70 cm und 120 cm angeordnet sein müssen (vgl. E. 4.8.2 hiervor). Aus dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 geht schliesslich hervor, dass die Anbieter einen Banknotenrecyclertyp zu wählen haben, mit welchem die Bedienhöhe des Zahlterminals (obere Kante der Taste "1") auf maximal 120 cm zu liegen kommt.

**4.12.4** Die eingereichten Darstellungen der Parteien zum 3. Abgebot deuten darauf hin (vgl. Auszug aus Präzisierungen / Ergänzungen der Zuschlagsempfängerin nach 2. Verhandlungsrunde in Beilage 19 der Vergabestelle bzw. 03.15.02.03 bzw. Beilage 5 in Beschwerdeergänzung II sowie das Abgebot 3 der Beschwerdeführerin in Beilage 03.15.04 der Vergabeakten), dass diese die Vorgabe von Abschnitt 4.1.2.9.2. TSI-PRM 2008 gleich verstanden haben. Weder die Beschwerdeführerin noch die Zuschlagsempfängerin haben nämlich vorliegend zur Präzisierung im 3. Abgebot eine Schnittdarstellung des Billettautomaten eingereicht, wodurch

die Tiefe der Ausgabeschale, d.h. die Mulde, hätte festgestellt werden können. Wäre die RFU-PRM 063 einschlägig, so könnte deren Einhaltung nach Ansicht des Experten nur durch eine Schnittdarstellung überprüft werden (vgl. hierzu E. 5.3.1 hiernach), was nachvollziehbar und schlüssig ist. Bereits nach subjektivem Verständnis ist die TSI-PRM 2008 deshalb nicht im Sinne der weitergehenden Vorgaben gemäss RFU-PRM 063 auszulegen (vgl. zu den Auslegungsgrundsätzen E. 4.6.4 hiervor).

**4.12.5** Zum anderen ist auch bei objektiver Auslegung des Merkblatts vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 kein anderer Schluss zu ziehen. Weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in der Präzisierung gemäss dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (vgl. Beilage 9 der Vergabestelle) wird auf die Ausgabeschale Bezug genommen, woran der beschwerdeführerische Einwand nichts daran zu ändern vermag, dass die genannten Empfehlungen (RFU-PRM 063) zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Merkblatts vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 bereits veröffentlicht waren. Auch darum ist davon auszugehen, dass die Unterkante der Gehäuseöffnung und nicht die Ausgabemulde als unterstes Bedienelement zu verstehen ist. Auch aus der Situation der Vergabestelle im Frühling 2012 überzeugt dieses Ergebnis. Es geht aus den Unterlagen – wie oben in Erwägung 4.8.3 festgestellt – hervor, dass diese ursprünglich entgegen den BÖV-Anforderungen Stand August 2011 die Höhenanforderungen TSI-PRM 2008 nicht übernehmen wollte, weil sie ihr zu anspruchsvoll waren, dann aber als Reaktion auf ein Gerichtsurteil der Fachstelle BÖV entgegenkommen und deren Anforderungen Stand August 2011 in Bezug auf deren Ziffer 1.7 entsprechen wollte. Das schliesst einen impliziten Mitverweis auf die selbst nach der Darstellung der Beschwerdeführerin erst am 8. Februar 2012 verabschiedete RFU-PRM 063 durch Verweis auf die TSI-PRM 2008 aus.

An diesem Ergebnis vermag auch nichts zu ändern, dass die Vergabestelle sich in ihrer Argumentation zu den aufgestellten Billettautomaten auf die (schon aus intertemporalen Gründen nicht einschlägige) TSI-PRM 2014 beruft, da die Frage, ob nach dem Zuschlag in Bezug auf die aufzustellenden Automaten allenfalls gewisse Anpassungen mit Blick auf zwischenzeitlich geänderte Rahmenbedingungen vorzunehmen sind, ausserhalb des Streitgegenstands liegt. Die Frage, wie die Bedienoberfläche der tatsächlich aufgestellten Automaten gestaltet ist, bilden lediglich ein Indiz für die Beantwortung der Frage, ob die Konstruktion eines Billettautomaten unter Einhaltung der zum Zeitpunkt des Zuschlags relevanten Anforderungen an die Bedienhöhe überhaupt möglich ist (vgl. E. 6.8 hiernach).

#### **4.13 Fazit zu den Anforderungen an die Bedienhöhe**

Nach dem zuvor Gesagten kann bezüglich der Anforderungen an die Bedienhöhe als Fazit festgehalten werden, dass das Abgebot der Zuschlagsempfängerin den Anforderungen in Bezug auf die Höhe der Bedienelemente den Anforderungen gemäss Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 zu entsprechen hat. Weitergehende Anforderungen wurden durch das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 nicht gestellt (vgl. Beilage 9 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012). Es ist nun im Einzelnen auf die diesbezüglichen Fragen an den Gutachter einzugehen.

#### **5. Aussagen des Gutachtens vom 31. Juli 2017 zum relevanten Sachverhalt**

**5.1** Art. 12 Bst. e VwVG sieht als Beweismittel unter anderem Gutachten von Sachverständigen vor (vgl. dazu Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 ff. BZP). Mit solchen Expertisen wird gestützt auf besondere Sachkenntnis Bericht über die Sachverhaltsprüfung und -würdigung erstattet (BGE 132 II 257 E. 4.4.1; Urteile des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 4.1 "Casermettatunnel" und B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.6 "trattamento acque Monte Ceneri"). Das Gericht darf in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen (Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 4.1 "Casermettatunnel"). Ein Abweichen ist zulässig, wenn die Glaubwürdigkeit des Gutachtens durch die Umstände ernsthaft erschüttert ist. Bestehen Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens und wird dennoch keine ergänzende Abklärung angeordnet, kann sich dies als rechtswidrig erweisen (vgl. BGE 130 I 337 E. 5.4.2). Im Rahmen eines Gutachtens von Sachverständigen bestehen verschiedene Parteirechte: Den Parteien ist Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Person des Sachverständigen vorzubringen sowie sich zu den Fragen an diesen zu äussern und Abänderungs- und Ergänzungsanträge zu stellen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 2 bzw. 57 Abs. 2 BZP). Nach Erstattung des Gutachtens ist ihnen Gelegenheit zu geben, Erläuterung und Ergänzung oder eine neue Begutachtung zu beantragen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 BZP; vgl. dazu das Urteil des BVGer A-7097/2013 vom 25. Juni 2015 E. 8.3.1; Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 4.1 "Casermettatunnel").

## **5.2 Zur Frage 1 des Gutachtens**

Der Experte beantwortete zur Einhaltung der Anforderungen an die Bedienelemente in Bezug auf das 3. Abgebot vom 30. März 2012, namentlich zu den Vorgaben der TSI-PRM 2008, folgende Fragen:

### Frage 1.

Frage 1.1: Erfüllt aus fachlicher Sicht das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente ab Oberkante Boden (zwischen 70 und 120 cm; nachstehend "Bedienhöhe", insb. gemäss H1007, H1083 und TSI-PRM)? Wenn nicht, welche Anforderungen hat die Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt?

Frage 1.2: Wirkt sich die Einhaltung der Bedienhöhe auf die Anordnung und Gestaltung der Elemente, namentlich des RFID-Lesegeräts, so aus, dass andere Vorgaben betreffend die behindertengerechte Erstellung des Billettautomaten nicht eingehalten werden?

## **5.3 Zur Frage 1.1 des Gutachtens**

**5.3.1** Zur Frage 1.1 führt der Experte aus, dass die Unterkante der Ausgabeschale auf einer Höhe von mindestens 700 mm bei Anordnung des Normsockels mit einer Höhe von 400 mm zu liegen komme. Bei zusätzlicher Anordnung des Betonfundamentes mit einer Höhe von 20 mm liege die Unterkante der Ausgabeschale gemäss Tabelle auf einer Höhe von 720 mm. In den Abbildungen im 3. Abgebot auf Seite 6 werde als "niedrigstes Bedienelement" ebenfalls die Ausgabeschale mit einer Unterkante von 700 mm bzw. 720 mm dargestellt. Es handle sich bei den Zeichnungen um Skizzen der Automatenvorderansichten, die nicht den Detaillierungsgrad einer Werkzeichnung aufweisen würden. Insofern könne nicht auf den ersten Blick erkannt werden, ob die vermasste Unterkante des niedrigsten Bedienelementes den tatsächlich tiefsten Punkt Unterkante in der Mulde der Ausgabeschale darstelle oder lediglich die Unterkante der Öffnung in der Gehäuseabdeckung. Eine Schnittdarstellung sei an dieser Stelle von der Zuschlagsempfängerin nicht mit abgegeben worden. Die Tiefe der Ausgabeschale bzw. das generelle Vorhandensein der Ausgabeschale sei jedoch nicht dargestellt bzw. erkennbar. Insofern sei durch die Angaben im 3. Abgebot eine Bewertung der Konstruktionsdetails der Automaten nicht in dem Umfang möglich, der für eine umfassende fachliche Bewertung notwendig sei. Die Angaben im 3. Abgebot hätten somit den Charakter einer Absichtserklärung, die Automaten konform zur TSI-PRM 2008 umzusetzen.

**5.3.2** Nach Ansicht des Experten werden die Anforderungen der BÖV an behindertengerechte Billettautomaten (Revidierte Version 5.0 mit Stand vom 31.08.2011), Beilage 8-1-3 sowie Anforderung H1007 und H1083 hinsichtlich der Bedienhöhen betreffend Ziffer 1.5 der Anforderungen der BÖV in Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts nicht vollständig erfüllt.

Gemäss Ziffer 1.5 sollten die Bedienhöhen "wo immer möglich" nicht höher als 110 cm über dem Boden platziert werden. Dies gelte insbesondere für den Entwerfer und bargeldlose Zahlungsmöglichkeiten. Da die PIN-Einheit hier mit einer Höhe von maximal 120 cm (OK Tasten) angeordnet werden sollte, sei diese Vorgabe nicht uneingeschränkt nachgewiesen. Es sei zunächst einmal davon auszugehen, dass grundsätzlich die Möglichkeit der Anordnung in 110 cm Höhe besteht. Ein expliziter Nachweis, dass keine Möglichkeit bestehe, die Höhe der OK Tasten auf maximal 110 cm zu legen, liege nicht vor. Gleichwohl könne aufgrund der Geometrie der zur Verfügung stehenden Elemente PIN-Einheit, Kartenleser und Banknotenrecycler davon ausgegangen werden, dass es nicht möglich sei, die Oberkante der Tasten der PIN-Einheit auf maximal 110 cm Höhe und gleichzeitig die den Ausgabeschlitz des Banknotenrecyclers auf eine Höhe von mindestens 70 cm zu legen.

Die Anforderung der aVAbÖV des UVEK (Beilage 8-1-5), mit einer entsprechend Art. 9 Abs. 2 anzuordnenden Höhe der Bedienelemente von maximal 130 cm sei erfüllt und ohnehin weniger strikt als die Anforderung Anforderungen der BÖV in Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts.

Die Anforderungen des "Standard für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570 Version 0.1 vom 23.02.2006", Beilage 8-1-4, Abschnitt 2, seien in Bezug auf die Anordnung der Fahrausweis-Ausgabevorrichtung in einer Höhe von 80 cm bis maximal 110 cm ab Boden nicht erfüllt, da die Ausgabevorrichtung (Ausgabeschale) in einer Höhe von mindestens 70 cm ab Boden platziert werden soll.

Der Einfuhrschlitz des Zahlkarten-Terminals sei entsprechend der Zeichnung auf Seite 9 der Präzisierungen basierend auf dem Merkblatt zum Abgebot 2 in einer Höhe von 1075,45 mm (somit gerundet 107,5 cm) angeordnet und erfülle somit die Anforderungen des Standards V570.

Die Zeichnung sei der Unterlage "Präzisierungen, basierend auf Merkblatt zum Abgebot 2" entnommen worden, da das 3. Abgebot "Präzisierungen

gen/Ergänzungen nach 2. Verhandlungsrunde" keine Detailzeichnung enthalte. Unter Zugrundelegung der "Präzisierungen, basierend Merkblatt zu Abgebot 2" könnten zwar die Abmessungen der Vorderfront der Automaten nachvollzogen werden. Eine Schnittdarstellung mit Darstellung der Mulde in der Ausgabeschale liege jedoch auch hier nicht vor. Zur Bewertung der Mulde in der Ausgabeschale seien die Ausführungen zur Beantwortung der Frage 2.1 zu beachten.

Die Tastatur des Zahlkarten-Terminals solle in Höhe bis 120 cm über Boden angebracht werden und erfülle somit nicht die Anforderungen der Standards V570, Abschnitt 2.

In Bezug auf die Anordnung des RFID-Lesers seien im Standard V570 keine Anforderungen definiert, da sich die Anforderungen des Standards V570 eindeutig auf einen Karteneinfuhrschlitz, der bei einem berührungslosen Leser nicht vorhanden sei, beziehen würden.

**5.3.3** Tabellarisch zusammengefasst sind nach Ansicht des Experten folgende Anforderungen bezüglich Frage 1.1 erfüllt bzw. nicht erfüllt:

Technische Spezifikation	Erfüllt	Nicht oder nur teilweise erfüllt
BöV Bedienhöhe: Ziffer 1.5 von Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts		120 cm statt 110 cm PIN PUK
H 1007 Bedienhöhe: Verweis auf die Anforderungen BöV		120 cm statt 110 cm PIN PUK
H 1083 Bedienhöhe: Verweis auf die Anforderungen BöV		120 cm statt 110 cm PIN PUK
Abs. 4.1.2.9.2 der TSI-PRM 2008	X	
aVaböV: Höhe der Bedienelemente	X	
V570: Fahrausweis-Ausgabevorrichtung		mindestens 70 cm ab Bodenhöhe
V570: Einfuhrschlitz	X	
V570, Abschnitt 2: Tastatur		120 cm statt 110 cm



#### **5.4 Zwischenfazit zur Frage 1.1 des Gutachtens**

Wie bereits zu den Vorbemerkungen des Experten festgehalten wurde (vgl. E. 4.8), sind unter Frage 1.1 für die Einhaltung der Bedienhöhe einzig Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 (abgeändertes Kriterium H1007) und Kriterium H1083 vorliegend einschlägig. Die Vergabestelle weist zurecht daraufhin, dass keine der übrigen Normen für die Einhaltung der Höhe bedeutsam ist, da in den Anforderungskriterien H1007 und H1083 bzw. Beilage 8-1-3, abgeändert durch das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2, einzig die Konformität mit Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 verlangt worden ist. Grundsätzlich geht der Experte davon aus, dass Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 eingehalten ist. Soweit der Experte sich auf die "Mulde" bezüglich des tiefsten Punktes der Unterkante bezieht und auf seine Ausführungen zu Frage 2.1 verweist, stützt er sich wohl auf die RFU PRM-063. Wie oben ausführlich dargestellt (vgl. E. 4.12 hiervor), ist die RFU PRM-063 vorliegend nicht einschlägig, weshalb auf die diesbezüglichen gutachterlichen Ausführungen nicht näher einzugehen ist.

Das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 stellt in Bezug auf das Zahlterminal zudem unmissverständlich klar, dass die Anbieter "einen Banknotenrecyclertyp [zu wählen haben], mit welcher die Bedienhöhe des Zahlterminals (obere Kante der Taste "1") auf maximal 120 cm zu liegen kommt". Die Antworten des Experten zur Bedienhöhe nach BöV sowie der Norm V570 brauchen nach dem zuvor unter E. 4.8 hiervor Gesagten nicht weiter vertieft zu werden, da sie eindeutig ersetzt wurden bzw. nicht verpflichtend ausgestaltet sind. Die Vorgaben der aVAböV sind ohnehin weniger streng (vgl. Art. 9 Abs. 2 aVaböV). Die Vorgaben der Norm V570 enthalten – wie der Experte richtig ausführt – keine Vorgaben zur Positionierung des RFID-Lesers, was im Übrigen unter Frage 1.1 nicht von Bedeutung ist.

## **5.5 Ergänzungsfragen zur Frage 1.1 des Gutachtens**

**5.5.1** Zur Frage 1.1 hält der Experte in seinem Gutachten vom 31. Juli 2017 fest, dass die Angaben im 3. Abgebot den Charakter einer Absichtserklärung hätten, die Automaten konform zur TSI-PRM 2008 umzusetzen. Die Beschwerdeführerin argumentiert nun bezüglich des Gutachtens vom 31. Juli 2017 zu Frage 1.1, dass der Experte bei der Beantwortung der Frage fälschlicherweise nicht das dritte Abgebot geprüft habe, sondern die Angaben gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 7 ff.), wobei die Vergabestelle entgegen, diese Rüge sei infolge Verspätung nicht zu hören. Im Übrigen sei dieser Einwand nicht relevant, da das 3. Abgebot und die Angaben gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" konform mit der Norm TSI-PRM 2008 seien (Stellungnahme vom 13. Dezember 2017, S. 7).

**5.5.2** Nachdem die Parteien zum Beweisergebnis Stellung genommen hatten, wurde der Experte aufgrund der nunmehr vorgebrachten Vorbringen mit Verfügung vom 12. Januar 2018 ersucht, zu nachfolgenden gestellten Präzisierungs- bzw. Ergänzungsfragen Stellung zu nehmen:

Ergänzungsfrage 1: Liegen dem Gutachten vom 31. Juli 2017, namentlich bei der Beantwortung von Fragen 1.1 (recte: Frage 1.1), Dokumente zugrunde, die nur für die Beantwortung der Frage 2.1 relevant sind?

Ergänzungsfrage 2: Sofern beim Gutachten vom 31. Juli 2017 auf die "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" der Zuschlagsempfängerin abgestellt wurde, würde sich bei Zugrundelegung des 3. Abgebots der Zuschlagsempfängerin bei der Beantwortung der Gutachterfragen, namentlich bei Fragen 1.1 (recte: Frage 1.1), etwas am Ergebnis ändern?

**5.5.3** Bezüglich Ergänzungsfrage 1 antwortet der Experte, dass die im Gutachten vom 31. Juli 2017 bei der Beantwortung der Frage 1.1 in den folgenden Sätzen in Bezug genommenen Dokumente nur für die Beantwortung von Frage 2.1 des Gutachtens relevant seien. Auf diese seien bei der Beantwortung der Frage 1.1 durch den Experten irrtümlich in Bezug genommen worden. Wortwörtlich lautet die Antwort:

"Die Unterkante der Ausgabeschale liegt auf einer Höhe von mindestens 700 mm bei Anordnung des Normalsockels mit einer Höhe von 400 mm. Bei zusätzlicher Anordnung des Betonfundamentes mit einer Höhe von 20 mm liegt

die Unterkante der Ausgabeschale gemäss Tabelle auf einer Höhe von 720 mm. In den Abbildungen im 3. Abgebot auf Seite 6 werde als „niedrigstes Bedienelement“ ebenfalls die Ausgabeschale mit einer Unterkante von 700 mm bzw. 720 mm dargestellt.“

**5.5.4** Zur Ergänzungsfrage 2 äussert sich der Experte dahingehend, dass die Unterkante der Ausgabeschale entsprechend der Darstellungen auf Seite 6/22 des 3. Abgebots auf einer Höhe von mindestens 700 mm bei Anordnung eines Normalsockels mit einer Höhe von 400 mm liege. Eine alternative Lösung mit der Anordnung eines Betonsockels unter dem Normalsockel, wie auf Seite 8/17 des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" dargestellt, sei im 3. Abgebot nicht vorgesehen. Die Anordnung des niedrigsten Bedienelementes von 700 mm sei identisch mit der Version ohne Betonsockel des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot". Die Anordnung des höchsten Bedienelementes von 1200 mm sei identisch mit der Version mit Betonsockel des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot". Insofern seien die Automaten entsprechend der Darstellungen auf Seite 6/22 des 3. Abgebotes zwar weniger flexibel einsetzbar als die Automaten entsprechend der Darstellungen auf Seite 8/17 des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot". Aufgrund der identischen Randbedingungen ändere sich das weitere Bewertungsergebnis zur Beantwortung der Frage 1.1. ab dem Satz "Es handelt sich bei den Zeichnungen und Skizzen der Automaten Vorderansichten, ..." jedoch nicht. Die Beantwortung der weiteren Gutachterfragen ändere sich dadurch ebenfalls nicht.

**5.5.5** Die Vergabestelle äussert sich mit Eingabe vom 2. Mai 2018 dahingehend, es sei nun vom Experten bestätigt, dass das 3. Abgebot den gestellten Anforderungen entspreche (Stellungnahme vom 2. Mai 2018), wobei der Experte festgehalten habe, dass die Automaten der Zuschlagsempfängerin flexibler einsetzbar seien. Dies sei für den Zuschlagsentscheid jedoch irrelevant.

**5.5.6** Die Beschwerdeführerin bekräftigt mit Eingabe vom 13. Juni 2018 ihren Standpunkt, wonach die Anforderungen der TSI-PRM 2008 an die Bedienhöhe als Muss-Kriterien beim 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin nicht eingehalten seien. Der Normalsockel komme gemäss dem Merkblatt vom 21. März 2012 bei einem 0 mm bis 20 mm hohen Betonfundament zur

Anwendung. Folglich müsse bei der Berechnung der Höhe des höchsten und tiefsten Bedienelements jeweils eine Variable von 20 mm einberechnet werden. Der Experte bestätige nun, dass das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die variable Höhe des Betonfundaments nicht berücksichtige. Die Anordnung des niedrigsten Bedienelements im dritten Abgebot sei identisch mit der Version ohne Betonfundament im "vierten Abgebot" (meint: Angaben im Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot"). Demgegenüber halte der Experte fest, dass die Anordnung des höchsten Bedienelements von 1200 mm im dritten Abgebot identisch mit der Version mit Betonfundament im vierten Abgebot sei. Bei Berücksichtigung eines variablen Betonfundaments werde die Maximal- bzw. Mindesthöhe um bis zu 20 mm über- bzw. unterschritten, weshalb gemäss dem Experten das dritte Abgebot weniger flexibel einsetzbar sei. Damit stehe fest, dass das dritte Abgebot zwingende Anforderungen nicht erfülle (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 13. Juni 2018, Rz. 7 ff.).

**5.5.7** Das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 (Beilage 9 der Vergabestelle) sieht für die Ausschreibung zwei unterschiedliche Sockel vor, wobei bei einer Betonfundamenthöhe von 0 bis 2 cm ein "Normalsockel" (höchstmöglich) zum Einsatz komme, während bei einer Betonfundamenthöhe von > 2 cm ein "reduzierter Automatensockel" zum Einsatz gelangt.

**5.5.8** Aus dem Muss-Kriterium H1083 geht hervor, dass anhand einer technischen Zeichnung die Masse des Automaten von aussen, die Vermassung der für den Kunden sichtbaren Module und die Anordnung der Baugruppen im Innern des Automaten gezeigt werden müssen.

**5.5.9** In der 2. Verhandlungsrunde vom 26. März 2012 wurden Präzisierungsfragen zum Teil Hardware an die Zuschlagsempfängerin gestellt, namentlich eine kurze Bestätigung der Anforderungen zu den Anforderungen H1007 und H1083 (vgl. Protokoll der 2. Verhandlungsrunde vom 26. März 2012 [Beilage 03.13.02.02.03 der Vergabeakten betreffend die Zuschlagsempfängerin bzw. Beilage 15 der Vergabestelle]):

"- H1007 und H1083: Klarstellung: Damit die TSI-PRM Norm (70 – 120 cm) eingehalten werden kann, können alle drei erwähnten Notenrecycler eingebaut werden:

- CashCode
- MEI BNR3

- Toyocom BR-7200G

-Diese Annahme wird von S&B bestätigt."

**5.5.10** Die Zuschlagsempfängerin hat in ihrem 3. Abgebot ausgeführt (Vergabeakten 03.15.02.03 bzw. Beilage 19 der Vergabestelle):

"Um der Varianz in den unterschiedlichen Fundamenten gerecht zu werden, ist neben dem 420 mm Normalsockel ein reduzierter Sockel in der Höhe von 320 mm mit Ausgleichrahmen kostenneutral in unserem Angebot enthalten. Mit diesen Varianten kann die Einhaltung der geforderten Norm bei unterschiedlichen Fundamenthöhen gewährleistet werden. Nach erfolgter Standortbegehung werden die entsprechend benötigten Sockel ausgewählt."

**5.5.11** Erst mit dem Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal" vom 17. März 2012 (recte: 17. April 2012, Beilage 22 zur Eingabe der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) wurde eine Lösung mit einer Bedienhöhe von 1180 mm und dem untersten Element auf 700 mm angestrebt. Gleichzeitig wurde weiterhin auf die zu garantierenden Werte "max. Höhe Bedienungselement 1200 mm und min. 700 mm" hingewiesen.

**5.5.12** Mit ihrem 3. Abgebot bestätigt die Zuschlagsempfängerin lediglich ihre Angaben des 2. Abgebots, welches einen Ausgleichsrahmen unter Berücksichtigung von unterschiedlichen Fundamenten vorgesehen hat (vgl. Beilage 19 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012 sowie das als Beilage 15 zu derselben verurkundete Protokoll der 2. Verhandlungsrunde vom 26. März 2012). Auch die Beschwerdeführerin hat in ihren Darstellungen des Normalsockels (des Geräts) gemäss dem 3. Abgebot wie auch des reduzierten Sockels kein Fundament eingezeichnet (Beilage 03.03 bzw. 03.15.04 der Vergabeakten). Dies wurde für das 3. Abgebot auch nicht verlangt, was sich auch darin zeigt, dass die Parteien das weitere Vorgehen jeweils mit Unterschrift der Protokolle zur Kenntnis genommen haben, wonach die "Basis" das Abgebot 2 bilde, während Änderungen an den Dokumenten im Abgebot 3 zu dokumentieren seien, falls sich noch Änderungen aus den besprochenen Themen ergeben würden. Die Zuschlagsempfängerin wurde anlässlich der 2. Verhandlungsrunde darum gebeten klarzustellen, ob alle Banknotenrecycler eingebaut werden könnten, was sie im 3. Abgebot nochmals bestätigt hat (vgl. Beilage 19 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012). Damit ist das beschwerdeführerische Vorbringen, dass eine "Variable" im 3. Abgebot hätte dargestellt werden müssen, widerlegt. Es ist somit der Vergabestelle (Stellungnahme der Vergabestelle vom 9. Januar

2018, S. 2) zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass die von der Zuschlagsempfängerin in den "Präzisierungen" offerierte Toleranz von 20 mm (mit Blick auf das Betonfundament) nie zwingend verlangt wurde.

**5.5.13** Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich aufgrund der identischen Randbedingungen von Abgebot 3 und den Angaben des Dokuments "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern zum 3. Abgebot" für das weitere Bewertungsergebnis durch die Verwechslung der Abbildungen nichts ändert, weshalb sich die Ausführungen des Experten nachvollziehbar und schlüssig erweisen. Es gibt keine triftigen Gründe, um von den gutachterlichen Feststellungen abzuweichen.

## **5.6 Zur Frage 1.2 des Gutachtens**

**5.6.1** In Bezug auf die Auffindbarkeit der Bedienelemente stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, dass die Positionierung des kontaktlosen Kartenlesers – zwischen PIN-PAD und Steckkartenleser – in den Ausschreibungsunterlagen als zwingendes Kriterium (Muss-Kriterium) vorgeschrieben sei. Aus den Kriterien H1007 und H1083 i.V.m. Ziffer 2.3 der BÖV-Anforderungen (Beilage 8-1-3) gehe hervor, dass sich der kontaktlose Kartenleser zudem auf der rechten Seite bzw. mindestens auf der vertikalen Linie der PIN-Einheit zu befinden habe, da der RFID-Leser ein Bestandteil der "bargeldlosen Zahleinheit" gemäss den BÖV-Anforderungen sei. Es handle sich um einen branchenüblichen Standard. Der ZVV habe ein erstes Projekt durchgeführt, bei dem ein kontaktloser Kartenleser normkonform eingesetzt werde. Die Zuschlagsempfängerin habe in ihrem dritten Abgebot die geforderte Platzierung des kontaktlosen Kartenlesers nicht berücksichtigt und diesen links neben dem PIN-PAD und dem Steckkartenleser platziert. Ausschliesslich die Zuschlagsempfängerin sei mit dem Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienelemente Zahlterminal" vom 17. März 2012 darauf hingewiesen worden, dass sich der kontaktlose Kartenleser zwingend zwischen PIN-Pad und Steckkartenleser zu befinden habe. Erst die entsprechende Anpassung erfülle sämtliche zwingende Anforderungskriterien, was eine materielle Änderung des Angebots darstelle (Beschwerde, Rz. 68 und 89 ff.; Beschwerdeergänzung I, Rz. 95 ff.).

**5.6.2** Die Vergabestelle entgegnet, dass lediglich die Höhe der Bedienelemente vorgeschrieben sei. Dagegen würden zur Positionierung des kontaktlosen Kartenlesers sowohl gesetzliche Vorgaben als auch Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen fehlen. Es bestünden weder Normen noch

Standards. Ein noch nicht abgeschlossenes Projekt des ZVV mache noch keinen Standard. Abgesehen davon sei der RFID-Leser im für den Zuschlag entscheidenden 3. Abgebot auf der rechten Seite zwischen Bildschirm und dem Karteneinzug platziert (Beschwerdeantwort, Rz. 16 ff.).

**5.6.3** Die Beschwerdeführerin repliziert, dass die Vergabestelle Einschränkungen bezüglich der "Usability" in Kauf genommen habe. Um die Höhenanforderungen einzuhalten, sei der RFID-Leser horizontal angeordnet worden. Die Taste "0" sei für Rollstuhlfahrer nicht ersichtlich. Es sei der Beschwerdeführerin kein Billettautomat bekannt, in dem der RFID-Leser flach eingebaut worden sei (Replik, Rz. 50 ff.).

**5.6.4** Duplicando widerspricht die Vergabestelle den beschwerdeführerischen Ausführungen dahingehend, dass die unterste Tastenreihe durch die Hand des Benutzers (in der beschwerdeführerischen Abbildung) verdeckt werde, nicht aber durch den RFID-Leser. Die unterste Tastenreihe des Zahlkartenterminals sei von der Höhe und Entfernung einer Person im Rollstuhl ohne weiteres sicht- und bedienbar. Die BÖV hätten bei der Überprüfung kein Hindernis bei der Position des RFID-Lesers festgestellt. Es bestünden keine Normen oder Standards, wo der RFID-Leser anzuordnen wäre (Duplik, Rz. 37 f.).

**5.6.5** Zur Frage 1.2 antwortet der Experte, dass das RFID-Lesegerät entsprechend dem 3. Abgebot links neben der PIN-Einheit und Kartenschlitz, aber auf der rechten Seite des Automaten angeordnet sei. Gemäss Ziffer 2.3 der Anforderungen der BÖV (Beilage 8-1-3) mit der Anordnung der bargeldlosen Zahleinheit auf der rechten Seite entsprechend dem Standard ZVV und TNW, gehe – ergänzend zur Anforderung die bargeldlose Zahleinheit auf der rechten Seite anzuordnen – hervor, dass der Kartenschlitz unter der PIN-Einheit anzuordnen sei. Zur geometrischen Anordnung von RFID-Lesern oder Geräten mit vergleichbaren Eigenschaften würden in den Anforderungen der BÖV keine Aussagen getroffen, insofern sei der RFID-Leser als Bestandteil der bargeldlosen Zahleinheit auf der rechten Seite des Automaten anzuordnen. Dies sei aus Sicht des Experten durch die im 3. Abgebot gewählte Anordnung des RFID-Lesers erfüllt.

Der Experte weist darauf hin, dass durch die gewählte Anordnung des RFID-Lesers auch die Anforderungen des Standards für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570, wo ein geometrischer Bereich für die Bezahlseinheit vorgegeben ist, erfüllt seien. Der Experte merkt

hierbei an, dass die Anforderungen des BöV in Form einer Tabelle zumindest teilweise eher den Charakter einer Stoffsammlung mit Anforderungen aufweise und sich insofern ein gewisser Spielraum bei der Interpretation dieser Anforderungen durch die jeweiligen Anwender ergebe, der von Fall zu Fall einer Klärung zwischen den Beteiligten bedürfe.

Die Anforderung der aVAböV des UVEK (Beilage 8-1-5 zum Pflichtenheft) mit einer Höhe der Bedienelemente von maximal 130 cm sei erfüllt und ohnehin weniger strikt als die Anforderung der TSI PRM. Insofern habe die Anordnung des RFID-Lesers keinen Einfluss auf die Anforderungen des UVEK. Weitere konkrete Anforderungen seien in der aVAböV nicht enthalten.

Die Anforderungen "Standard für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570 Version 0.1 vom 23.02.2006" (Beilage 8-1-4) seien in Bezug auf die Auffindbarkeit der Elemente, wie in V570, Abschnitt 3 dargestellt, erfüllt. Die Einrichtungen zum Bezahlen seien bei Automaten entsprechend dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" in dem Bereich angeordnet, der in der Zeichnung entsprechend Abschnitt 3 der Norm V570 als "3" bezeichnet sei. Dies gelte auch für den RFID-Leser, der zwar neben der PIN-Einheit und dem Kartenschlitz angeordnet ist, aber sich im Bereich "3" befinde. Der Bereich "3" beinhalte entsprechend der Abbildung erkennbar die Einrichtungen zum Bezahlen, eine konkrete Beschreibung der Bereiche liege jedoch nicht vor.

**5.6.6** Tabellarisch zusammengefasst sind nach Ansicht des Experten bezüglich Frage 1.2 alle nachfolgend aufgeführten Anforderungen erfüllt:

Technische Spezifikation	Erfüllt	Nicht erfüllt
BöV	X	
V570: geometrischer Bereich für die Bezahlereinheit	X	
aVAböV	X	
V570: Auffindbarkeit	X	

**5.6.7** Die Vergabestelle sieht sich in den gutachterlichen Ausführungen zur Frage 1.2 bestätigt (Stellungnahme vom 8. September 2017), während die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 13. Juni 2018 vorbringt, dass die variable Höhe des Betonfundaments nicht berücksichtigt worden sei.



### 5.7 Zwischenfazit zur Frage 1.2 des Gutachtens

Zurecht weist die Vergabestelle wiederholt daraufhin, dass sich aus den Ausschreibungsunterlagen keine Normen ergeben, wo der RFID-Leser exakt zu positionieren sei (Beschwerdeantwort, Rz. 14 ff.; Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 64 ff.; Duplik, Rz. 38). Die Muss-Kriterien H1140 und H1141 zum RFID äussern sich nicht zur Positionierung, während das Muss-Kriterium H1007 i.V.m. Ziffer 2.3 der Anforderungen BöV (Beilage 8-1-3 zum Pflichtenheft) vorliegend einen "Standard ZVV" erwähnt und diesbezüglich (ungefähre) Vorgaben "zur bargeldlosen Zahleinheit" macht ("auf der rechten Seite"; vgl. E. 4.7.5 hiervoor). Aus Ziffer 8.6 von Beilage 8-1-3 (vgl. E. 4.7.6 hiervoor) geht hervor, dass sich die Vergabestelle sehr wohl dieses Pilotprojekts bewusst war, was gerade darauf hindeutet, dass (noch) kein diesbezüglicher, von der BöV gewünschter Standard zur Positionierung des RFID-Lesers existiert und damit zwingend vorgegeben werden sollte. Soweit ein darüber hinausgehender nationaler Standard geltend gemacht wird, kann im Übrigen auf den Zwischenentscheid des BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.5 Absatz 2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten" verwiesen werden, worin prima facie dargelegt worden ist, dass lediglich der von der Beschwerdeführerin erwähnte Anwendungsfall bekannt ist. Somit ist im Sinne des in E. 4.5.2 zur Abgrenzung der Aufgaben von Gericht einerseits und Gutachter andererseits Gesagten festzustellen, dass es keinen nationalen Standard im von der Beschwerdeführerin behaupteten Sinne gibt und die Ziffer 2.3 der Beilage 8-1-3 dem Gesamtzusammenhang, aus welchem sie zu interpretieren ist, entsprechend der auch in Bezug auf die BöV-Vorgaben gemäss Ziff. 1.5 seitens der Vergabestelle (ursprünglich) beobachteten Zurückhaltung (vgl. E. 4.8.3 hiervoor) nicht als die Anforderungen im Detail verschärfend verstanden werden darf. Aus der Vermassung des Billettautomaten (vgl. Beilage 19 zur Stellung der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012) ergibt sich, dass die Anforderungen BöV gemäss Ziffer 2.3 von Beilage 8-1-3 mit Anordnung auf der rechten Seite eingehalten sind. Zur variablen Höhe kann vollumfänglich auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (vgl. E. 5.5.7 hiervoor). Die diesbezüglichen Ausführungen des Experten erweisen sich als nachvollziehbar und schlüssig. Die Erfüllung der Norm V570 wurde für die hier relevanten technischen Spezifikationen bzw. "Muss-Kriterien" nicht verlangt. Somit erübrigt es sich, auf die entsprechenden Bemerkungen des Experten einzugehen. Im Übrigen wären nach Ansicht des Experten ohnehin alle geprüften Anforderungen erfüllt, weshalb sich auch im Ergebnis nichts ändern würde.

Es wären auch keine triftigen Gründe ersichtlich, um von den gutachterlichen Feststellungen abzuweichen.

### **5.8 Zur Frage 2 des Gutachtens**

Der Experte beantwortete zur Einhaltung der Mindestanforderungen gemäss dem seitens der Zuschlagsempfängerin nach dem (Gegenstand der Frage 1 bildenden) 3. Abgebot am 20. April 2012 separat vorgelegten Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" folgende Fragen:

#### Frage 2.

Frage 2.1: Erfüllt aus fachlicher Sicht das Angebot gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" der Zuschlagsempfängerin die technischen Anforderungen an die Bedienhöhe (zwischen 70 und 120 cm)? Wenn nicht, welche Anforderungen hat die Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt?

Frage 2.2: Wirkt sich die Einhaltung der Bedienhöhe auf die Anordnung und Gestaltung der Elemente, namentlich des RFID-Lesegeräts, so aus, dass andere Vorgaben die behindertengerechte Ausgestaltung des Billettautomats nicht eingehalten werden?

### **5.9 Zur Frage 2.1 des Gutachtens**

**5.9.1** Die Frage 2.1 beantwortet der Experte dahingehend, dass die Unterkante der Ausgabeschale entsprechend den Antworten zur Frage 1.2 auf einer Höhe von mindestens 700 mm bei Anordnung des Normalsockels mit einer Höhe von 400 mm liege. Bei zusätzlicher Anordnung des Betonfundamentes mit einer Höhe von 20 mm liege die Unterkante der Ausgabeschale gemäss Tabelle auf einer Höhe von 720 mm. Bei den auf Seite 8 der Unterlage "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" vorhandenen Abbildungen werde als "niedrigstes Bedienelement" ebenfalls die Ausgabeschale mit einer Unterkante von 700 mm bzw. 720 mm dargestellt. Es handle sich bei diesen Zeichnungen um Skizzen der Automaten Vorderansichten, die nicht den Detaillierungsgrad einer Werkzeichnung aufweisen würden. Insofern könne nicht auf den ersten Blick erkannt werden, ob die vermasste Unterkante des niedrigsten Bedienelementes oder lediglich die Unterkante der Öffnung in der Gehäuseabdeckung den tatsächlich tiefsten Punkt Unterkante in der Mulde der Ausgabeschale darstellt. Eine Schnittdarstellung sei an dieser Stelle durch die Zuschlagsempfängerin bei der Beantwortung der Fragen

nicht mit abgegeben worden. Da die unter Bezeichnung "niedrigstes Bedienelement" dargestellte Hilfslinie zur Unterkante der Gehäuseöffnung führe, sei jedoch davon auszugehen, dass hier auch die Unterkante der Gehäuseöffnung gemeint sei. Dies stehe jedoch im Widerspruch zu den Angaben der Tabelle "Unterkante Ausgabeschale" und auch zur auf der Seite 7 dargestellten Zeichnung "Abgebot TSI PRM", die jedoch ebenfalls keine Schnittdarstellung enthalte. In dieser Zeichnung sei jedoch zu erkennen, dass die Höhe 700 mm der Unterkante der Gehäuseöffnung zugeordnet ist. Die Tiefe der Mulde in der Ausgabeschale bzw. das generelle Vorhandensein einer Mulde in der Ausgabeschale sei jedoch nicht dargestellt bzw. erkennbar. Insofern würden die Anforderungen der TSI-PRM 2008, Abschnitt 4.1.2.9.2. erfüllt, wenn ausschliesslich der Text der TSI selbst zu Grunde gelegt werde und die Interpretation des Regelungstextes dieser Spezifikation so ausgelegt werde, dass mit der Höhe eines "Bedienelementes" die Höhe des jeweiligen Elementes in der Gehäuseabdeckung anzusetzen sei.

**5.9.2** Tabellarisch zusammengefasst sind nach Ansicht des Experten folgende Anforderungen bezüglich Frage 2.1 erfüllt bzw. nicht erfüllt:

Technische Spezifikation	Erfüllt	Nicht oder nur teilweise erfüllt
TSI-PRM 2008, Abschnitt 4.1.2.9.2.	X	
TSI-PRM 2008, Abschnitt 4.1.2.9.2. TSI-PRM i.V.m. RFU PRM-063		X

### **5.10** Zwischenfazit zur Frage 2.1 des Gutachtens

Wie oben ausführlich dargestellt (vgl. E. 4.12 hiervor), ist für die Konformitätsbeurteilung zwar wohl die TSI-PRM 2008 (Abschnitt 4.1.2.9.2.), nicht aber die RFU PRM-063 einschlägig, weshalb die dazu gemachten gutachterlichen Ausführungen zwar fachlich nicht in Frage zu stellen, aber mangels entsprechender auftraggeberseitiger Vorgabe nicht fallentscheidend. Dem Experten folgend kann demnach gesagt werden, dass die Darstellung der Billettautomaten gemäss dem Dokument "Präzisierungen und

Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern; 3. Verhandlungsrunde" eindeutig ergibt, dass die Anforderungen bezüglich Höhe der Bedienelemente (zwischen 70 und 120 cm) eingehalten sind. Es sind keine Gründe ersichtlich, um diesbezüglich von den gutachterlichen Feststellungen abzuweichen.

#### **5.11 Zur Frage 2.2 des Gutachtens**

**5.11.1** Die Frage 2.2 beantwortet der Experte dahingehend, dass die Vorgabe nach den Anforderungen an behindertengerechte Billettautomaten der BÖV (Beilage 8-1-3) in Bezug auf die Anordnung der Einrichtungen zum Bezahlen im Bereich der rechten Seite der Automaten eingehalten seien. Das RFID-Lesegerät sei entsprechend dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" zwischen PIN-Einheit und Kartenschlitz auf der rechten Seite des Automaten angeordnet. Insofern sei auch die Anforderung gemäss Ziffer 2.3 der Anforderungen der BÖV mit der Anordnung der bargeldlosen Zahleinheit auf der rechten Seite entsprechend dem Standard ZVV und TNW eingehalten.

**5.11.2** Die Anforderungen der BÖV hinsichtlich der Bedienhöhen würden betreffend Ziffer 1.5 nicht vollständig erfüllt, da die Bedienhöhen "wo immer möglich" nicht höher als 110 cm über dem Boden platziert werden sollen. Dies gelte insbesondere für den Entwerfer und bargeldlose Zahlungsmöglichkeiten. Da die PIN-Einheit hier mit einer Höhe von max. 120 cm (OK Tasten) angeordnet werden sollte, sei diese Vorgabe nicht vollständig eingehalten, da zunächst einmal davon ausgegangen werden müsse, dass grundsätzlich die Möglichkeit der Anordnung in 110 cm Höhe bestehe. Ein expliziter Nachweis, dass keine Möglichkeit bestehe, die Höhe der OK Tasten auf maximal 110 cm zu legen, liege nicht vor. Gleichwohl könne aufgrund der Geometrie der zur Verfügung stehenden Elemente PIN-Einheit, Kartenleser und Banknotenrecycler gefolgert werden, dass es nicht möglich sei, die Oberkante der Tasten der PIN-Einheit auf maximal 110 cm Höhe und gleichzeitig den Ausgabeschlitz des Banknotenrecyclers auf eine Höhe von mindestens 70 cm zu legen. Durch ein Weglassen des RFID-Lesers würde sich daran allerdings nichts ändern, da dieser eine Höhe von 2,5 cm aufweise und somit eine Höhe von 110 cm immer noch nicht erreicht werden könne.

**5.11.3** Die Anforderung der aVAböV des UVEK (Beilage 8-1-5) mit einer Höhe der Bedienelemente von maximal 130 cm sei erfüllt und ohnehin weniger strikt als die Anforderung der TSI-PRM 2008. Insofern habe die Anordnung des RFID-Lesers keinen Einfluss auf die Anforderungen des UVEK.

**5.11.4** Die Anforderungen "Standard für behindertengerechte Gestaltung von Ticketautomaten V570 Version 0.1 vom 23.02.2006" (Beilage 8-1-4) seien in Bezug auf die Auffindbarkeit der Elemente, wie in V570, Abschnitt 3, dargestellt, erfüllt. Die Einrichtungen zum Bezahlen seien bei Automaten entsprechend dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" in dem Bereich angeordnet, der in der Zeichnung entsprechend Abschnitt 3 der Norm V570 als "3" bezeichnet sei.

**5.11.5** Die Anforderungen der Norm V570 seien weiterhin in Bezug auf die Höhe der Ausgabeschale (gefordert mindestens 80 cm) und die Höhe der Tastatur des Kartenterminals (gefordert mindestens 110 cm) nicht erfüllt.

**5.11.6** Die Anforderungen an die Höhe des Karteneinfuhrschlitzes gemäss V570 (vorhanden 105,5 cm, gefordert mindestens 80 cm, maximal 110 cm) seien auch bei dieser Anordnung der Elemente erfüllt. Insofern ergebe sich hier keine Änderung zur Erfüllung der Anforderungen aus dem 3. Abgebot.

**5.11.7** Tabellarisch zusammengefasst sind nach Ansicht des Experten folgende Anforderungen bezüglich Frage 2.2 erfüllt bzw. nicht oder nur teilweise erfüllt:

Technische Spezifikation	Erfüllt	Nicht oder nur teilweise erfüllt
Ziffer 2.3 der Anforderungen BöV gemäss Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts und entsprechend Standard ZVV und TNW: Anordnung der bargeldlosen Zahlungseinheit auf der rechten Seite.	X	
Ziffer 1.5 der Anforderungen BöV gemäss Beilage 8-1-3 des Pflichtenhefts: Bedienhöhe maximal 110 cm bzw. PIN-Einheit 120 cm.		X

Technische Spezifikation	Erfüllt	Nicht oder nur teilweise erfüllt
aVAböV: Höhe der Bedienelemente auf maximal 130 cm	X	
V570: Auffindbarkeit, Abschnitt 3.	X	
V570 Höhe Ausgabeschale min. 80 cm und Tastatur 110 cm gefordert		X
V570 Höhe des Karteneinfuhrschlitzes	X	

### 5.12 Zwischenfazit zur Frage 2.2 des Gutachtens

Wie bereits festgehalten (vgl. E. 4.8.3 und E. 4.11 hiervor) wurden die Höhenanforderungen an die Bedienelemente durch Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 ersetzt. Das Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 stellt in Bezug auf das Zahlterminal zudem unmissverständlich klar, dass die Anbieter "einen Banknotenrecyclertyp [zu wählen haben], mit welche[m] die Bedienhöhe des Zahlterminals (obere Kante der Taste "1") auf maximal 120 cm zu liegen kommt".

Die Norm V570 wurde für die hier relevanten technischen Spezifikationen bzw. "Muss-Kriterien" bezüglich Höhe und Anordnung der Bedienelemente nicht verlangt (vgl. E. 4.10 hiervor), weshalb sich Ausführungen dazu erübrigen. Dasselbe gilt für die Ziff. 1.5 der Anforderungen BöV gemäss Beilage 8-1-3 zum Pflichtenheft (vgl. E. 4.9 hiervor). Der hier einschlägige Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 sowie die Anforderungen gemäss dem Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 an die Bedienhöhe wurden eingehalten. Nach dem zuvor Gesagten ist für die Anordnung der Bedienelemente einzig die Anforderung des BöV, Ziffer 2.3, einschlägig (vgl. E. 5.7 hiervor), welche eine Anordnung der bargeldlosen Zahlungseinheit auf der rechten Seite vorschreibt. Etwas anderes ergibt sich auch aus den den Anbietern abgegebenen Merkblättern nicht. Der Experte führt aus, das RFID-Lesegerät sei entsprechend dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" zwischen PIN-Einheit und Kartenschlitz auf der rechten Seite des Automaten angeordnet. Die korrekte Anordnung des RFID-Lesegeräts ergibt sich aus

der Darstellung der Zuschlagsempfängerin, womit es keine triftigen Gründe gibt, um von den Feststellungen des Experten abzuweichen.

### **5.13 Fazit zu den Fragen 1 und 2 des Gutachtens**

Nach dem zuvor Gesagten entsprechen die Darstellungen des Automaten der Zuschlagsempfängerin sowohl gemäss dem 3. Abgebot als auch gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" den einschlägigen Anforderungen an die Bedienhöhe und an die Anordnung der Bedienelemente. Soweit, wie die Beschwerdeführerin ausführt (Stellungnahme zum Gutachten vom 15. November 2017, Rz. 8), gemäss der in diesem Dokument der Zuschlagsempfängerin enthaltenen Zeichnung der unterste Punkt der Mulde der Ausgabeschale (im Unterschied zur Unterkante der Öffnung in der Gehäuseabdeckung) die Mindesthöhe von 700 mm unterschreitet, schadet das der Zuschlagsempfängerin bzw. der Vergabestelle nicht, da die RFU-PRM 063 – wie oben dargelegt (vgl. E. 4.12 hiervor) – nicht Teil der Ausschreibungsbedingungen geworden ist.

### **6. Zur Frage 3 des Gutachtens: Umsetzbarkeit der Automaten-Konstruktion**

**6.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass der Lösungsvorschlag der Zuschlagsempfängerin nicht umsetzbar sei. Bei einer Standardsockelhöhe von 450 mm könnten die Anforderungskriterien betreffend Höhe und Bedienbarkeit sowie betreffend Einbruchsicherheit nicht mehr erfüllt werden. Bei der Standardsockelhöhe von 450 mm handle es sich um einen branchenüblichen Standard. Bei der Einbruchsicherheit gemäss den Kriterien H1183 und H1188 handle es sich zwar um Kann-Kriterien, welche aber grosse Kostenfolgen nach sich ziehen könnten. Die Berechnungen der Beschwerdeführerin würden zeigen, dass die Anforderungen an die Einbruchsicherheit mit der Lösung der Zuschlagsempfängerin nicht erfüllt werden. Der Beschwerdeführerin sei zudem bekannt, dass die in den Billettautomaten BATS und S-POS verbauten Banknotenrecycler nachträglich mit einem Schutzelement ausgerüstet werden mussten. Mit ihrem 3. Abgebot überschreite die Zuschlagsempfängerin zwar die Höhe nicht, aber die Vermassung führe dazu, dass das unterste Bedienelement auf 686 mm und damit unter 700 mm befinden würde (Beschwerde, Rz. 86 ff.; Beschwerdeergänzung I, Rz. 89 ff.). Bei einer Sockelhöhe von 400 mm könne das Material zudem einfacher verbogen werden, was ein Sicherheitsrisiko darstelle. Damit die gewünschten Sicherheitsaspekte erfüllt

sind, sei es notwendig, Mundstücke einzubauen, was bei der Verwendung des Banknotenrecyclers CashCode und einer Sockelhöhe von 400 mm nicht möglich sei (Beschwerdeergänzung I, Rz. 115 ff.).

**6.2** Die Vergabestelle verteidigt sich mit dem Hinweis, dass es entgegen den beschwerdeführerischen Vorbringen keine "Standardsockelhöhe" von 450 mm gebe (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 20). Mit dem Merkblatt zum 2. Abgebot vom 21. März 2012 (Beilage 9 der Vergabestelle) seien neu zwei unterschiedliche Sockelhöhen vorgesehen worden, damit die Anbieter keine Nachteile durch die strengere TSI-PRM 2008 zu vergegenwärtigen hätten (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 48). Zur Einbruchsicherheit führt die Vergabestelle aus, dass nur saubere Lösungen akzeptieren würden, weshalb das Argument von verbogenem Material nicht nachvollzogen werden könne (Beschwerdeantwort, Rz. 22). Die Anforderungen H1188 und H1183 seien keine Muss-Kriterien. Die Anforderung H1183 sei von allen Anbietern erfüllt worden (Widerstandsklasse 4). Die Beschwerdeführerin substantiiere nicht, inwiefern die Anforderungen H1183 und H1188 nicht erfüllt seien. Zudem lege sie ihre Berechnungen nicht offen, welche belegen sollen, dass diese Anforderungen nicht eingehalten sind. Wenn das Mundstück in einem Einbruchversuch gewaltsam entfernt werde, komme der Einbrecher nicht weiter, sondern stehe vor verschlossener Tür. Der Vergleich mit den Automaten BATS und S-POS sei nicht stichhaltig, da beim Notenprüfer, welcher in diesen Automaten verbaut sei, die Türöffnung für das Mundstück viel grösser als beim neuen Automaten sei. Ein besonderes zusätzliches Schutzelement für das Mundstück sei nicht gefordert worden. Widerstandsklasse 5 sei als Option (Anforderung H1196) ausgeschrieben worden. Aufgrund der Kosten habe man jedoch davon abgesehen, diese Option auszuüben (Beschwerdeantwort, Rz. 22 ff.).

**6.3** Die Beschwerdeführerin repliziert, die neuen Billettautomaten würden zeigen, dass die Anforderungen an die gewünschte "Usability" gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht erreicht seien. Der um 100 mm erhöhte Sockel führe dazu, dass nicht mehr alle bedienbaren Elemente in einer Höhe zwischen 700 mm und 1200 mm angeordnet seien. Damit werde die Vorgabe nach TSI-PRM 2008 nicht eingehalten (Replik, Rz. 42 ff.).

**6.4** Die Vergabestelle erwidert, dass die Billettautomaten mit erhöhtem Sockel (500 mm) für die Prüfung der TSI-PRM 2008 nicht relevant seien. Nach Absprache mit der BÖV und einer Expertin für sehbehindertengerechtes Bauen habe die Vergabestelle beschlossen, an den grossen Bahnhöfen



Billettautomaten mit erhöhtem Sockel zu installieren. Die erhöhten Billettautomaten seien für sehbehinderte Personen und Kunden mit einer Körpergrösse von über 170 cm eine Erleichterung, wobei die mit der Norm TSI-PRM 2008 konformen Billettautomaten gegenüber den Automaten mit erhöhtem Sockel Vorrang hätten. Mit dieser Anpassung würde dem Grundsatz des BehiG Rechnung getragen, wonach es Menschen mit Behinderungen erleichtert werden solle, am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen (Duplik, Rz. 28 ff.).

**6.5** Bereits mit Zwischenentscheid B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten" ist prima facie festgehalten worden, dass sich die Beschwerdeführerin irrt, wenn sie von einer Standardsockelhöhe von 450 mm ausgeht. Vielmehr ist im Merkblatt vom 21. März 2012 zum Abgebot 2 lediglich die Mindesthöhe des reduzierten Sockels auf 32 cm festgelegt worden. Die Höhe des Normalsockels ist jedoch nicht definiert worden. Zwar erwähnt einerseits das im Rahmen der Präzisierungen nach dem 3. Abgebot an die Zuschlagsempfängerin gerichtete Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal" vom 17. März 2012 (recte: 17. April 2012) einen "Standardsockel" (vgl. Beilage 22 der Vergabestelle). Dieses ist explizit mit der Frage versehen: "Wie hoch ist der Standardsockel?". Dagegen wird für die Einhaltung der Bedienhöhe keine "Standardsockelhöhe" von 450 mm verlangt. Damit hilft es der Beschwerdeführerin insoweit auch nicht, wenn sie mit ihrer Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017 (Rz. 21) moniert, dass die Zuschlagsempfängerin die Höhe des Normalsockels im Rahmen der genannten Präzisierungen gegenüber dem 3. Abgebot von 420 mm auf 400 mm reduziert hat.

**6.6** In Bezug auf die Sockelhöhen ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin zurecht nicht bestreitet, dass es sich bei den Kriterien H1183 und H1188 betreffend die Einbruchssicherheit nur um Kann-Kriterien handelt (K1 bzw. K2-Kriterien). Inwiefern diese Kriterien nicht erfüllt wären oder grosse Kostenfolgen durch diese beiden Kann-Kriterien zu vergegenwärtigen wären, wird nicht substantiiert begründet, weshalb es sich erübrigt darauf einzugehen. Demzufolge bleibt zu prüfen, inwiefern unterschiedliche Sockelhöhen einen Einfluss auf die Erfüllung der Mindestanforderungen haben.

**6.7** Der Experte wurde ersucht, sich zu äussern, inwiefern sich die Sockelhöhen auf das Ergebnis von Fragen 1 und 2 auswirken:

Frage 3.

Würde sich am Ergebnis gemäss den Fragen 1 und 2 hiervor etwas ändern, wenn man statt von einer Mindestsockelhöhe von 320 mm von einer Sockelhöhe von 400 mm, 420 mm, 450 mm oder 500 mm ausgehen würde?

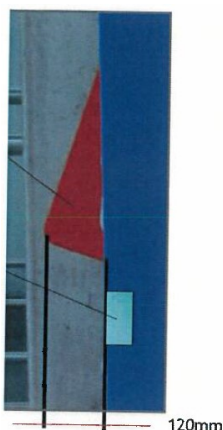
**6.7.1** Zur Frage 3 führt der Experte aus, dass bei den Sockelhöhen von 320 mm (bei vorhandenem Betonsockel), 400 mm und 420 mm die Anforderungen, wie unter der Beantwortung der Fragen 1 und 2 beschrieben, eingehalten werden. Dagegen würden bei den Sockelhöhen von 450 mm und 500 mm die Anforderungen an eine maximale Höhe der Bedienelemente von 1200 mm nicht mehr eingehalten. Die Antwort zu Frage 2 würde sich aufgrund der Änderung der Sockelhöhen nicht ändern, da hierauf die Anordnung des RFID-Lesers keinen Einfluss habe.

**6.7.2** Der Experte reicht ausserdem die Messungen der in Augenschein genommenen Automaten ein, woraus hervorgeht, dass vier Automaten, welche auf Sockeln von 40 cm Höhe montiert sind, die Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente erfüllen. Der Münzeinwurf wurde dabei mit höchstens 118 cm gemessen. Dagegen würden die Billettautomaten mit einer Sockelhöhe von 50 cm (drei gemessene Automaten) die Höhenanforderungen nicht erfüllen, da die Tastatur der PIN-Einheit als das am höchsten angeordnete Element eine gemessene Höhe von 172,8 cm aufweist.

**6.7.3** Somit bestätigt der Experte, dass eine Konstruktion des Automaten auch mit dem CashCode-Banknotenrecycler möglich ist. Die Anforderungen würden eine Erstellung des Billettautomaten bei einer Sockelhöhe von 320 mm, 400 mm sowie 420 mm gewährleisten. Dagegen würde eine Sockelhöhe von 450 mm bzw. 500 mm gegen eine maximale Höhe von 1200 mm verstossen. Das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin beinhaltet vorliegend einen Normalsockel mit einer Höhe von 420 mm bzw. einen reduzierten Sockel von 320 mm, während in den Angaben gemäss dem Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" eine Höhe des Normalsockels von 400 mm bzw. 420 mm mit Betonfundament vorgesehen ist. Die im Angebot der Zuschlagsempfängerin genannten Höhen der Sockel sind nach den gerichtlichen Feststellungen (vgl. E. 6.5 hiervor) ausschreibungskonform. Mit diesen Sockelmassen können die Anforderungen an die Höhe der Bedienelemente zwischen 700 mm und 1200 mm gemäss den Ausführungen

des Experten erfüllt werden. Es sind keine triftigen Gründe ersichtlich, um von den gutachterlichen Feststellungen abzuweichen.

**6.7.4** Mit Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017 nimmt die Beschwerdeführerin dahingehend Stellung, dass – soweit die Vergabestelle sich auf die TSI-PRM 2014 beziehe, um die verschiedenen Sockelhöhen zu rechtfertigen – auch die RFU-PRM 063 Anwendung finden müsse (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 26 f.). Diesbezüglich kann auf die gerichtlichen Feststellungen gemäss E. 4.12 hiavor verwiesen werden. Weiter beanstandet die Beschwerdeführerin die "Nase" des Touchscreens. Bei einer seitlichen Betrachtung könne festgestellt werden, dass der Touch-Screen 120 mm hervorrage. Weil der Touch-Screen unter der Ausgabeschale liege, sei die Sicht auf die Ausgabeschale verdeckt. Personen, die wesentlich kleiner als 170 cm seien, könnten die Ausgabeschale nicht sehen (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 32 ff.).



Seitliche Darstellung der "Nase" gemäss Abbildung 4 der Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017.

**6.7.5** Mit Duplik zum Beweisergebnis vom 13. Dezember 2017 hält die Vergabestelle den Vorbringen der Beschwerdeführerin entgegen, dass ein Touchscreen mit einer Neigung eingebaut wurde, da es ansonsten zu Verrenkungen von normalwüchsigen Personen komme. Die Neigung sei zudem vorgegeben gewesen gemäss Anforderung H1083, woraus hervorgehe, dass der Bildschirm über die Vorderkante herausragen dürfe. Das sei auch im Angebot der Beschwerdeführerin so vorgesehen. Die Beschwerdeführerin habe zudem die identische Anordnung der Ausgabeschale gewählt, die auch bei ihr direkt unter dem vorragenden Bildschirm platziert sei. Der Zuschlag sei basierend auf einem Gerät erteilt worden,

das die technischen Spezifikationen einhalte (Duplik zum Beweisergebnis vom 13. Dezember 2017, S. 8 f.).

**6.7.6** Wie die Vergabestelle zu Recht vorträgt hat auch die Beschwerdeführerin den Automaten derart offeriert, dass der Bildschirm über die Vorderkante herausragt (vgl. Beilage 03.03 der Vergabeakten), was bereits darauf hindeutet, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass auf diese Weise offeriert werden dürfe. Darüber hinaus ist die Anforderung H1083 diesbezüglich klar (vgl. E. 4.7.3 hiervor). Die "Nase" des Touchscreens darf nach den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen hervorragen. Damit erweist sich die diesbezügliche Rüge insoweit als haltlos. Es ist als nächstes auf die auf erhöhten Sockeln stehenden Billettautomaten einzugehen.

#### **6.8 Konformität der an Schweizer Bahnhöfen aufgestellten Billettautomaten**

**6.8.1** Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass an verschiedenen wichtigen Bahnhöfen Geräte der Zuschlagsempfängerin mit erhöhtem Sockel (500 mm) aufgestellt sind. Der Grund für den erhöhten Sockel scheine in der fehlerhaften Konstruktionsweise der Billettautomaten zu liegen. Dabei bezieht sich die Beschwerdeführerin insbesondere auf die soeben dargestellte Nase (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 33). Sie führt aber weiter aus, dass durch die Sockelhöhe von 500 mm die vorgegebenen Bedienhöhen zwischen 700 mm und 1200 mm nicht mehr eingehalten werden können (Replik vom 24. März 2014, Rz. 47). Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass diese Automaten die Anforderungen an die "Usability" nicht erfüllen bzw. im Vergleich zu sonst in Europa aufgestellten Automaten entsprechende Abstriche zu machen sind (Replik vom 24. März 2014, Rz. 48 und Rz. 84). Insoweit sei die Aussage, der Vergabestelle, wonach sich die Billettautomaten der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Benutzerfreundlichkeit bewährt hätten, nicht nachvollziehbar (Replik zum Beweisergebnis vom 15. November 2017, Rz. 41).

**6.8.2** Die Vergabestelle sieht sich mit Vernehmlassung vom 8. September 2017 in ihrem Standpunkt bestätigt, wonach mit dem 3. Abgebot bei Sockelhöhen von 320 mm bis 420 mm die TSI-PRM 2008 eingehalten werden. Die Durchmischung der Gerätepopulation durch Geräte mit erhöhtem Sockel (500 m) würde dafür sorgen, dass die Bedienelemente erwartungsgemäss 100 mm höher liegen. Diese Geräte seien an Orten aufgestellt, an

denen bereits Geräte mit "Standardsockel" von 400 mm stehen würden (vgl. zum Begriff "Standardsockelhöhe": Beilage 22 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012 bzw. E. 6.5 hiervor). Sie würden grossgewachsenen Menschen die Bedienung ohne Verrenkungen erlauben. Diese Durchmischung der Apparate-Population entspreche den Vorgaben der aktuellen TSI-PRM 2014, Ziffer 4.2.18 (Vernehmlassung vom 8. September 2017, S. 6 ff.). Die Frage der unterschiedlichen Sockelhöhen habe mit der Ausschreibung nichts zu tun (Duplik zum Beweisergebnis vom 13. Dezember 2017, S. 8 f.).

**6.8.3** Soweit sich die Beschwerdeführerin nun hauptsächlich auf die Billettautomaten mit einer Sockelhöhe von 50 cm beruft, ist zunächst unbestritten, dass sich solche an einigen wichtigen Schweizer Bahnhöfen befinden. Wenn die Vergabestelle nach dem Zuschlag, abweichend von den Ausschreibungsunterlagen, die unbestrittenermassen noch nicht vorgesehen haben, dass mehrere Automaten nebeneinander in unterschiedlicher Höhe aufgestellt werden, zum Schluss kommt, dass es vorteilhaft sei, die Automaten anders aufzustellen als ursprünglich geplant, führt das im Zweifel nicht zur Rechtswidrigkeit des Zuschlags, sondern beschlägt die Phase von Vertragsschluss und Vertragserfüllung (vgl. BGE 134 II 297 E. 2.1 "Hauskehricht Oberengadin"; Zwischenentscheid des BVGer B-6872/2017 vom 16. Mai 2018 E. 2.4.2 mit Hinweisen "Fremdwerbeflächen SBB"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1088 mit Hinweis auf die Zweistufentheorie; HANS RUDOLF TRÜEB, Beschaffungsrecht, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz 25.109). MARTIN BEYELER, weist indessen zutreffend darauf hin, dass das nicht zwingend eine strikte zeitliche Aufspaltung der Anwendungsgebiete des Vergaberechts und des Vertragsrechts bedeutet (MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2409; anders wohl im Sinne einer strikten zeitlichen Trennung THOMAS LOCHER, Wirkungen des Zuschlags auf den Vertrag im Vergaberecht, Bern 2013, S. 96 ff.). Ausserdem sind die im Vergabeverfahren eingereichten Offerten zugleich auch Offerten im obligationenrechtlichen Sinne (vgl. dazu grundlegend PETER GAUCH, Von den Submissionsangeboten, die angeblich keine Vertragsofferten sind – Einige Bemerkungen zu BGE 134 II 297, in: Baurecht 2009, S. 52 ff.). An dieser Stelle ist schliesslich daran zu erinnern, dass es der Vergabestelle nicht gestattet wäre, den Leistungsinhalt – vorbehältlich allfälliger Nebenpunkte – nach Abschluss des Vergabeverfahrens zu ändern (BGE 134 II 297 E. 4.2 "Hauskehricht Oberengadin"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1089 ff.). Dagegen sind geringfü-

gige Änderungen jedenfalls zulässig, sofern sie sich nicht auf den Leistungsinhalt auswirken (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2000.00183 vom 7. Dezember 2000, E. 3.a). Nachdem die ersten Testautomaten der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung standen, beschloss die Vergabestelle offensichtlich, an grösseren Bahnhöfen in Situationen, wo mehrere Billettautomaten nebeneinander aufgestellt wurden, in Bezug auf einen Teil dieser gemeinsam aufgestellten Automaten von den Vorgaben gemäss Ausschreibungsbedingungen abzuweichen. Das ändert indessen nichts an der Tatsache, dass die von der Zuschlagsempfängerin offerierten Billettautomaten den in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Anforderungen entsprechen. Und da die Automaten in diesen wichtigen Bahnhöfen "gemischt" aufgestellt werden, sodass unbestrittenermassen immer auch Automaten dabei sind, welche nicht mit dem erhöhten Sockel ausgestattet sind, spricht dies nicht für die Behebung eines Konstruktionsfehlers, sondern vielmehr dafür, dass die Vergabestelle den Bahnkunden dadurch einen zusätzlichen Komfort bieten wollte, den das ursprüngliche Konzept nicht vorgesehen hatte. Auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin zur "usability" ist in diesem Zusammenhang nicht näher einzugehen, da sie sich, soweit sie diesbezüglich über die bereits erörterten Vorgaben hinausgehende Anforderungen behauptet, nicht auf Anforderungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen bezieht. Zugleich dienen die tatsächlich aufgestellten Billettautomaten im vorliegenden Fall immerhin als Beleg dafür, dass es eben gerade doch – jedenfalls bei der von der Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform offerierten Sockelhöhe – möglich ist, Billettautomaten aufzustellen, die den zwingendenden Anforderungen des vorliegenden Ausschreibungsverfahrens entsprechen. Dementsprechend diente dem Gutachter die Überprüfung vor Ort der Plausibilisierung der Ergebnisse aus der Prüfung der Dokumente (Gutachten, S. 13). Ausserdem sind die diesbezüglichen Behauptungen der Beschwerdeführerin, wonach es nicht möglich sei, solche Billettautomaten in Konformität mit Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008 zu konstruieren, namentlich die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach der kontaktlose Kartenleser mit dem Steckkartenleser kollidieren würde (Beschwerdeergänzung I, Rz. 109), durch die Testgeräte offensichtlich widerlegt (vgl. E. 6.8.4 hiervor).

**6.8.4** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin als auch das Dokument "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde" mit den Anforderungen H1007 (entspricht gemäss Fassung des Merkblatts zum Abgebot 2 vom 21. März 2012 Abschnitt 4.1.2.9.2. der TSI-PRM 2008)

und H1083 des Pflichtenhefts übereinstimmen. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin entspricht damit bereits im 3. Abgebot den technischen Spezifikationen bzw. den Muss-Kriterien und wurde damit zurecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

## 7. Erfüllung der Eignungskriterien

**7.1** Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle sodann vor, dass die Zuschlagsempfängerin zu Unrecht nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei, weil sie keine Referenzen eingereicht habe, obwohl unter dem Eignungskriterium 1 gemäss dem Anhang 2B der Ausschreibungsunterlagen mit Blick auf die "hinreichende Fachkompetenz und Erfahrung in Projektierung und Ausführung in Projekten des öffentlichen Verkehrs sowie von Billettautomaten, in ähnlicher Grösse und mit vergleichbarer Komplexität und Terminvorgaben" mindestens zwei Referenzen nachzuweisen waren (Beschwerdeergänzung II, Rz. 7ff.).

**7.2** Die Vergabestelle verteidigt sich, indem sie auf die Beilage 37 zur Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 verweist, worin die Zuschlagsempfängerin für die Termineinhaltung und Auftragserfüllung in ihrem Angebot drei Referenzprojekte beschrieben habe. Richtig sei, dass die Zuschlagsempfängerin trotz angebrachtem Kreuz keine (zusätzliche) Beschreibung der Referenzprojekte auf maximal zwei A4-Seiten eingereicht habe. In den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich vorgesehen, dass die Referenzprojekte entweder direkt im Angebot durch das Ausfüllen des Formulars oder ergänzend in einem separaten Projektbeschrieb beizulegen seien (Beschwerdeantwort, Rz. 91 ff.).

**7.3** Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist die Befähigung jedes einzelnen Bewerbers zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Das BöB bestimmt, dass die Auftraggeberin die Anbieter und Anbieterinnen auffordern kann, einen Nachweis ihrer finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zu erbringen. Sie stellt dazu Eignungskriterien auf und gibt diese sowie die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BöB; Zwischenentscheid des BVGer B-3527/2020 vom 13. August 2020 E. 5.5.1 "Verkehrslärberechnung").

**7.4** Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren

Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch die Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 "Elektroinstallationen Müllheim" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie" und Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 "Elektroinstallationen Müllheim", je mit Hinweisen). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie").

**7.5** Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 "Elektroinstallationen Müllheim" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.).

**7.6** Zusammenfassend unterscheidet die Praxis bei unvollständigen Offerten drei Kategorien: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1 sowie AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). In diesem Sinne sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug



auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4 "Vermessung Durchmesserlinie"). Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 "Elektroinstallationen Müllheim" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr").

**7.7** Die Ausschreibung führt das Eignungskriterium 1 "Termineinhaltung und Auftragserfüllung" auf. Ziffer 3.8 der Ausschreibung macht Angaben zu den geforderten Nachweisen. Teil 2B der Ausschreibungsunterlagen, Seite 1, wiederholt die Eignungskriterien mit den geforderten Nachweisen. Für das Eignungskriterium "Termineinhaltung und Auftragserfüllung" ist folgendes zu den geforderten Nachweisen in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt:

" - Nachweis von mindestens 2 Referenzen (wann, Kunde, Projektumfang, Beschreibung der beauftragten Leistungen, Rolle des Anbieters innerhalb des Projekts) von erfolgreich durchgeführten Aufträgen mit vergleichbarer Komplexität bezüglich Technik, Dauer und Termineinhaltung in Projekten des öffentlichen Verkehrs und/oder in der Billet-Automatenindustrie. Stellungnahme (der damaligen Auftraggeberin), ob die Leistungen den anerkannten Regeln der Technik / des Fachgebietes entsprachen und ob sie ordnungsgemäss und rechtzeitig erbracht wurden; (Max- 2 x A4 "einseitig" pro Referenzfall)."

Gemäss Anhang 2B zu Teil 2B der Ausschreibungsunterlagen, Seite 3 wird präzisiert: "Die Nachweise sind zwingend im Angebot zu beschreiben oder ergänzend beizulegen."

In Ziffer 3.1.2 der "Beurteilung Anforderungskatalog" (Beilage 04.02.01 der Vergabeakten bzw. Beilage 1 zur Beschwerdeergänzung II) hat die Vergabestelle in Bezug auf das Angebot der Zuschlagsempfängerin festgestellt:

"Die Referenzprojektbeschreibungen fehlen und es wurde nur eine kurze und knappe Bestätigung gemacht. Trotzdem wird dieser Punkt vom Einkauf akzeptiert und die Eignung als knapp erfüllt bewertet."

**7.8** Die Zuschlagsempfängerin reichte Beschriebe zu drei Referenzprojekten ein, welche sie in Teil 5, Griff 3B der Ausschreibungsunterlagen im Angebot selbst beschrieb (vgl. Beilage 37 zur Beschwerdeantwort vom 8. April 2013). Entgegen dem soeben dargestellten Bericht zur Beurteilung des Anforderungskatalogs ist somit eine – wenn auch kurze – Beschreibung von drei Referenzprojekten gemäss Vorgaben (wann, Kunde Projektumfang, Beschreibung der beauftragten Leistungen, Rolle des Anbieters innerhalb des Projekts) vorhanden, was gemäss Seite 3 von Anhang 2B zu Teil 2B der Ausschreibungsunterlagen ausreichend ist. Zwar setzte die Zuschlagsempfängerin zusätzlich ein Kreuz bei den "verlangten Nachweisen" (vgl. Beilage 37 zur Beschwerdeantwort vom 8. April 2013), wonach eine separate Beschreibung des Referenzprojekts beizulegen wäre. Dies reicht ihr vorliegend indes nicht zum Nachteil. Selbst wenn ein Kreuz nur bei separat eingereichten Nachweisen nötig ist, kann die Beschwerdeführerin den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin einzig wegen eines falsch gesetzten Kreuzes auf einem Dokument bei zugleich kurzer, aber aussagekräftiger Beschreibung dreier Referenzprojekte, selbst unter der hier nicht weiter zu prüfenden Annahme, dass die Vergabestelle zu einem solchen Ausschluss befugt wäre, jedenfalls nicht erzwingen.

## **8. Bonusregelung**

**8.1** Als Nächstes ist das beschwerdeführerische Vorbringen zu behandeln, wonach die Zuschlagsempfängerin eine unzulässige Bonusregelung auch für bestehende Verträge angeboten habe. Da sich diese Bonusstufe auf bestehende Verträge mit der Zuschlagsempfängerin auswirke und damit rückwirkend sei, stelle deren Berücksichtigung eine unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebots unzulässige Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin dar (Beschwerdeergänzung II, Rz. 14 ff.).

**8.2** Die Vergabestelle entgegnet, dass sich der angebotene Umsatzbonus einzig auf die vorliegende Beschaffung beziehe. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 30. März 2012 (Beilage 2 zur Beschwerdeergänzung II). In dieser Form hätte der Umsatzbonus mangels verpflichtender Wirkung nicht akzeptiert werden können. Allerdings beziehe sich der Umsatzbonus auf den im 3. Abgebot offerierten Umsatzbonus, welcher einzig und allein die Kosten dieser Beschaffung betreffe. Zudem gelte der von der Beschwerdeführerin offerierte Umsatzbonus ab einem Umsatz, der weit unter dem Vertragswert der streitbetroffenen Be-

schaffung liege. Eine Vermischung mit anderen Verträgen sei somit ausgeschlossen und das Gleichbehandlungsprinzip werde gewahrt (Beschwerdeantwort, Rz. 80 – 83).

**8.3** Ein Umsatzbonus stellt nichts anderes als einen allgemein üblichen Preisnachlass dar. Grundsätzlich ist eine Anbieterin frei, ihre Preise zu kalkulieren. Die Kalkulation liegt nämlich im unternehmerischen Risiko der Anbieterin (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 2382; vgl. ferner Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 11.2.2 "Casermettatunnel"). Dies zeigt sich vorliegend auch dadurch, dass ein Bonus ausdrücklich im Preisblatt eingetragen werden konnte (vgl. Beilagen 10, 26 und 27 der Vergabestelle).

**8.4** Die Zuschlagsempfängerin hat vorliegend verschiedene Arten von Preisnachlässen offeriert. Das Preisblatt der Zuschlagsempfängerin ist mit Kommentaren versehen. Unter dem Hauptangebot steht als Anmerkung im Preisblatt bei Nr. 19: "Jeweils im Januar wird rückwirkend auf das vergangene Jahr der vereinbarte (Verhandlungsrunde 1&2) Umsatzbonus rückvergütet." Diese Anmerkung ist bereits im Preisblatt als Vordruck enthalten (Beilage 10 der Vergabestelle). Unter Ziff. 8 der Lifecycle-Kosten sowie Nebenangebot scheint unter M2\_22 des Preisblatts auf: "Basierend auf aktuell abgest. Bonus" (vgl. Beilage 6 zur Beschwerdeergänzung II). Solche Rabatte sind üblich und ohne weiteres statthaft. Zwar trifft es zu, dass die Zuschlagsempfängerin namentlich im Schreiben vom 30. März 2012 eine Vertragsverhandlung mit höheren Boni für existente Verträge offeriert hat (vgl. Beilage 2 zur Beschwerdeergänzung II bzw. 03.15.02.01, S. 2 f. der Vergabeakten bzw. Beilage 2 zur Beschwerdeergänzung II). Es ergeben sich aus den Akten jedoch keine Anzeichen dafür, dass die Vergabestelle die offerierten Vertragsverhandlungen über einen höheren Bonus bei der Bewertung berücksichtigt hätte. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der am 20. April 2012 vorgelegten Präzisierungen der Zuschlagsempfängerin keine neuen Vergünstigungen in Aussicht gestellt wurden, sondern in Bezug auf "Optimierungen" auf das 3. Abgebot verwiesen wurde. Ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot ist nicht gegeben. Diese Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als unbegründet.

## **9. Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids**

**9.1** Die Beschwerdeführerin rügt ausserdem, die zeitliche Abfolge lasse vermuten, dass die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid bereits getrof-

fen habe, bevor die Zuschlagsempfängerin die Erfüllung sämtlicher Aspekte und Kriterien bestätigt habe (Beschwerdeergänzung I, Rz. 119 ff.). Demnach habe die Zuschlagsempfängerin die Anforderungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids nicht erfüllt (vgl. Beschwerdeergänzung II, Rz. 24 ff.).

**9.2** Die Vergabestelle stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die Grundlage für die finale Beurteilung gebildet habe. Das Merkblatt betreffend einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal (Beilage 22 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012) sei irrtümlich auf den 17. März 2012 datiert. Aus der elektronischen Datei gehe jedoch hervor, dass es vom 17. April 2012 stamme (Beilage 30 der Vergabestelle). Erst mit Merkblatt vom 21. März 2012 sei auf die verpflichtende Einhaltung der TSI-PRM 2008 hingewiesen worden, weshalb diese Inhalte erst von Mitte April 2012 stammen könnten (Beschwerdeantwort, Rz. 9 ff.).

**9.3** Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch die Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 2.1 "Elektroinstallationen Müllheim" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen "Studie Schienengüterverkehr"; vgl. E. 7.4 hiervor). Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" mit Hinweisen).

**9.4** Wie die Vergabestelle nachvollziehbar ausführt, ist ein Merkblatt betreffend einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal (Beilage 22 der Vergabestelle) lediglich falsch datiert. Die Beschwerdeführerin stört sich denn auch vielmehr an der Tatsache, dass der Zuschlagsempfängerin weitere Merkblätter, wovon eines betreffend die Bedienhöhen, zugestellt wurden, wobei erst durch die danach erfolgten Präzisierungen ein konformes Abgebot durch die Zuschlagsempfängerin erfolgt sei. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, dass die erst aufgrund der Präzisierungen der

Vergabestelle (vgl. Beilage 24 der Vergabestelle: "Präzisierungen und Bestätigung basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde") die Mindestanforderungen zur Anordnung der Bedienelemente einhalten würden, weshalb am 17. April 2012 der Zuschlagsentscheid bereits vor dieser Präzisierung und damit vor der Erfüllung der Muss-Kriterien gefällt worden sei, kann ihr nicht gefolgt werden. Vorliegend ist erstellt, dass das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin die einschlägigen Muss-Kriterien erfüllt (vgl. E. 6.8.4 hiervor), womit sich diese Rüge als unbegründet erweist. Im Übrigen bestreitet die Beschwerdeführerin zurecht nicht, dass die Zuschlagsempfängerin das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin rechtzeitig eingereicht hat. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass der Zuschlag vor Erfüllung der Anforderungen erfolgt ist. Das 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin (Beilage 19 der Vergabestelle bzw. Beilage 03.15.02.03 der Vergabeakten bzw. Beilage 5 zur Beschwerdeergänzung II) stammt gemäss dem Begleitbrief vom 30. März 2012 und damit vor dem internen Antrag auf Zuschlag vom 17. April 2012 bzw. auch vor dem Zuschlag vom 20. April 2012, womit es rechtzeitig erfolgt ist. Dasselbe ergibt sich aus der graphischen Darstellung der Vergabestelle zum Verfahrensablauf (Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012, Rz. 10). Diese führt den 17. April 2012 als "Entscheid Zuschlag" auf, womit die Vergabestelle klarerweise den internen Antrag des Projektteams für den Zuschlagsentscheid meint (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 4). Am 20. April 2012 wurde der Zuschlag durch die Vergabestelle definitiv beschlossen (vgl. Beilage 3 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) und anschliessend am 24. April 2012 auf Internetplattform SIMAP veröffentlicht. Damit erweist sich die Rüge, wonach der Zuschlagsentscheid vor Erfüllung aller Anforderungen und damit verfrüht getroffen worden sei, als unbegründet.

## **10. Bevorzugung durch Zustellung von Merkblättern**

**10.1** Weiter stösst sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeergänzung I daran, dass die Vergabestelle vier offene Punkte der Offerte der Zuschlagsempfängerin im Laufe der Schlussbereinigung geklärt und hierbei ausschliesslich der Zuschlagsempfängerin zwei zusätzliche Merkblätter zugestellt habe. Es entstehe der Eindruck, dass die Vergabestelle die Zuschlagsempfängerin an die Lösung herangeführt und die Zuschlagsempfängerin bewusst bevorzugt habe. Diese Vorgehensweise komme zumindest materiell einer Verhandlung gleich (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. Juni 2012, Rz. 6 ff.). Somit stütze sich der Zuschlagsentscheid auf ein Abgebot, das nicht in vergaberechtlich korrekter Art und Weise zustande gekommen sei, worin wiederum eine Verletzung des

Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzips zu sehen sei. Es sei unzulässig, Sachmittel aus Gewohnheit während Jahren vom gleichen Anbieter zu beziehen (Beschwerdeergänzung I, Rz. 124 ff.).

**10.2** Die Vergabestelle erwidert, dass die beiden Merkblätter, welche nur der Zuschlagsempfängerin zugestellt wurden, dazu dienten, dass für den Zuschlag vorgesehene Angebot einer letzten Verifizierung zu unterziehen, um Überraschungen nach der Publikation zu vermeiden. Es sei ein weiterer Hinweis darauf, wie sorgfältig und umsichtig die Vergabestelle das Vergabeverfahren geführt habe. Die fraglichen Merkblätter (Beilagen 21 und 22 der Vergabestelle) seien am 18. April 2012 vor dem Zuschlag zugestellt worden. Die Zuschlagsempfängerin habe gemäss der Einladung und den Merkblättern die verlangten Präzisierungen an die Verhandlung vom 23. April 2012 mitbringen müssen. In ihrem Schreiben vom 20. April 2012 würde die Zuschlagsempfängerin der guten Ordnung halber die Angaben des 3. Abgebots bestätigen. Ein 4. Abgebot sei nicht eingeholt worden, weshalb eine Ungleichbehandlung nicht vorliege (Beschwerdeantwort, Rz. 5 ff.).

**10.3** Die Beschwerdeführerin repliziert, dass sich die Vergabestelle nicht entscheiden könne, ob es sich bei der Kommunikation mit der Zuschlagsempfängerin um Merkblätter, um eine Einladung, um Präzisierungen oder um eine Bestätigung gehandelt habe. Es bleibe unerklärt, weshalb es notwendig gewesen sei, sich zu versichern, dass die Zuschlagsempfängerin weiterhin die maximale Höhe der Bedienungselemente von 1'200 mm und die minimale Höhe der Bedienungselemente von 700 mm habe garantieren können (Replik, Rz. 60 f.).

**10.4** Die Vergabestelle bringt mit der Duplik keine neuen Argumente vor.

## **10.5**

**10.5.1** 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 "Casermettattunnel"). 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-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 "Projektcontrollingsystem Alp-Transit" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4 "Kurierdienst BAG I"; vgl. auch E. 3.3.1 hiervor).

**10.5.2** Im Vergaberecht gilt der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt (vgl. Art. 25 VöB), sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz erleidet allerdings im Bundesvergaberecht eine wesentliche Einschränkung, indem dieses der Vergabebehörde – im Gegensatz zur Rechtslage in Rahmen IVöB (Art. 11 Bst. c der Vereinbarung) – grundsätzlich erlaubt, Verhandlungen über den Inhalt der Angebote, bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen (Art. 20 Abs. 1 BöB; Art. 26 VöB; Urteile des BVGer 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 *de lege ferenda* auch auf Bundesebene in Art. 11 Bst. d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BBI 2019 4505]). 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 BöB). Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in der Ausschreibung die Durchführung von Verhandlungen ausdrücklich vor (vgl. Ziffer 4.3 der Ausschreibung "Verhandlungen bleiben vorbehalten").

**10.5.3** Im Rahmen von Verhandlungen im Sinne von Art. 20 BöB 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 VöB 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"). Vertragsverhandlungen werden demgegenüber einzig mit der Zuschlagsempfängerin geführt (HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 6 zu Art. 20 BöB, Rz. 6 mit Hinweisen).

## **10.6 Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal"**

**10.6.1** Die Vergabestelle hat ausschliesslich der Zuschlagsempfängerin das Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal" vom 17. März 2012 (recte: 17. April 2012) sowie das Merkblatt "Lagerlogistik Lifecycle BATS" vom 17. April 2012 am 18. April 2012 zugestellt (Beilagen 21 und 22 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012). Auf den Merkblättern vom 17. April 2012 wird darauf hingewiesen, dass sich das Merkblatt ausschliesslich "an die Teilnehmer der 3. Verhandlungsrunde" richtet, ist insoweit nicht optimal, als klar ist, dass nur die Zuschlagsempfängerin am 18. April 2012 zu einem weiteren Gespräch eingeladen wurde, welches am 23. April 2012 stattfand. Dies entspricht nicht dem Konzept von Verhandlungen, das Gespräche mit mehreren Anbietenden voraussetzt (Art. 26 Abs. 2 VöB).

**10.6.2** Die Vergabestelle führt dazu aus, die genannten Merkblätter hätten lediglich dazu gedient, das für den Zuschlag vorgesehene Angebot einer letzten Verifizierung zu unterziehen, um Überraschungen nach der Publikation zu vermeiden. Der Zuschlagsempfängerin sei nicht eine vor dem Gesprächstermin liegende Frist zur Einreichung der Präzisierungen angesetzt worden, woraus erhelle, dass diese Bestätigungen keinen Einfluss auf den Zuschlagsentscheid mehr hatten bzw. haben konnten (Beschwerdeantwort, Rz. 5 ff.).

**10.6.3** Das Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienungselemente Zahlterminal" vom 17. März 2012 (recte: 17. April 2012) verlangt Präzisierungen bei einer Komponentenhöhe des RFID von 25 mm. Konkret wird nachfolgendes verlangt (vgl. Beilage 22 der Vergabestelle):

"(...) Was für Auswirkungen und Konsequenzen sind hinsichtlich Erfüllung des Behindertengesetzes (H1007, Schweiz) sowie die Vorgaben des TSI-PRM (europäische Vorgabe) und der Sockelflexibilität zu erwarten? Können die im Abgebot 2 und 3 garantierten Werte (max. Höhe Bedienungselement 1200mm und min. 700mm) weiterhin garantiert werden? Die SBB erwartet für die nächste Verhandlungsrunde eine schriftliche Bestätigung und idealerweise eine vermasste Zeichnung.

- In der Regel ist die Höhe des Betonsockels zwischen 0 mm und 20 mm. D.h. dass das oberste Bedienungselement beim (sic) einem Automaten auf Bodenhöhe (Betonsockel 0 mm) in der Höhe auf 1180 mm positioniert ist und das unterste Element auf 700 mm. Wie hoch ist der Standardsockel? Die SBB erwartet für die nächste Verhandlungsrunde eine schriftliche Bestätigung mit den Höhenmassen des Standsockels und idealerweise eine vermasste Zeichnung.



- Anforderung H1288 / Unerlaubten Sichtkontakt zu PIN-Eingabe am Zahlkartenterminal: Hierzu gibt es die Vorgabe PCI-PED (siehe Anlage: Privacy Screen Design-Einsicht PIN-PAD Tastatur.pdf) – werden diese Vorgaben eingehalten? Die SBB erwartet für die nächste Verhandlungsrunde eine schriftliche Bestätigung mit den Höhenmassen des Standardsockels und idealerweise eine vermasste Zeichnung.

- Anforderung H1288 / Unerlaubte Sichtkontakt zu PIN-Eingabe am Zahlkartenterminal: Hierzu gibt es die Vorgabe PCI-PED (siehe Anlage: Privacy Screen Design-Einsicht PIN-PAD Tastatur.pdf) – werden diese Vorgaben eingehalten? Die SBB erwartet für die nächste Verhandlungsrunde eine schriftliche Bestätigung und idealerweise eine vermasste Zeichnung."

**10.7** Wie die Vergabestelle zu Recht ausführt, bedurfte es entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerseite keiner Umgestaltung des Billettautomaten, um den Mindestanforderungen gerecht zu werden. Die Offerte der Zuschlagsempfängerin im 3. Abgebot war vollständig und entsprach den verlangten technischen Spezifikationen bzw. Muss-Kriterien. Der Zuschlag erfolgte basierend auf dem 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin. Dies ist vorliegend erstellt (vgl. E. 6.8.4 hiervor), womit jedenfalls die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach die Zuschlagsempfängerin in Bezug auf die Anordnung der Bedienelemente an die ausschreibungskonforme Lösung herangeführt worden sei, entkräftet ist.

**10.8** Soweit die Beschwerdeführerin nun in den Bestätigungen der Zuschlagsempfängerin eine Abgebotsqualität und damit einen Verstoss gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot erblickt (Beschwerdeergänzung I, Rz. 126), kann ihr betreffend die flexible Sockelhöhe, die Platzierung des kontaktlosen Kartenlesers und den Sichtkontakt zur PIN-Eingabe aus nachfolgenden Überlegungen nicht gefolgt werden.

Die Beilage 24 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012 umfasst die ersten neun Seiten des Aktenstücks 03.18 der Vergabeakten (Dokument der Zuschlagsempfängerin mit dem Titel "Präzisierungen basierend auf übermittelten Merkblättern 3. Verhandlungsrunde"). Diese Präzisierungen enthalten Bestätigungen betreffend die flexible Sockelhöhe, die Platzierung des kontaktlosen Kartenlesers und den Sichtkontakt zur PIN-Eingabe, welchen keine Abgebotsqualität zukommt, da hier lediglich die Angaben gemäss dem dritten Angebot bestätigt werden, zumal die Preise nach Abgabe des 3. Abgebots nicht verhandelt wurden, was im Übrigen (mit Ausnahme der Lagerlogistik) bereits im Zwischenentscheid B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.6 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten" jedenfalls prima facie festgehalten wurde.

In Bezug auf die Platzierung des RFID-Lesers hat die Vergabestelle nach ihren insoweit plausiblen Angaben (Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 64) prüfen wollen, ob es möglich wäre, den RFID-Leser vertikal zwischen PIN-Pad und Karteneinzug zu positionieren, unter gleichzeitiger Einhaltung der geforderten Höhen für die Bedienelemente. Für den Zuschlag bewertet worden ist aber offensichtlich nicht diese Variante, sondern das 3. Abgebot. Dementsprechend hat das Gespräch mit der Zuschlagsempfängerin, an welchem die Präzisierungen besprochen worden sind, erst am 23. April 2012 stattgefunden, womit klar ist, dass dieses nicht mehr auf den Zuschlagsprozess, sondern auf die Vertragsschlussphase abgezielt hat. Es handelt sich also nicht um ein 4. Abgebot. Dass die Beschwerdeführerin einen anderen Eindruck gewinnen konnte hat die Vergabestelle insoweit mitverschuldet, als sie die beiden Merkblätter in irreführender Weise mit dem Hinweis "an die Teilnehmer der 3. Verhandlungsrunde" versehen hat (vgl. dazu auch E. 10.6.1 hiervor).

Nachdem in Bezug auf das Merkblatt "Einheitliche Anordnung Bedienelemente Zahlterminal" weder das Transparenzgebot noch das Gleichbehandlungsgebot verletzt ist, bleibt im Folgenden lediglich zu prüfen, ob in Bezug auf die Präzisierungen der Zuschlagsempfängerin betreffend die Lagerlogistik von einer Abgebotsqualität gesprochen werden kann.

### **10.9 Merkblatt "Lagerlogistik Lifecycle BATS"**

**10.9.1** Das Merkblatt "Lagerlogistik Lifecycle BATS" vom 17. April 2012 (Beilage 21 der Vergabestelle) erläutert die Verantwortung des Automatenlieferanten, die Verhandlungen zur Übernahme des Schwungmassenlagers, die Beschaffungsstrategie im Rahmen des Lifecycle, die interne Artikelbewirtschaftung der SBB, die Übernahme der Systemgarantie, die Anlieferung der direkt beschafften Komponenten, den Lieferbereitschaftsgrad und das weitere Vorgehen. Das soeben erwähnte Merkblatt vom 17. April 2012 (Beilage 21 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) entspricht im Wesentlichen dem "Merkblatt Lagerlogistik Lifecycle BATS" vom 21. März 2012 (Beilage 35 zur Beschwerdeantwort der Vergabestelle vom 8. April 2013), welches den Teilnehmern der 2. Verhandlungsrunde zugestellt wurde. Die beiden Merkblätter unterscheiden sich insbesondere im weiteren Vorgehen. Während das Merkblatt vom 21. März 2012 vorgibt, dass die abschliessende Logistik-Vereinbarung an der eventuellen 3. Verhandlungsrunde definiert werde, erläutert das Merkblatt vom 17. April 2012, dass der "(...) detaillierte Logistikprozess und der Lagerlogistikvertrag (...) basierend auf oben genannten Konditionen nach dem 23. April

2012 besprochen und entschieden [würden]." In letzterem Merkblatt werden folgende Angaben verlangt:

"Die angebotenen Lospreise und Staffelpreise gemäss Teil\_4E\_SchwungmasseErsatzteile-\_ePOS\_V1 0.xlsx sind zu überarbeiten und zusätzlich durch mögliche Pauschalpreise zu offerieren (Ziel 100er Stückpreise)

Die Übernahme der Konsignationspreise sind zu optimieren

Für die Lagerlogistik wird eine Lösungsvariante erwartet. Mögliche Szenarien sind:

Das Schwungmassenlager wird bei der SBB angelegt. Am Ende der Garantiezeit übernimmt die SBB das Lager. Der Anbieter definiert die Kosten.

Das Schwungmassenlager wird bei der SBB angelegt. Der Übernahmezeitpunkt und die Kosten werden vom Lieferanten definiert

Der Lieferant legt das Erstlager für Schwungmassen gratis ans Lager der SBB

Das Schwungmassenlager liegt teilweise beim Lieferanten. Dabei muss aber durch den Lieferanten eine taggenaue Lieferung der Komponenten an das Schwungmassenlager SBB sichergestellt sein

Der detaillierte Logistikprozess und der Lagerlogistikvertrag werden basierend auf oben genannte Konditionen nach dem 23.04.2012 besprochen und entschieden."

**10.9.2** Gemäss Teil 4E des Pflichtenhefts, Anforderungsdefinition Lifecycle, Ziffer 6.10 ergibt sich, dass die Optimierung der Lagerhaltung und Logistikkette vorbehalten bleibt. Für die Lospreisgruppen sind – nach Komponenten sortiert – die Einzelpreise, die Staffelpreise bei 10 Stück, die Staffelpreise bei 30 Stück sowie die Staffelpreise bei 100 Stück anzugeben (Ziffer 6.10, S. 25).

**10.9.3** Das oben erwähnte Merkblatt vom 21. März 2012 beruht auf der 2. Verhandlungsrunde. Namentlich aus dem Verhandlungsprotokoll der Vergabestelle mit der Zuschlagsempfängerin (Beilage 15 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012) geht hervor, dass die SBB ein Merkblatt mit den Anforderungen zur Lagerlogistik erstellen würde, wobei ein Konzept der Zuschlagsempfängerin im Rahmen des 3. Abgebotes erwartet werde. In diesem Konzept sollen Zusicherungen und konkrete Umsetzungsmassnahmen enthalten sein. Als Stichworte werden im Verhandlungsprotokoll genannt (Beilage 15 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012):

"Reparaturpauschalen, Jahrespauschalen

Erforderliche Schwungmasse

Lagerhaltung bei SBB (evtl. Konsignationslager)

Einbezug Vandalismus"

**10.9.4** Aus dem Pflichtenheft geht wie erwähnt hervor, dass die Optimierung der Lagerhaltung und Logistikkette vorbehalten bleibt (Anforderungsdefinition Lifecycle, Ziffer 6.10). Gemäss dem Merkblatt "Lagerlogistik Lifecycle BATS" vom 17. April 2012 (Beilage 21 der Vergabestelle) ist der detaillierte Logistikprozess Gegenstand von Vertragsverhandlungen und der Lagerlogistikvertrag wird erst nach dem Zuschlag am 23. April 2012 vereinbart. Ebenso fehlen Anzeichen dafür, dass die Bestätigungen über die Lagerlogistik in irgendeiner Form Eingang in die Bewertung des vorliegenden Vergabeverfahrens gefunden hätten. Es war von vornherein klar, dass der Logistikprozess noch hätte optimiert werden sollen. Nach dem zuvor unter E. 10.5.3 Gesagten finden die Vertragsverhandlungen ausschliesslich mit dem Zuschlagsempfänger statt. Nachdem das Merkblatt zur Lagerlogistik im Wesentlichen diesbezüglich das weitere Vorgehen geklärt hat, ist in der Zustellung desselben an die Zuschlagsempfängerin weder das Transparenzgebot noch das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Durch diese klare Ausrichtung auf die Vertragsverhandlungen wird im Übrigen auch das oben (vgl. E. 10.8 hiavor) zur Intention des Merkblatts zu den Bedienelementen Gesagte mit Blick auf den Gesamtzusammenhang plausibilisiert.

## **11. Rückkauf der Banknotenzahleinheit**

**11.1** Schliesslich macht die Beschwerdeführerin mit Beschwerdeergänzung II in Bezug auf das Nebenangebot geltend, dass die Zuschlagsempfängerin den Angebotspreis mit dem zusätzlichen Rückkauf der existierenden Banknotenzahleinheit BNA57 während der 3. Verhandlungsrunde reduziert habe. Diese Möglichkeit sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt, weshalb eine Verletzung des Transparenz- und des Gleichbehandlungsgebots vorliegen würde (Beschwerdeergänzung II, Rz. 18 ff.).

**11.2** Die Vergabestelle erwidert in ihrer Beschwerdeantwort betreffend das Rückkaufangebot, dass gemäss dem Anforderungskatalog der Lieferant für den Abtransport und die umweltgerechte Entsorgung des alten Automaten und der nicht mehr benötigten Komponenten verantwortlich sei (Teil 4D

der Ausschreibungsunterlagen, Anforderung R1002). Als Option sei vorgesehen gewesen, dass die Anbieter die Banknotenzahleinheit BNA57 aus den Automaten ausbauen und in die neu zu liefernden Automaten einbauen (Anforderung L1001). Bereits in der ersten Verhandlungsrunde sei die Rückkaufmöglichkeit mit der Beschwerdeführerin ausdrücklich diskutiert worden. Auf den Hinweis der Vergabestelle in der ersten Verhandlungsrunde, dass der Hersteller MEI bei der Rücknahme der Banknotenzahleinheit BNA57 EUR 700.– vergüte, habe die Beschwerdeführerin festgestellt, dass sie diese Rückerstattung im Angebot nicht berücksichtigt habe. Die Vergabestelle habe dann wiederholt, dass der Ausbau der alten Banknotenzahleinheit BNA57 Sache der Beschwerdeführerin sei. Entgegen den beschwerdeführerischen Rügen sei nicht erst in der 3. Verhandlungsphase, sondern bereits im 3. Abgebot der Zuschlagsempfängerin der Rabatt für die Banknotenzahleinheit enthalten gewesen (Beschwerdeantwort vom 8. April 2013, Rz. 84 ff). In den Ausschreibungsunterlagen sei zudem ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Lieferanten unter anderem die Banknotenzahleinheit BNA57, die Banknotenkasse und das Zahlterminal weiterverwenden können (vgl. Anforderungsdefinition Lifecycle, Teil 4E der Ausschreibungsunterlagen, S. 9).

**11.3** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.5 "Mobile Warnanlagen"; vgl. E. 10.5.1 hiervor).

**11.4** Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, 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 mit Hinweisen; vgl. E. 3.7.4 hiervor). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht (vgl. zur Frage nach dem subjektiv gemeinsamen Begriffsverständnis in diesem Zusammenhang MARTIN BEYELER, "Ohnehin-Kosten": Auslegung der Ausschreibung, in: Baurecht 2017, S. 24 ff.). Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie beziehungsweise ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

**11.5** Anforderung R1002 lautet:

"Der Lieferant ist für den Abtransport und die umweltgerechte Entsorgung des alten Automaten und der nicht mehr benötigten Komponenten verantwortlich."

**11.6** Anforderung L1001 lautet auszugsweise:

"Der Lieferant offeriert die Weiterverwendung der Banknotenverarbeitung (Notenprüfer (BNA571-5) inklusive Notenkasse (BNA541-3)) in einer Unternehmensvariante (...)."

**11.7** Anforderung R1002 spricht von der "Entsorgung der nicht mehr benötigten Komponenten" während Anforderung L1001 "Weiterverwendung der Banknotenverarbeitung" spricht. Ob ein Rückkauf von Komponenten von den Begriffen "Entsorgung" bzw. "Weiterverwendung" nach objektiver Auslegung noch umfasst wäre, wie es die Vergabestelle jedenfalls vorträgt, kann im vorliegenden Fall aufgrund des übereinstimmenden, subjektiven Verständnisses der Anbietenden über die Ausschreibungsunterlagen offengelassen werden. In der ersten Verhandlungsrunde sprach die Beschwerdeführerin die Rückerstattung des Banknotenrecyclers ausdrücklich an. Denn im Protokoll der ersten Verhandlungsrunde vom 12. Februar 2012 auf Seite 6 wird ausgeführt (Beschwerdebeilage 18): "MEI vergütet bei der Rücknahme der BNA EUR 700.00 zurück. [X. \_\_\_\_\_]: diese Rückerstattung ist nicht im Angebot berücksichtigt." Dagegen erläutert die Beschwerdeführerin in ihrem 1. Abgebot in Ziffer 5 der "Erläuterungen zur Preisbildung" (Beschwerdebeilage 44) "MEI BNR 3 (...) (700 EUR Rückvergütung von MEI bereits berücksichtigt)". Damit geht aus diesen Unterlagen hervor, dass die Beschwerdeführerin die Rückvergütung von EUR 700 ihrem 1. Abgebot im Anschaffungspreis für die Banknotenzahleinheit berücksichtigt hat. Diese Anmerkung über die Rückvergütung durch den Banknotenrecyclerhersteller lässt sich unter Berücksichtigung des Verhandlungsprotokolls vom 12. Februar 2012 jedenfalls nicht anders verstehen, als dass die Beschwerdeführerin spätestens zum Zeitpunkt des 1. Abgebots die Ausschreibungsunterlagen derart verstanden hat, dass ein Rückkauf des Banknotenrecyclers BNA57 zulässig ist. Wie die Vergabestelle zurecht ausführt, war das Rückkaufangebot der Zuschlagsempfängerin bereits im 3. Abgebot enthalten und ist damit auch rechtzeitig erfolgt (vgl. Preisblätter der Zuschlagsempfängerin in Beilage 04.03 der Vergabeakten). In den Präzisierungen der Zuschlagsempfängerin vom 20. April 2012 wird insoweit lediglich auf die "Optimierungen" gemäss dem 3. Abgebot verwiesen. Damit blieben die Prinzipien der Transparenz sowie der Gleichbehandlung

gewahrt. Demnach braucht nicht weiter auf die Frage eingegangen zu werden, ob die Rüge der Beschwerdeführerin nicht in Widerspruch zu eigenem Verhalten während der Verhandlungen steht (vgl. dazu etwa das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.4 f. "HP Monitore").

## **12. Bewertungs- und Rechenfehler**

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich verschiedene Rechen- bzw. Bewertungsfehler.

**12.1** Die Beschwerdeführerin trägt vor, die Bewertung des Preises beim Nebenangebot sei mit Fr. [...] fehlerhaft, da eine Differenz von Fr. 42.75 zwischen ihrem Preisblatt und der Evaluation auszumachen sei (Beschwerdeergänzung I, Rz. 45).

**12.2** Die Vergabestelle stimmt der Beschwerdeführerin insoweit zu als sie einen Rechenfehler bei der Bewertung der Kann-Optionen anerkennt. Dies lasse sich dadurch erklären, dass zwar die für die Bewertung einzubeziehenden Positionen den Anbietern mit Merkblatt zum 1. Abgebot mitgeteilt und mit Merkblatt zum 2. Abgebot um eine Position reduziert worden seien, jedoch unbeabsichtigt falsch hinterlegte Kann-Positionen miteingerechnet worden seien. Dagegen sei die Position H1142 irrtümlich übergangen worden. Bei richtiger Berechnung unter Einbezug von Positionen H1139, H1142, H1169, H1219, H1281 und L1006 resultiere daher ein tieferer Nettopreis für das Nebenangebot der Beschwerdeführerin von Fr. [...], welcher sich zugunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt habe (Beschwerdeantwort, Rz. 68 ff.).

**12.3** Die Offertbereinigung hat zum Ziel, die Vergleichbarkeit der Offerten insbesondere mit Blick auf diejenigen Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen, sicherzustellen. Diese ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt. In diesem Sinne hat die Lehre seit jeher festgehalten, dass die Bereinigung der Angebote grundsätzlich nicht zur Änderung der Angebote führen darf (BVGE 2007/13 E. 3.4 "Vermessung Durchmesserlinie" mit Hinweisen; vgl. ferner das Urteil des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.5 "Elektroinstallationen Müllheim").

**12.4** Die bewerteten Positionen für die monetäre Bewertung des Nebenangebots wurden den Anbieterinnen mit den Merkblättern zum 1. Abgebot vom 28. Februar 2012 und zum 2. Abgebot vom 21. März 2012 mitgeteilt. Es geht klar aus den Merkblättern hervor, dass die Positionen H1139,

H1142, H1169, H1219, H1281 und L1006 für die Bewertung relevant sind ("Bewertungsautomat"; vgl. Beilage 34 zur Beschwerdeantwort vom 8. April 2013 sowie Beilage 9 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012). Die falsche Berechnung des Nebenangebots durch Einbezug von nicht relevanten Optionen (vgl. Beilage 5 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012), welche auf den Preis keinen Einfluss haben, wurde in der Evaluation "4" entsprechend bei den Anbietern korrigiert, was sich zweifellos aus den Akten ergibt (vgl. Beilagen 26 und 27 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012). Im Übrigen hätte die Korrektur des Nebenangebots keinen Einfluss auf das Ergebnis, da die Beschwerdeführerin auch bei Berücksichtigung der geltend gemachten Fr. 42.75 mehr als 30% teurer wäre, womit sie weiterhin 0 Punkte erhielte (vgl. E. 12.13 hiernach). Damit kann die Beschwerdeführerin aus den in Frage stehenden Berechnungsfehlern nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**12.5** Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Vorrüstungskosten für den Banknotenrecycler fälschlicherweise den Gestehungskosten hinzugeordnet worden seien. Vorrüstungskosten wären nur angefallen, wenn die Vergabestelle selbst bzw. ausserhalb der streitgegenständlichen Ausschreibung beschafft hätte. Der Fehler sei anlässlich der Besprechung vom 1. Mai 2012 (Debriefing) akzeptiert worden (Beschwerde, Rz. 30 f.).

**12.6** Dagegen führt die Vergabestelle aus, dass sich gemäss den beschwerdeführerischen Angaben bei Lieferung des Banknotenrecycler der Preis um die Vorrüstungskosten von Fr. 750.– erhöhen werde, weshalb kein Abzug gerechtfertigt und der Preis in der Position H1169 des Nebenangebots korrekt berücksichtigt worden sei. Nichtsdestotrotz sei im Debriefing die Vorrüstungskosten abgezogen worden, um zu zeigen, dass sich im Ergebnis nichts ändern würde (Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 72 ff.).

**12.7** Wie es sich mit den Vorrüstungskosten verhält, braucht nicht weiter vertieft zu werden. Es kann diesbezüglich vollumfänglich auf den Zwischenentscheid B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.3.7.2 "Ersatzbeschaffung SBB-Billettautomaten" verwiesen werden, wonach die Beschwerdeführerin im Schreiben zu ihrem 3. Abgebot ausführt, dass die Kosten für die Vorrüstung in Höhe von Fr. 750.– bereits im Preisblatt enthalten seien und dass bei Mitlieferung des Banknotenrecyclers durch den Lieferanten Mehrkosten pro Automat in Höhe von Fr. [...] entstünden (Beschwerdebeilage 3). Gemäss Preisblatt hat die Beschwerdeführerin einen Preis von



Fr. [...] für 10 Banknotenrecycler offeriert (Beschwerdebeilage 6). Damit zeigt sich, dass im Preis von Fr. [...] pro Automat die auf die Vorrüstung entfallenen Kosten von Fr. 750.– mitenthalten sind, was schliesslich auch aus den Erläuterungen zum Angebot hervorgeht (Beschwerdebeilage 5). Im Übrigen würde sich im Ergebnis auch bei Berücksichtigung dieser Rüge nichts ändern, wie die Vergabestelle in ihren Berechnungen nachvollziehbar darlegt, da das Angebot der Beschwerdeführerin jedenfalls mehr als 30% teurer wäre und damit keine Punkte erhielte (vgl. Beilage 27 zur Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012; vgl. E. 12.13 hiernach).

**12.8** Im Hinblick auf das Hauptangebot rügt die Beschwerdeführerin zudem, dass die Kosten für die Ersatzteile (Schwungmassenlager) zu Unrecht nicht als Rabatt vom Angebotspreis abgezogen worden seien, obwohl diese Möglichkeit während der 2. Verhandlungsrunde erwähnt worden sei (Beschwerde, Rz. 35 f.).

**12.9** Die Vergabestelle räumt in ihrer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen ein, sie habe diese Kosten bei der Evaluation der Preise für das Nebenangebot fälschlicherweise bei allen Anbietern mitgerechnet. Dieser Fehler habe sich jedoch zugunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt, da ihre Preise für diese Kann-Optionen deutlich tiefer gewesen seien als jene der Zuschlagsempfängerin (Stellungnahme der Vergabestelle zu den prozessualen Anträgen vom 5. Juni 2012, Rz. 76 f.).

**12.10** Die Beschwerdeführerin entgegnet, dass die Vergabestelle sich irrtümlich auf einen Rechenfehler betreffend die Ersatzteile beziehe, welche als Kann-Optionen im Nebenangebot angeboten werden konnten, während die Beschwerdeführerin hingegen die Ersatzteile für die Lagerlogistik gemeint habe (Beschwerdeergänzung I, Rz. 56 ff.).

**12.11** Die Vergabestelle widerspricht den beschwerdeführerischen Ausführungen dahingehend, dass das Schwungmassenlager zurecht nicht als Rabatt abgezogen worden sei, da ansonsten hohe Reparaturkosten belohnt würden. Aus dem Pflichtenheft und den Merkblättern ergebe sich, dass es sich beim Lagerlogistikkonzept nicht um ein Zuschlagskriterium handle, was in der 2. Verhandlungsrunde nochmals betont worden sei. Der Service- und Lagerlogistikvertrag sei erst nach rechtskräftigem Zuschlag verhandelt worden. Unabhängig davon seien die Kosten dafür marginal, weshalb die Beschwerdeführerin auch unter Berücksichtigung dieser Kosten den Zuschlag nicht erhalten würde (Beschwerdeantwort, Rz. 72 ff.).

**12.12** Vorliegend braucht nicht näher darauf eingegangen zu werden, wie es sich mit dem vorgebrachten Rechenfehler bezüglich der Ersatzteile verhält, da sich im Ergebnis auch unter Berücksichtigung der Ersatzteile von Fr. [...], d.h. circa Fr. [...] nichts am Ergebnis ändern würde, wie die Vergabestelle zurecht vorbringt (Beschwerdeantwort, Rz. 79). Im Ergebnis würde sich im Übrigen auch bei Berücksichtigung dieser Rüge nichts ändern, da die Beschwerdeführerin mehr als 30% teurer wäre und damit keine Punkte erhielte. Dies gilt auch dann, wenn die Beschwerdeführerin mit ihren gesamten Rügen bezüglich der Bewertung des Nebenangebots obsiegen würde (vgl. E. 12.13 hiernach).

**12.13** Nach dem Gesagten ist in Bezug auf die geltend gemachten Rechenfehler festzuhalten, dass auch für den Fall, dass die Beschwerdeführerin mit ihren gesamten Bewertungsrügen bezüglich des Nebenangebots durchgedrungen wäre, sich nichts am Ergebnis ändern würde. Würde man vom Nebenangebot der 3. Evaluation von rund Fr. [...] (netto) die Vorrüstkosten bei der Beschwerdeführerin abziehen (vgl. E. 12.7 hiervor), so wäre das beschwerdeführerische Nebenangebot mit rund Fr. [...] (netto) immer noch mehr als 30% teurer als dasjenige der Zuschlagsempfängerin (vgl. die Hilfstabelle in Beilage 26 zur Stellungnahme der Vergabestelle vom 5. Juni 2012). Damit erhielte die Beschwerdeführerin weiterhin 0 Punkte für ihr Nebenangebot. Dies würde sogar dann gelten, wenn die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen bezüglich der Berücksichtigung des geltend gemachten Rechenfehlers von Fr. 42.75 (vgl. E. 12.4 hiervor) sowie bezüglich der Bewertung des Hauptangebots zum Schwungmassenlager im Umfang von circa Fr. [...] pro Automat erfolgreich wäre (vgl. E. 12.12 hiervor).

### **13.**

Zusammenfassend ergibt sich materiell einerseits, dass sich die Rüge, wonach die Vergabestelle in Bezug auf das Banknotenrecyclermodell einen unzulässigen Vorentscheid zugunsten des Modells CashCode getroffen hat, als unbegründet erweist (vgl. E. 3.5.3 f.). Ebenso war die Vergabestelle aufgrund der in den Merkblättern definierten Vorgaben entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht verpflichtet, auf die Frage nach den Mindestvorgaben hin noch einmal ausdrücklich zu bestätigen, dass alle drei Banknotenrecyclermodelle nach Auffassung der Vergabestelle die technischen Mindestanforderungen erfüllen (vgl. E. 3.7.4 hiervor). Aufgrund der gemäss E. 4.5 anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen sowie der gemäss E. 4.6 ff. einschlägigen technischen Spezifikationen ergibt sich ausserdem, dass die Anforderungen im Ergebnis weniger anspruchsvoll

definiert waren als von der Beschwerdeführerin behauptet. Die aufgrund gerichtlicher Beurteilung einschlägigen Anforderungen hat das Angebot der Zuschlagsempfängerin sowohl gemäss dem Stand des 3. Abgebots als auch gemäss den Präzisierungen vom 20. April 2012 erfüllt (vgl. E. 5 f., insbesondere E. 6.8 hiervor). Da sich auch die weiteren Rügen, namentlich diejenige, wonach die Zuschlagsempfängerin im Rahmen der Präzisierungen unter Verstoss gegen Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot gegenüber der Beschwerdeführerin bevorzugt worden sei (vgl. E. 10 hiervor), als unbegründet erweisen, ist die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen.

#### **14.**

**14.1** Bei diesem Verfahrensausgang unterliegt die Beschwerdeführerin, soweit ihre Begehren nicht gegenstandslos geworden sind, weshalb ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Soweit allenfalls von einer Verletzung der Begründungspflicht im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB auszugehen wäre (vgl. E. 2.2 hiervor), erweist sich diese jedenfalls als derart geringfügig, dass sich keine vom materiellen Unterliegen abweichende Verlegung der Kosten rechtfertigt. Diese setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr sowie den Auslagen (Art. 63 Abs. 5 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**14.2** Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 25'000.– festzusetzen. Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 25'000.– zu entnehmen.

**14.3** Zu den Auslagen gehören namentlich die Kosten für das Gutachten sowie für das Ergänzungsgutachten zu den Ausmassen der Billettautomaten. Sachverständige werden dabei nach Aufwand aufgrund der eingereichten Kostennote entschädigt (Art. 20 Abs. 1 und 3 VGKE). Ist nichts anderes vereinbart, so richtet sich die Entschädigung für Auslagen und Spesen nach Artikel 11 VGKE (Art. 20 Abs. 6 VGKE).

**14.3.1** Für das Gutachten wurde ein Beweiskostenvorschuss Fr. 10'000.– eingefordert. Am 10. März 2017 wurde festgestellt, dass die Beschwerdeführerin anstelle der geforderten Fr. 10'000.– den Betrag von 10'599.– überwiesen hat, was entsprechend vorgemerkt wurde.

**14.3.2** Mit Verfügung vom 17. November 2017 wurde den Verfahrensbeteiligten die Rechnung des Experten für das Gutachten vom 31. Juli 2017 zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 5. Dezember 2017 die Auszahlung von EUR 7'800.–, d.h. umgerechnet Fr. 8'580.–, verfügt wurde. Am 19. April 2018 wurde den Verfahrensbeteiligten schliesslich die Rechnung für das Ergänzungsgutachten vom 16. April 2018 zugestellt, wobei keine Einwände erhoben wurden, weshalb am 30. August 2018 die Auszahlung von EUR 1'920.–, d.h. umgerechnet Fr. 2'112.– verfügt wurde.

**14.3.3** Die Auslagen belaufen sich demnach insgesamt auf Fr. 10'692.–. Sie sind der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem geleisteten Beweiskostenvorschuss von Fr. 10'599.– zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 93.– ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**14.4** Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE). Nach dem Wortlaut von Artikel 7 Abs. 3 VGKE haben Bundesbehörden keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Unter dem Begriff "Bundesbehörden" in Artikel 7 Abs. 3 VGKE ist nicht nur die allgemeine Bundesverwaltung gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB, sondern im Sinne einer funktionalen Betrachtung auch die Auftraggeber gemäss Art. 2 Abs. 2 BöB zu verstehen (Urteil des BVGer B-4011/2018 vom 11. Oktober 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/6, E. 11 "Loslimitierung swissgrid"; GALLI/MOSER/LANG/ STEINER, a.a.O., Rz. 1443 mit Hinweisen). Daher hat die SBB AG als obsiegende Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

**2.**

**2.1** Die Verfahrenskosten von Fr. 35'692.–, bestehend aus der Gerichtsgebühr von Fr. 25'000.– sowie den Auslagen von Fr. 10'692.–, werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden den geleisteten Kostenvorschüssen von insgesamt Fr. 35'599.– entnommen.

**2.2** Der Restbetrag von Fr. 93.– ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

**3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP 733509; Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Zustelldomizil; Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Marc Steiner

Joel Günthardt

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 30. Oktober 2020