



---

Abteilung II  
B-3126/2023

## Urteil vom 22. November 2023

---

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Christian Winiger,  
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Fabian Martens, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Bauten und Logistik BBL,**  
Vergabestelle (handelnd für das Bundesamt für Zoll und  
Grenzsicherheit BAZG [Bedarfsstelle]),

**Bietergemeinschaft B.**\_\_\_\_\_ **und**  
**C.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "(22128) 606 LSVA III  
- Nationaler NETS Anbieter (NNA)",  
SIMAP-Meldungsnummer 1334681,  
SIMAP-Projekt-ID 241663.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 16. August 2022 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik BBL (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "(22128) 606 LSVA III - Nationaler NETS Anbieter (NNA)" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Projekt-ID 241663; Meldungsnummer 1276337).

**A.b** Mit SIMAP-Publikationen vom 22. September und 27. Oktober 2022 (Meldungsnummern 1287801 und 1294479) wurde die Ausschreibung insbesondere im Bereich der technischen Spezifikationen und hinsichtlich der Frist für die Angebotseinreichung berichtigt.

**A.c** In der Folge gingen fristgerecht sechs Angebote ein, darunter dasjenige der A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und dasjenige der Bietergemeinschaft B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin oder Zuschlagsempfängerin).

**A.d** Am 8. Mai 2023 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 1334681), dass sie den Zuschlag für besagten Dienstleistungsauftrag an die Zuschlagsempfängerin zum Preis von Fr. 57'149'928.– (inkl. 7.7 % MWST und Optionen) erteilt habe. Zur Begründung des Zuschlagsentscheids wurde Folgendes ausgeführt: "Das Angebot der Zuschlagsempfängerin überzeugt vorab mit dem attraktivsten Preis, und im Übrigen insbesondere mit dem besten Betriebskonzept (ZK 2). Ebenso überzeugt ihr Angebot mit einer insgesamt guten Erfüllung der übrigen Qualitätskriterien (ZK 3 bis ZK 5). So zeigt das Systemkonzept die zentralen Eckpunkte in nachvollziehbarer Weise auf und der Risikomanagement- und Notfallplan sowie der Umsetzungsplan und die Test- und Abnahmespezifikation zeigen ebenfalls ein ausgeprägtes Aufgabenverständnis" (vgl. Ziff. 3.3 der Zuschlagsverfügung).

**B.**

Gegen diesen Zuschlag erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 30. Mai 2023 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Anträge:

- "1. Die Verfügung der Vergabestelle vom 4. Mai 2023, publiziert am 8. Mai 2023 auf Simap, betreffend den Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin

rin und (implizit) den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin, sei aufzuheben und die Beschwerdeführerin sei wieder zum Verfahren zuzulassen.

2. Die Vergabestelle sei anzuweisen, eine Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin vorzunehmen und gestützt auf diese Bewertung den Zuschlag dem Angebot der Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Eventualiter sei die Vergabestelle zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den allfälligen Schaden zu ersetzen.
4. Subeventualiter sei eine Rechtsverletzung festzustellen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zulasten der Vergabestelle bzw. der Staatskasse.
6. Der Beschwerde sei (superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
7. Der Beschwerdeführerin sei umfassende Akteneinsicht in die Unterlagen der Vergabestelle zu gewähren, und namentlich: (a) allfällige Unterlagen betreffend das EK 08, die (Teil-)Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin bzw. den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren, soweit und sobald vorhanden, sowie – unter Wahrung allfälliger Geschäftsgeheimnisse – (b) Unterlagen der anderen Anbieterinnen, insbesondere bezüglich Informationen in Bezug auf das Datum der Inbetriebsetzung der Referenzprojekte und diesbezüglicher Abklärungen und Bewertungen durch die Vergabestelle."

Die Beschwerdeführerin stellt sich in der Hauptsache im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Vergabestelle ihr Angebot zu Unrecht nicht berücksichtigt habe. Die Begründung der Vergabestelle, von welcher die Beschwerdeführerin erstmals im Rahmen eines mündlichen Debriefings am 15. Mai 2023 Kenntnis erhalten habe, sei gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin unzutreffend. Falsch sei namentlich dass ihr Angebot das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" nicht erfülle.

Das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" lautet wie folgt:

"Der Anbieter verfügt über Erfahrung in Projekten, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Er weist diese Erfahrung anhand von maximal 5 Referenz(en) in den letzten 5 Jahren vor Eingabefrist nach. [...]."

Die Beschwerdeführerin bringt im Zusammenhang mit dem genannten Eignungskriterium vor, dass das von ihr eingereichte "Referenzprojekt zur Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von Bestandteilen eines IT-

Systems" (nachfolgend: Referenzprojekt 1) entgegen der Ansicht der Vergabestelle die Mindestanforderungen an die Referenzprojekte erfülle, welche in einer Ergänzung zum EK08 "Erfahrung" in Ziff. 6.1 des Anforderungskataloges N-101 präzisiert worden seien. Insbesondere sei die Anforderung erfüllt, wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden sei, da kontinuierliche Erweiterungen und Weiterentwicklungen des Referenzprojekts 1 bzw. des IT-Systems eigenständige Inbetriebnahmen darstellen würden.

**C.**

Mit Verfügung vom 1. Juni 2023 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Des Weiteren wurde der Schriftenwechsel eingeleitet.

**D.**

Mit Schreiben vom 13. Juni 2023 teilte die Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin mit, dass sie sich nicht am Verfahren beteiligen werde.

**E.**

Mit Stellungnahme vom 21. Juni 2023 reichte die Vergabestelle die Vorakten ein und beantragt die Abweisung der Beschwerde (Ziff. 1 der Rechtsbegehren). In prozessualer Hinsicht beantragt sie, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen (Ziff. 2 der Rechtsbegehren), auf einen weiteren Schriftenwechsel zum Gesuch um aufschiebende Wirkung und zur Sache sei zu verzichten und direkt der Endentscheid zu fällen (Ziff. 3 der Rechtsbegehren) sowie der Beschwerdeführerin bzw. Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin sei nur Einsicht in diejenigen Akten zu gewähren, die im Aktenverzeichnis als "der Akteneinsicht zugänglich" bezeichnet seien und es sei ins Offertöffnungsprotokoll vollumfänglich Einsicht zu gewähren (Ziff. 4 der Rechtsbegehren).

Inhaltlich legt die Vergabestelle im Wesentlichen die Gründe dar, warum ihrer Ansicht nach die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" nicht erfülle.

**F.**

Mit Verfügung vom 26. Juni 2023 stellte das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensakten (insbesondere auch der Evaluationsbericht und eine Aktennotiz zum Evaluationsbericht mit unter anderem Hinweisen zum Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren und zur Handhabung des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" durch die Vergabestelle bei der Beschwerdeführerin und bei anderen Anbieterinnen) der Beschwerdeführerin im von der Vergabestelle vorgeschlagenen Umfang zu. Gleichzeitig gab es der Beschwerdeführerin Gelegenheit, die Begründung der Beschwerde zu ergänzen.

**G.**

Mit Eingabe vom 11. Juli 2023 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Sie bringt zudem folgende von ihr unterstrichenen Ergänzungen an:

"Ergänzend zu Antrag 2 der Beschwerde vom 30. Mai 2023 sei die Vergabestelle anzuweisen, die Bewertung sämtlicher Angebote, die nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen wurden, erneut sowie des Angebots der Beschwerdeführerin vorzunehmen, dies unter Ausstand sämtlicher Mitglieder des Evaluationsteams, die aufgrund von Art. 13 Abs. 1 BöB in den Ausstand zu treten haben, namentlich der Mitarbeiter der D. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_; und gestützt auf diese Bewertung den Zuschlag dem Angebot der Beschwerdeführerin zu erteilen.

8. Sämtliche Informationen betreffend die Offenlegung und Behandlung von Interessenkonflikten der Mitglieder des Evaluationsteams, namentlich der Mitarbeiter der D. \_\_\_\_\_ und der E. \_\_\_\_\_; sowie in Bezug auf die Zuschlagsempfängerin, d.h. insbesondere die Unternehmen B. \_\_\_\_\_ sowie C. \_\_\_\_\_, seien der Beschwerdeführerin offenzulegen (insbesondere die Unbefangenheitserklärungen, allfällige Entscheidungen des Evaluationsteams bzw. soweit einschlägig einer allfällig beigezogenen Aufsichtsbehörde betreffend Unbefangenheit bzw. Ausstand).
9. Eventualiter zu Antrag 8 seien die entsprechenden Informationen dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, unter Auflage der Verschwiegenheit gegenüber seiner Klientschaft, offenzulegen."

In materieller Hinsicht präzisiert die Beschwerdeführerin ihre Begründung hinsichtlich des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" und stellt sich diesbezüglich insbesondere auf den Standpunkt, dass die Vergabestelle die angebliche Nichterfüllung der Anforderung, wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden sei, auf tatsächlichen Vermutungen über das Referenzprojekt 1

basieren. Hätte die Vergabestelle die erforderliche Nachfrage zum Referenzprojekt 1 vorgenommen, hätte sie die Einhaltung der 5-Jahresfrist gemäss den Anforderungen im Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" festgestellt. Zusätzlich bringt die Beschwerdeführerin gestützt auf die ihr zugestellten Verfahrensakte vor, dass die Vergabestelle in Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei anderen Anbieterinnen diverse relevante Bereinigungen der Angebote vorgenommen habe. Zudem bestünde gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin nach Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin und eines anderen Angebots, das günstiger gewesen sei als jenes der Zuschlagsempfängerin, kein hinreichender Wettbewerb mehr unter den verbleibenden Anbieterinnen. Ebenfalls bemängelt die Beschwerdeführerin, dass mehrere Mitglieder des Evaluationsteams in den Ausstand hätten treten müssen.

#### **H.**

Mit ergänzender Stellungnahme vom 10. August 2023 hält die Vergabestelle an ihren Anträgen gemäss der Stellungnahme vom 21. Juni 2023 fest. Zudem stellt sie das Rechtsbegehren, die Ergänzung des Antrages 2 der Beschwerde und die ergänzenden Verfahrensanträge der Beschwerdeführerin gemäss der Eingabe vom 11. Juli 2023 seien, soweit darauf einzutreten sei, abzuweisen. Des Weiteren beantragt die Vergabestelle, der Beschwerdeführerin sei gemäss ergänztem Aktenverzeichnis Akteneinsicht zu gewähren, unter anderem auch in die Unbefangenheitserklärungen der Evaluationsmitglieder. In der Hauptsache bringt die Vergabestelle im Wesentlichen vor, dass beim Angebot der Beschwerdeführerin eine Bereinigung des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" nicht möglich gewesen sei und dass der Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Durchführung resp. Nichtdurchführung der Bereinigungen nicht verletzt worden sei. Zudem stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, dass ein hinreichender Wettbewerb gewährleistet sei sowie dass keine Ausstandspflicht bestanden habe und die entsprechende Rüge verspätet vorgebracht worden sei.

#### **I.**

Mit Verfügung vom 11. August 2023 hat das Bundesverwaltungsgericht unter anderem darauf hingewiesen, dass von Amtes wegen im Hinblick auf einen möglichen Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung und/oder einen verfahrensabschliessenden Entscheid kein weiterer Schriftenwechsel durchgeführt werde. Weitere Instruktionmassnahmen und/oder Parteieingaben, insbesondere in Bezug auf die gestellten Verfahrensanträge, blieben vorbehalten.

**J.**

Mit Eingabe vom 25. August 2023, welche der Vergabestelle zugestellt wurde, hält die Beschwerdeführerin fest, dass sie auf eine unaufgeforderte Stellungnahme zu den Vorbringen der Vergabestelle verzichte und dass eine ausführliche Stellungnahme auf allfällige Anordnung des Gerichts erfolgen würde.

**K.**

Auf die Argumente der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid erheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

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

**1.2** Der Zuschlag im Vergabeverfahren gilt als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 53 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB, SR 172.056.1]).

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

**2.**

**2.1** Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GPA 2012 unterstellt sind (vgl. BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB

i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

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

**2.3** Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der SIMAP-Ausschreibung vom 16. August 2022 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. Anders als für Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA 2012 (vgl. Anhang 1 Annex 4) als auch nach dem auf den 1. Juni 2002 in Kraft getretenen bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68, vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste (Anhang 3 zum BöB). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der prov. CPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff. "Personalverleih"; Urteile des BVGer B-3580/2021 vom 9. Mai 2022 E. 1.2.4 "Identity and Access Management"; B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). In Ziffer 2.1 der SIMAP-Ausschreibung wies die Vergabestelle die verfahrensgegenständliche Beschaffung der "Dienstleistungskategorie CPC: 7 Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten" zu. Gemäss Anhang 3 zum BöB entspricht diese Kategorie der prov. CPC-Referenznummer 84. Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann den CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorien "72000000 – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung", "72313000 – Datenerfassung" und "79941000 – Gebührenerhebung" zu (vgl. Ziffer 2.5 der SIMAP-Ausschreibung). Gegenstand des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags ist die für die Halter kostenlose Sicherstellung des Grundangebots zur Erfassung der LSVA relevanten Fahrdaten. Der beauftragte Nationale NETS-Anbieter (NNA) hat die Pflicht zur Aufnahme und Ausrüstung von allen inländischen auszurüstenden Fahrzeugen der Halter, die diesen Dienst in Anspruch nehmen wollen. Ausländische Fahrzeuge müssen zur Nutzung des NNA durch das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit BAZG genehmigt werden (vgl. Ziff. 2.6 der SIMAP-Ausschreibung). Die Einstufung in die erwähnten



Kategorien erscheint unter Berücksichtigung des Gegenstands des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags als zutreffend und wird im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich demnach um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 3 zum BöB.

**2.4** Angesichts des Preises des berücksichtigten Angebots von Fr. 57'149'928.– (mit MWSt. 7.7 % und Optionen) übersteigt der Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 230'000.– (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BöB).

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

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

### **3.**

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

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

**3.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist aufgrund der

von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; BGE 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" mit Hinweisen; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

**3.3** Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerin mit der Publikation des Zuschlags implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen, womit die Beschwerdeführerin zu Recht nur die am 8. Mai 2023 publizierte Zuschlagsverfügung angefochten hat, welche grundsätzlich ein rechtsgültiges Anfechtungsobjekt bildet (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die Beschwerdeführerin beantragt in der Hauptsache die Aufhebung des Zuschlags, die Wiederzulassung zum Verfahren, die Anweisung an die Vergabestelle zur Neubewertung ihres Angebots bzw. sämtlicher nicht ausgeschlossener Angebote unter Ausstand gewisser Mitglieder des Evaluationsteams und die Erteilung des Zuschlags an sie. Sie macht im Wesentlichen geltend, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden und hält im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation fest, dass ihr offerierter Gesamtpreis mit Fr. [...] inkl. MWST deutlich unter dem publizierten Preis der Zuschlagsempfängerin liegen würde. Daneben macht die Beschwerdeführerin zusätzlich auch geltend, dass gemäss herrschender Lehre bereits jene Anbieterin ein schutzwürdiges Interesse habe, deren Rügen im Falle der Gutheissung zur Aufhebung des Ausschlusses führen würde und die Zuschlagschance im Rahmen der Legitimation nicht zu untersuchen seien.

Die Vergabestelle hat die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin nicht bestritten.

Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und damit implizit auch die Aufhebung des Ausschlusses der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren bzw. die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der

Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte. Der Offertpreis der Beschwerdeführerin ist im Vergleich zum Preis der Zuschlagsempfängerin günstiger, so dass nicht auszuschliessen wäre, dass eine Evaluation der Offerte der Beschwerdeführerin zu einer Änderung des Zuschlagsentscheids zu ihren Gunsten führen würde. Aufgrund dessen hat die Beschwerdeführerin auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, welches nach wie vor aktuell und praktisch ist (vgl. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E 1.4.1 "Studie Schienengüterverkehr").

Damit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob die Ausführungen der Beschwerdeführerin zuträfen, wonach das schutzwürdige Interesse einer im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossenen Anbieterin generell bereits zu bejahen sei, allein weil deren Rügen im Falle der Gutheissung zur Aufhebung des Ausschlusses führen würde.

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

**3.5** Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten (vgl. aber E. 7.5).

#### **4.**

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

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass zwei Mitglieder des Evaluationsteams zur Unternehmensgruppe "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" gehörten, welche mit der "C. \_\_\_\_\_ Gruppe", die als Bietergemeinschaft gemeinsam mit der B. \_\_\_\_\_ den Zuschlag erhalten habe, enge geschäftliche Beziehungen pflege. So gehe aus öffentlich zugänglichen Informationen hervor, dass die "C. \_\_\_\_\_ Gruppe" eine substantielle Auftraggeberin von "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" sei. Zur Untermauerung ihrer Ansicht legte die Beschwerdeführerin drei Pressemitteilungen der E. \_\_\_\_\_ bzw. eine ad-hoc-Meldung der C. \_\_\_\_\_ ins Recht, wonach die "C. \_\_\_\_\_ Gruppe" "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" in den Jahren 2011/2012, 2014 sowie 2019 jeweils einen Auftrag erteilt habe. Gemäss Ansicht der Beschwerdeführerin sei zudem davon auszugehen, dass die genannten drei

Geschäftsbeziehungen zwischen den Gruppen "C.\_\_\_\_\_" und "D.\_\_\_\_\_/ E.\_\_\_\_\_" nicht "abschliessend" seien.

Die Vergabestelle stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die beiden von der Beschwerdeführerin genannten Evaluationsteammitglieder von "D.\_\_\_\_\_/ E.\_\_\_\_\_" bereits in den Ausschreibungsunterlagen genannt worden seien. Auch die Pressemitteilungen betreffend die von der Beschwerdeführerin erwähnten drei Aufträge seien ab November 2021 schon lange vor dem Zeitpunkt der erstmaligen Geltendmachung von (angeblichen) Ausstandsgründen (am 11. Juli 2023) und weit vor der Publikation der Ausschreibungsunterlagen (am 16. August 2022) auf der Website der E.\_\_\_\_\_ aufgeschaltet bzw. verfügbar gewesen. Ein allfälliger Ausstandsanspruch der Beschwerdeführerin sei somit ohnehin wegen verspäteter Geltendmachung verwirkt. Im Übrigen würden die in den Pressemitteilungen erwähnten Geschäftsbeziehungen mehrheitlich Konzerngesellschaften der "C.\_\_\_\_\_" betreffen, es seien keine aktuellen geschäftlichen Verhältnisse zwischen der "C.\_\_\_\_\_ Gruppe" und "D.\_\_\_\_\_/ E.\_\_\_\_\_" vorhanden und der prozentuale Anteil der Auftragssumme der erwähnten drei Aufträge sei gemessen am Gesamtumsatz der "D.\_\_\_\_\_/ E.\_\_\_\_\_" im massgebenden Zeitraum sehr gering.

**4.2** Nach Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Insofern haben im Rahmen von Submissionsverfahren auch Anbieter einen Anspruch darauf, dass ihre Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Vergabebehörde beurteilt werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1071). Mit dem Inkrafttreten des revidierten BöB sieht Art. 13 BöB neu eine eigenständige Ausstandsregelung vor, wobei die Ausstandsgründe in Abs. 1 Bst. a-d weitgehend identisch mit denjenigen von Art. 10 Abs. 1 lit. a-c VwVG sind und der Auffangtatbestand von Art. 13 Abs. 1 lit. e weniger umfassend ist als derjenige von Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG (TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Rz. 1 zu Art. 13 BöB). Die Ausstandsregeln des allgemeinen Verfahrensrechts gelten grundsätzlich auch für öffentliche Auftraggeberinnen, wobei es im öffentlichen Beschaffungswesen zu verhindern gilt, dass die Anforderungen betreffend Ausstand überspannt werden (vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [im Folgenden: Botschaft BöB], BBl 2017 1851 ff., 1915).

### Art. 13 BöB lautet wie folgt:

<sup>1</sup>Am Vergabeverfahren dürfen auf Seiten der Auftraggeberin oder eines Expertengremiums keine Personen mitwirken, die:

- a. an einem Auftrag ein persönliches Interesse haben;
- b. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft verbunden sind oder eine faktische Lebensgemeinschaft führen;
- c. mit einer Anbieterin oder mit einem Mitglied eines ihrer Organe in gerader Linie oder bis zum dritten Grad in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind;
- d. Vertreterinnen oder Vertreter einer Anbieterin sind oder für eine Anbieterin in der gleichen Sache tätig waren; oder
- e. aufgrund anderer Umstände die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen.

<sup>2</sup> Ein Ausstandsbegehren ist unmittelbar nach Kenntnis des Ausstandsgrundes vorzubringen.

<sup>3</sup> Über Ausstandsbegehren entscheidet die Auftraggeberin oder das Expertengremium unter Ausschluss der betreffenden Person.

Ein persönliches Interesse nach dem vorliegend möglicherweise in Frage kommenden Bst. a von Art. 13 Abs. 1 BöB liegt vor, wenn das mit der Sache befasste Behördenmitglied entweder direkt oder indirekt betroffen ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], VwVG, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 10 N. 39 ff.). Der Bst. e von Art. 13 Abs. 1 BöB ist als Auffangtatbestand konzipiert und die dort erwähnten "anderen Umstände", welche die für die Durchführung öffentlicher Beschaffungen erforderliche Unabhängigkeit vermissen lassen, sind anhand des Einzelfalls zu bestimmen. Auf das subjektive Empfinden der Partei, welche die Befangenheit behauptet, kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob der Betroffene tatsächlich befangen ist (BGE 137 II 431 E. 5.2 m. H.). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_234/2007 vom 31. Januar 2008 E. 4.3). Insbesondere wirtschaftliche Interessen, in Form wirtschaftlicher Beziehungsnähe (z.B. eines Arbeitsverhältnisses oder sonstiger Geschäftsbeziehungen) oder im Rahmen eines Konkurrenzverhältnisses, können den Anschein von Befangenheit wecken, wobei objektive Gründe auf eine gewisse Intensität hindeuten müssen. Ausstands begründende Umstände liegen umso eher vor, je intensiver und aktueller das geschäftliche Verhältnis oder die Konkurrenz ist (BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, a.a.O., Art. 10 N. 87). Kontakte zwischen Auftraggeber und Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen oder bei einer Marktabklärung stellen in der Regel keine ausstands-

begründenden Umstände dar (Botschaft BöB, BBI 2017 1851 ff., 1915; TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 13 BöB).

Nach fester Gerichtspraxis wird gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs (Art. 5 Abs. 3 BV) verlangt, dass ein echter oder vermeintlicher Mangel so früh wie möglich, d.h. nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, geltend gemacht wird. Denn es verstösst gegen Treu und Glauben, Einwände dieser Art erst im Rechtsmittelverfahren vorzubringen, wenn der Mangel schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Wer den Mangel nicht unverzüglich vorbringt, wenn er davon Kenntnis erhält, sondern sich stillschweigend auf ein Verfahren einlässt, verwirkt den Anspruch auf spätere Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen (BGE 132 II 485 E. 4.3; Urteil des BVGer A-6210/2011 vom 5. September 2012 E. 4.2.2). Insofern sind Ausstandsgründe im Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid in der Hauptsache nur noch zu hören, wenn der Beschwerdeführer vorher keine Kenntnis von ihnen hatte oder deren Geltendmachung aus anderen Gründen nicht möglich war (Urteil des BVGer B-4632/2010 vom 21. April 2011 E. 3.5).

**4.3** In ihrer Begründung zum Ausstandsbegehren gegen die beiden Evaluationsteammitglieder von "D.\_\_\_\_\_ / E.\_\_\_\_\_" verweist die Beschwerdeführerin auf den Evaluationsbericht, welcher ihr mit den Vorakten am 26. Juni 2023 in einer teilweisen geschwärzten Version zugestellt wurde. Dass die beiden betroffenen Personen Einsitz im Beurteilungsgremium nahmen, konnte die Beschwerdeführerin allerdings bereits mit der Publikation der Ausschreibungsunterlagen am 16. August 2022 zur Kenntnis nehmen. Dort werden die beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder unter Ziff. 8.2.1 "Expertenkommission" namentlich genannt und darauf hingewiesen, dass sie zu "D.\_\_\_\_\_ / E.\_\_\_\_\_" gehören.

Die Beschwerdeführerin vertritt implizit den Standpunkt, dass sie erst aufgrund der Vorakten und insbesondere des Evaluationsberichts erfahren habe, dass die beiden betroffenen Kommissionsmitglieder nicht in den Ausstand getreten seien. Indes muss sich die Beschwerdeführerin aufgrund der klaren Ankündigung in den Ausschreibungsunterlagen die Kenntnis über den Einsitz beider Personen in der Expertenkommission bereits seit längerer Zeit anrechnen lassen. Der Beschwerdeführerin musste bereits mit Kenntnisnahme der Ausschreibungsunterlagen klar sein, dass die beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder bei der Beurteilung ihres Teilnahmeantrags mitwirkten. Zudem waren der Beschwerdeführerin die von

ihr geltend gemachten angeblich ausstands begründenden Tatsachen, nämlich die Geschäftsbeziehungen zwischen "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" und der "C. \_\_\_\_\_ Gruppe", wie sie selber geltend macht, aufgrund von entsprechenden Presseberichten und der Internetseite von "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" bekannt. Die Beschwerdeführerin stellt sich insbesondere nicht auf den Standpunkt, sie habe die ausstands begründenden Umstände erst mit der Zustellung der Vorakten und des Evaluationsberichts erfahren und zuvor keine Kenntnis davon gehabt. Die Bekanntheit der Geschäftsbeziehungen zwischen "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" und der "C. \_\_\_\_\_ Gruppe" und die Kenntnis der Rolle der beiden betroffenen Evaluations teammitglieder im vorliegenden Verfahren haben zur Folge, dass die Beschwerdeführerin den weiteren Verlauf des Verfahrens nicht abwarten durfte, bevor sie sich Rechenschaft darüber ablegte, ob die beiden Evaluationsteammitglieder von "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" ihrer Ansicht nach in den Ausstand zu treten haben. Das Versäumnis der Beschwerdeführerin, den Ausstand nicht nach dessen Kenntnis bei erster Gelegenheit, spätestens mit der Abgabe ihres Teilnahmeantrags, zu verlangen, kann nicht damit entschuldigt werden, dass zuerst Klarheit bestehen müssen, ob sich die beiden Evaluationsteammitglieder möglicherweise selber als befangen erklären. Ein solches Zuwarten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und ist rechtsmissbräuchlich, da die angeblich bestehende Befangenheit schon vorher hätte festgestellt und gerügt werden können. Nach dem Gesagten hat sich die Beschwerdeführerin stillschweigend auf ein Verfahren eingelassen, womit sie den Anspruch auf Anrufung der vermeintlich verletzten Ausstandsbestimmungen verwirkt hat und die entsprechende Rüge nicht zu hören ist.

**4.4** Selbst wenn das geltend gemachte Ausstandsbegehren nicht verspätet gestellt worden wäre, läge – wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt – kein Ausstandsgrund vor. Der letzte Auftrag, den "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" von der "C. \_\_\_\_\_ Gruppe" gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin erhalten hat, stammt aus dem Jahr 2019. Die Geschäftsbeziehung scheint daher nicht besonders aktuell. Die wirtschaftliche Beziehung zwischen den beiden Unternehmensgruppen könnte aufgrund der drei von der Beschwerdeführerin genannten Aufträge in elf Jahren auch nicht als intensiv gewertet werden. Die Ausführungen und eingereichten Unterlagen der Vergabestelle bestätigen, dass der prozentuale Anteil der Auftragssumme der drei erwähnten Aufträge gemessen am Gesamtumsatz von "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" im betreffenden Zeitraum im einstelligen Prozentbereich liegt und von der Vergabestelle zu Recht als "verschwindend gering" eingestuft wurde. Entgegen der Ansicht der

Beschwerdeführerin besteht kein Anschein der Befangenheit, da in den letzten elf Jahren lediglich drei Aufträge mit für "D. \_\_\_\_\_ / E. \_\_\_\_\_" vergleichsweise geringen Auftragssummen betroffen waren und die letzte Geschäftsbeziehung bereits 4 Jahre zurückliegt. Die Botschaft BÖB hält überdies in allgemeiner Art und Weise fest, dass zwischen Auftraggeber und Lieferanten im Rahmen bestehender Vertragsbeziehungen in der Regel keine ausstandsbegründende Umstände gesehen werden können (vgl. oben E. 4.2, 1. Absatz in fine). Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin keine weiteren Hinweise auf eine enge Bindung zwischen den betroffenen beiden Evaluationsteammitglieder und der "C. \_\_\_\_\_ Gruppe", auf andere gemeinsame Aktivitäten oder tangierte persönliche Interessen der beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder. Die Unbefangenheitserklärungen der beiden betroffenen Evaluationsteammitglieder, welche in den Akten liegen und der Beschwerdeführerin zugänglich gemacht wurden, sind nicht zu beanstanden.

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

## **5.**

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass ihr Angebot das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" erfülle.

**5.1** Das öffentliche Beschaffungsrecht bezweckt unter anderem den wirtschaftlichen und nachhaltigen Einsatz öffentlicher Mittel (Art. 2 Bst. a BÖB). Dementsprechend muss es sicherstellen, dass nur Anbieterinnen zugelassen werden, die überhaupt in der Lage sind, den Auftrag zu erfüllen. Im Rahmen eines Submissionsverfahrens ist deswegen die Befähigung jeder einzelnen Bewerberin zur Ausführung des Auftrags zu prüfen. Art. 27 Abs. 1 BÖB verlangt daher, dass die Auftraggeberin in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen objektiv erforderliche und überprüfbare Eignungskriterien festlegt, die insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbieterinnen zur Erfüllung des konkreten Projekts betreffen.

**5.2** Eignungskriterien dienen unter anderem dazu, den Kreis der Anbieterinnen auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.1 "Mobile Warnanlagen"; 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse



l"; Urteil B-6506/2020 E. 2.2 "A1 / Weiningen"). Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. Urteile des BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 "Engineered Materials Arresting System Piste 28"; 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 "CT-Ersatz Radiologie"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.10.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"). Ein fehlendes Eignungskriterium kann nicht durch Übererfüllung anderer Eignungskriterien kompensiert werden (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Mehreignung"; Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 10.2 "Gittermasten"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 580).

**5.3** Die Vergabebehörde ist an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 2 Bst. b und c BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-4958/2013 vom 23. Oktober 2013 E. 4.6.1 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteile des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.3 "Präqualifikation Ittigen" und B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 "Lüftung Belchentunnel").

**5.4** Die Eignungskriterien können insbesondere die Erfahrung der Anbietenden betreffen (vgl. Art. 27 Abs. 2 BöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 5.1 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Als Nachweise gelten Referenzen, bei welchen die Auftraggeberin in Erfahrung bringen kann, ob die Anbieterin ihre bisherigen Leistungen ordnungsgemäss erbracht hat, und insbesondere folgende Auskünfte einholen kann: Wert der Leistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung sowie Stellungnahme der damaligen Auftraggeberin, ob die Leistung den anerkannten Regeln der Technik entsprach und ob die Anbieterin sie ordnungsgemäss erbracht hat (vgl. Art. 27 BöB und Anhang 3 Ziff. 12 VöB sowie den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom

19. April 2022 E. 5.3 und E. 5.4 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

## **6.**

Die Vorinstanz begründet den Ausschluss, wie bereits erwähnt, damit, dass eines der beiden von der Beschwerdeführerin als Nachweis für die Erfüllung des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" eingereichten Referenzprojekte die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen nicht erfüllt. Konkret werde die Anforderung nicht erfüllt, wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden sein darf. Nebst der inhaltlichen Vergleichbarkeit der Referenzprojekte mit dem ausgeschriebenen Auftrag sei für die Vergabestelle wesentlich, dass die Eignung der Anbieterin für IT-Systeme nach dem Stand der Technik nachgewiesen werde, weshalb die IT-Systeme ein gewisses Alter nicht überschreiten dürften. Angesichts der rasanten technischen Entwicklung in diesem Gebiet (speziell in Bezug auf Cloud-Computing und Security Architekturen) sei die fünf-Jahresfrist angemessen und keinesfalls zu strikte.

Es wird deshalb im Folgenden zunächst auf die beschwerdeführerische Rüge eingegangen, wonach im Eignungskriterium EK 08 "Erfahrung" kontinuierliche Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Referenzprojekts bzw. eines IT-Systems eigenständige Inbetriebnahmen darstellen würden. Es ist hierfür die Frage zu klären, wie das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" zu verstehen ist.

**6.1** Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1 "Leitsystem und Netzwerk A9"; Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.3.2 "Mediamonitoring ETH-Bereich II"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 ff.). Bei technisch geprägten Begriffen ist zudem dem Verständnis Rechnung zu tragen, wie es in der Fachwelt verbreitet ist oder im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt von den Beteiligten verstanden worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; siehe zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.1 und E. 6.2.2 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"). Vergleichbare Leistungen oder

Arbeiten müssen zwar nicht mit der ausgeschriebenen Leistung identisch, aber dieser doch ähnlich sein und nahekommen (vgl. Urteile des BVGer B-4941/2020 vom 6. April 2021 E. 3.8 "2TG Bauherrenvermesser" und B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.10.1 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und Zwischenentscheide des BVGer B-6332/2016 vom 21. November 2016 E. 5.7.1 "Erneuerung Videoanlage II" und B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.6.6 "Bahnstromversorgungsanlagen").

Die Vergabestelle verfügt allerdings nicht nur bei der Formulierung, sondern auch bei der Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 "Réhabilitations des bains"; Urteil des BVGer B-3875/2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557 und 564 f.). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6506/2020 E. 3.5.2 "A1 / Weiningen" und B-3875/2016 E. 3.2 "Umnutzung Bundesarchiv"). Das Bundesverwaltungsgericht greift nur ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Entscheid der Vergabestelle, welche als Referenz ausgewählten Arbeiten sie mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet. Namentlich umfasst das Ermessen der Vergabestelle die Beurteilung, ob eine Referenz ausreichend belege, dass eine Unternehmung den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen in der Lage sei (vgl. Urteile des BVGer B-6506/2020 E. 2.3 "A1 / Weiningen", B-3875/2016 E. 3.2 u. 3.7 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.6.5 "Bahnstromversorgungsanlagen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 565, je m.H.).

Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien bezweckt, wie bereits erwähnt, einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieterinnen in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens". Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV) schützt die Anbieterin, die ihr Angebot so verfasst und diejenige Nachweise beigebracht hat, von denen sie

aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen (vgl. Urteil des BVGer B-4467/2021 vom Urteil vom 15. Juni 2022 E. 3.3.5 "ETH / Sanierung Einstellgarage und Vorplatz").

**6.2** Die einschlägigen Passagen in der Ausschreibung vom 16. August 2022 bzw. den Ausschreibungsunterlagen zum Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" lauten wie folgt (vgl. Ziff. 3.8 der Ausschreibung):

"Die nachfolgend aufgeführten Eignungsnachweise müssen vollständig und ohne Einschränkungen oder Modifikation mit der Unterbreitung des Angebotes bestätigt bzw. beigelegt und erfüllt werden, ansonsten wird nicht auf das Angebot eingegangen."

[...]

"Der Anbieter verfügt über Erfahrung in Projekten, die mit dem vorliegenden Auftrag hinsichtlich Umfang und Komplexität vergleichbar sind. Er weist diese Erfahrung anhand von maximal 5 Referenzen in den letzten 5 Jahren vor Eingabefrist nach.

Referenzauskünfte über vom Anbieter für den Bund realisierte Projekte werden nur zugelassen, wenn die aufgeführten Referenzpersonen jeweils schriftlich ihre Zustimmung zur Auskunftserteilung gegeben haben.

Nachweis

Für jedes der maximal 5 Referenzprojekte ist ein entsprechendes vollständig ausgefülltes Referenzformular N-204 einzureichen. Werden mehr als 5 Referenzobjekte eingereicht, erfolgt keine Prüfung der Referenzobjekte bis der Anbieter nach Terminvorgabe des Auftraggebers die Anzahl der Referenzobjekte auf die geforderten max. 5 reduziert hat.

Der Auftraggeber behält sich vor, die angegebenen Kontaktpersonen zu kontaktieren. Die genannte Kontaktperson muss erreichbar sein (Ferienabwesenheiten und entsprechende Stellvertreter sind zu nennen).

Mindestanforderungen an die Referenzprojekte sind in Ziffer 6.1 im Anhang N-101 definiert."

Die Ausschreibungsunterlagen halten im Anforderungskatalog nochmals die gleichlautende Umschreibung des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" fest (vgl. Anforderungskatalog, S. 12).

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen und den Ausführungen der Vergabestelle müssen die Anbieterinnen im Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" sowohl Erfahrung im Betrieb von IT-Systemen (erste Referenzprojektkategorie Ziff. 6.1.1 des N-101-Anforderungskatalogs, abgedeckt durch die Nachweise [1] – [3]) als auch Erfahrung in der Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung solcher IT-Systeme (zweite Referenzprojektkategorie

gemäss Ziff. 6.1.2 des N-101-Anforderungskatalogs, abgedeckt durch die Nachweise [4] und [5]) belegen. Die eingereichten Referenzprojekte der Anbieterinnen mussten – gesamthaft – also die Nachweise [1] – [5] erbringen und konnten mit einem einzigen oder mit mehreren Referenzprojekten nachgewiesen werden, maximal jedoch mit fünf Referenzprojekten (vgl. Ziff. 6.1.1 des N-101-Anforderungskatalogs). Die erste Referenzprojektkategorie "Erfahrung im Betrieb von IT-Systemen" (vgl. Anforderungskatalog Ziff. 6.1.1) und die Nachweise [1] - [3] liegen im vorliegenden Verfahren nicht im Streit. Jedes eingereichte Referenzprojekt der zweiten Referenzprojektkategorie "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung" musste sodann in den Nachweisen [4] und [5] folgende drei Anforderungen erfüllen (vgl. Anforderungskatalog Ziff. 6.1.2, S. 13):

- "Das IT-System befand sich vor Ablauf der Angebotsfrist für mindestens 12 Kalendermonate im produktiven Betrieb."
- "Das IT-System wurde nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen."
- "Die Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung der Bestandteile des IT-Systems wurde durch den Anbieter oder einem Mitglied der Bietergemeinschaft (siehe Ziff. 2.2) oder einem benannten Subunternehmer (siehe Ziff. 2.3) durchgeführt."

Die genannten Nachweise [4] und [5] lauten wie folgt:

**"[4] Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von IT-Anwendungen**

Der Nachweis umfasst die Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von mindestens einer IT-Anwendung sowie ihrer Schnittstellen, welche Daten aus räumlich verteilter Informationstechnik sammelt und verarbeitet. Die IT-Anwendung muss in einem Rechenzentrum betrieben werden.

**[5] Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von mobiler Informationstechnik**

Der Nachweis umfasst die Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von räumlich verteilter mobiler Informationstechnik (Hardware oder Software oder Kombination aus Hard- und Software) von mindestens 5'000 Stück."

Im Anforderungskatalog werden im Rahmen einer Präzisierung zu den Nachweisen [1] bis [5] unter anderem "Betrieb eines IT-Systems" und "produktiver Betrieb eines IT-Systems" umschrieben (vgl. Anforderungskatalog Ziff. 6.1.3):

"Der '**Betrieb eines IT-Systems**' ist gekennzeichnet durch die dauerhafte Durchführung aller Aktivitäten, die für die kontinuierliche Leistungserbringung des IT-Systems."

"Der '**produktive Betrieb eines IT-Systems**' ist der Betrieb eines IT-Systems, nachdem der Auftraggeber/Kunde das IT-System final abgenommen hat (im Gegensatz zum Betrieb des IT-Systems in vorgelagerten Testphasen, Integrationsstufen oder Pilotphasen)."

Im Referenzformular N-204, das gemäss Ausschreibung für jedes eingereichte Referenzprojekt auszufüllen war, wird neben diversen Angaben auch der "Zeitpunkt der Inbetriebnahme bzw. Betriebszeitraum" abgefragt.

Die zwei am 8. September und 13. Oktober 2022 durchgeführten Fragestunden beinhalteten keine Ausführungen zum zulässigen Alter der Referenzen.

**6.3** Der Wortlaut des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" ist insoweit klar und die Parteien bestreiten nicht, dass zur Erfüllung des genannten Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" ein Referenzprojekt in der Kategorie "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung" einzureichen war, um die geforderten Nachweise [4] und [5] abzudecken. Die Beschwerdeführerin hat hierfür das Referenzprojekt 1 (vgl. Sachverhalt Bst. B) eingereicht. Ebenfalls sind sich die Parteien einig, dass das Referenzprojekt 1 in den Nachweisen [4] und [5] unter anderem die Anforderung erfüllen muss, wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden ist.

**6.4** Umstritten und in der Folge zu beurteilen ist jedoch, was nach Treu und Glauben im Hinblick auf die von einem Referenzprojekt zu erfüllende Anforderung, wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden ist, als Inbetriebnahme verstanden werden kann.

**6.5** Vor dem Bundesverwaltungsgericht führt die Beschwerdeführerin nicht in allgemeiner Art und Weise aus, wie der Begriff der Inbetriebnahme von den Anbieterinnen in guten Treuen habe verstanden werden können und müssen. Mit Blick auf das von ihr eingereichte Referenzprojekt 1 macht sie jedoch konkret geltend, der Begriff der Inbetriebnahme sei in der Ausschreibung, entgegen anderer Begriffe, nicht definiert worden, weshalb diesbezüglich zumindest ein gewisser Auslegungsspielraum bestehe. Mit Blick auf das von ihr eingereichte Referenzprojekt 1 stellt sich die Beschwerdeführerin sodann auf den Standpunkt, dass sie insbesondere kontinuierlich Erweiterungen der "ESF und ETBO Software" um neue Ländermauten durchgeführt habe. Da das Referenzprojekt 1 für den Bereich der Weiterentwicklung von Bestandteilen vorgesehen gewesen sei, ergebe

sich bei korrekter Auslegung gemäss der Beschwerdeführerin, dass die in Frage stehenden Weiterentwicklungen als eigenständige Inbetriebnahmen zu qualifizieren seien. Entsprechend hätte der Vergabestelle auffallen müssen, dass diese "kontinuierlichen Erweiterungen bzw. Weiterentwicklungen" aktuellere Inbetriebnahmen darstellten als der beim Referenzprojekt 1 im entsprechenden Referenzformular N-204 von der Beschwerdeführerin als "Zeitpunkt der Inbetriebnahme bzw. Betriebszeitraum" erwähnte "Relaunch" des Gesamtsystems im Juli 2017.

In der Folge erwähnt die Beschwerdeführerin verschiedene konkrete "Erweiterungen" und "Folgeprojekte", welche "Weiterentwicklungen des IT-Systems" darstellen würden.

**6.6** Gemäss der Ansicht der Vergabestelle sei die gesicherte Leistungsfähigkeit einer Anbieterin – und somit das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" als einziges fachliches Eignungskriterium – für die vorliegende Ausschreibung von hoher Bedeutung. Nebst der inhaltlichen Vergleichbarkeit der Referenzprojekte mit dem ausgeschriebenen Projekt sei, wie bereits erwähnt (vgl. E. 6), für die Vergabestelle wesentlich, dass die Eignung der Anbieterin für IT-Systeme nach dem Stand der Technik nachgewiesen werde, weshalb die IT-Systeme ein gewisses Alter nicht überschreiten dürfen.

Aufgrund der Definitionen im Anforderungskatalog zu "Betrieb eines IT-Systems" und "produktiver Betrieb eines IT-Systems" (vgl. oben E. 6.2) sei erstellt, dass ein IT-System nach seiner finalen Abnahme in Betrieb genommen werde. Daher habe die Vergabestelle bei der Bestimmung des Zeitpunkts der Inbetriebnahme auf die Definition "produktiver Betrieb eines IT-Systems" abgestellt. Dies sei auch angesichts des allgemeinen technischen Verständnisses der Inbetriebnahme gerechtfertigt, wonach darunter der erste bestimmungsgemässe Gebrauch eines IT-Systems zu verstehen sei. Weiterentwicklungen und Erweiterungen eines Systems könnten gemäss Ansicht der Vergabestelle nicht als "Inbetriebnahmen" bezeichnet werden. Weiterentwicklungen und Erweiterungen eines Systems seien übliche fachliche Kerntätigkeiten einer Anbieterin, die mit den Nachweisen [4] "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von IT-Anwendungen" und [5] "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung von mobiler Informationstechnik" überprüft würden. Von einer Inbetriebnahme könne nur dann gesprochen werden, wenn ein System grundsätzlich konzipiert werde, beispielsweise mit einer neuen Software.

## 6.7

**6.7.1** In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabestelle die Mindestanforderungen zum Eignungskriterium EK 08 "Erfahrung" relativ ausführlich beschrieben und die im vorliegenden Verfahren strittige Anforderung in den Nachweisen [4] und [5] für Referenzprojekte der Kategorie "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung", wonach das IT-System nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden sein dürfe, geregelt (vgl. E. 6.2). In den drei Anforderungen, welche ein Referenzprojekt in den Nachweisen [4] und [5] erfüllen muss, wird neben der 5-Jahresfrist separat und explizit auch das Erfordernis genannt, dass eine Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung der Bestandteile des IT-Systems durchgeführt worden sein muss. Entsprechend den Ausführungen der Vergabestelle verlangen die Ausschreibungsunterlagen in den Nachweisen [4] und [5] somit ein Referenzprojekt mit einem IT-System, das nicht älter als fünf Jahre ist und das durch die Anbieterin (oder einem Mitglied der Bietergemeinschaft oder einem benannten Subunternehmer) entwickelt, integriert oder weiterentwickelt worden ist. Mit anderen Worten sollen die Anbieter mit dem Referenzprojekt aufzeigen, dass sie ein relativ neues IT-System, das nicht älter als 5 Jahre ist, entwickelt, integriert oder weiterentwickelt haben. Mit diesen Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen will die Vergabestelle sicherstellen, dass die Anbieterin geeignet ist, ein dem Stand der Technik entsprechendes IT-System, und nicht etwa ein älteres IT-System zu entwickeln, zu integrieren oder weiterzuentwickeln. In der Formulierung der genannten Anforderung sieht das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Ausführungen der Beschwerdeführerin somit keine Anhaltspunkte dafür, dass Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Referenzprojekts, beispielsweise um neue Ländermauten, als eigenständige Inbetriebnahmen eines IT-Systems gewertet werden könnten, wenn die Erweiterungen und Weiterentwicklungen, wie vorliegend, auf einem IT-System basieren, das früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden ist. Die Erweiterung oder die Weiterentwicklung könnte diesfalls nicht als Inbetriebnahme eines IT-Systems gewertet werden, weil das Gesamt- oder Grundsystem (unbestritten) nicht jünger als fünf Jahre wäre. Es handelt sich bei der 5-Jahresfrist und dem Erfordernis der Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung eines IT-Systems um zwei unabhängige Anforderungen, die ein Referenzprojekt zu erfüllen hat. Mit dem Verständnis der Beschwerdeführerin würde nach dem Gesagten die explizit in den



Ausschreibungsunterlagen aufgestellte Anforderung, wonach das IT-System eines Referenzprojekts in den Nachweisen [4] und [5] nicht früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen worden sein dürfe, ausgehebelt.

**6.7.2** Zentral ist in casu nach dem Gesagten, dass sowohl die Anforderung 1 und 2, also jene hinsichtlich des produktiven Betriebs sowie des Alters der Software, explizit das IT-System als solches und nicht wie in der Anforderung 3 (und in den Nachweisen [4] und [5]) die Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung zum Gegenstand haben (vgl. E. 6.2). Mit anderen Worten unterscheiden die Ausschreibungsunterlagen, soweit sie den Gegenstand und die Fristanforderungen zu den verlangten Referenzprojekten regeln, explizit und in diesem Sinn auch erkennbar zwischen einerseits der "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung" und andererseits dem IT-System als solchem. In den Ausschreibungsunterlagen kommt nach dem Gesagten klar zum Ausdruck, dass das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" ein Referenzprojekt mit einem IT-System verlangt, dessen erstmalige Inbetriebnahme nicht weiter als fünf Jahre zurückliegt sowie eine Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung zum Gegenstand hat. Mit der im Anforderungskatalog enthaltenen Umschreibung des "produktiven Betriebs" eines IT-Systems, die als massgebenden Zeitpunkt die finale Abnahme des IT-Systems durch den Auftraggeber/Kunden nennt, wird im Übrigen ebenfalls bestätigt, dass nach der finalen Abnahme erfolgte Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Referenzprojekts, die nicht auf einer neuen Software basieren, nicht als eigenständige Inbetriebnahmen eines IT-Systems zu gelten haben, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet. Vielmehr stützt die genannte Umschreibung im Anforderungskatalog die Ansicht der Vergabestelle, wonach als Inbetriebnahme der erste bestimmungsgemässe Gebrauch eines IT-Systems zu verstehen sei.

Mit der Erweiterung oder Weiterentwicklung eines IT-Systems wird, basierend auf der in den Ausschreibungsunterlagen getroffenen Unterscheidung zwischen einerseits der "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung" und andererseits dem IT-System als solchem, nicht das ursprüngliche IT-System als solches abgelöst, das durch den Kunden/Auftraggeber final abgenommen wurde, sondern das ursprüngliche IT-System wird erweitert oder weiterentwickelt. Zumindest aus der Optik der Vergabestelle und der Ausschreibungsunterlagen wäre somit nicht sichergestellt, dass das IT-System des Referenzprojekts dem Stand der Technik entsprechen würde,

da das Grundsystem bzw. die zugrunde liegende Software nicht jünger als fünf Jahre wäre.

**6.7.3** Im Übrigen scheint auch die Beschwerdeführerin bei der Angebots-einreichung – im Gegensatz zu ihren Ausführungen vor dem Bundesverwaltungsgericht – davon ausgegangen zu sein, dass das in Frage stehende Referenzprojekt im Juli 2017 anlässlich eines "Relaunch des Gesamtsystems" in Betrieb genommen worden sei und die vor dem Bundesverwaltungsgericht erwähnten Erweiterungen und Weiterentwicklungen keine eigentlichen Inbetriebnahmen darstellten. Im entsprechenden Referenzformular N-204 für das Referenzprojekt 1 der Beschwerdeführerin finden sich sowohl unter dem Titel "Zeitpunkt der Inbetriebnahme, bzw. Betriebszeitraum" als auch im restlichen Formular nämlich keine Anhaltspunkte darauf, dass Erweiterungen und Weiterentwicklungen des in Frage stehenden Referenzprojekts von der Beschwerdeführerin möglicherweise als eigenständige Inbetriebnahmen verstanden worden wären. Entgegen der Begründung der Beschwerdeführerin vor dem Bundesverwaltungsgericht, wonach kontinuierliche Erweiterungen der "ESF und ETBO Software um neue Ländermaturen" als eigenständige Inbetriebnahmen zu qualifizieren wären, hält sie in diesem Zusammenhang auf dem Referenzformular N-204 unter dem Stichwort "Systembeschreibung" Folgendes fest:

"Die ESF und ETBO Software wird im Rahmen der Softwarepflege kontinuierlich um neue EETS- Ländermaturen erweitert."

Die Erweiterung um neue Ländermaturen stellt gemäss Angaben im Referenzformular N-204 nach Ansicht der Beschwerdeführerin also "Softwarepflege" dar. Die kontinuierlichen Erweiterungen der "ESF und ETBO Software" für neue Ländermaturen stellen also gemäss Auffassung der Beschwerdeführerin im Referenzformular N-204 keine eigenständigen Inbetriebnahmen eines IT-Systems dar, sondern sind eher als Updates oder Upgrades zu verstehen.

**6.7.4** Nach dem bisher Gesagten findet die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach kontinuierlichen Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Referenzprojekts bzw. eines IT-Systems eigenständige Inbetriebnahmen darstellten, weder im Wortlaut des Eignungskriteriums EK08 "Erfahrung" eine Stütze, noch wird die Ansicht der Beschwerdeführerin durch die Ausschreibungsunterlagen bestärkt.

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" und die Angaben im Anforderungskatalog nicht in

guten Treuen so verstehen durfte, dass kontinuierliche Erweiterungen der "ESF und ETBO Software" um neue Ländermauten im Referenzprojekt 1 eigenständige Inbetriebnahmen darstellten. Vielmehr ist die Ansicht der Vergabestelle zutreffend, wonach die Anbieterinnen nach Treu und Glauben grundsätzlich den ersten bestimmungsgemässen Gebrauch eines IT-Systems, nach der finalen Abnahme durch den Kunden/Auftraggeber, als Inbetriebnahme im Sinne des Anforderungskatalogs verstehen mussten und insbesondere Erweiterungen und Weiterentwicklungen eines Referenzprojekts, die nicht auf einer neuen Software basieren, keine eigenständigen Inbetriebnahmen eines IT-Systems darstellen.

## 7.

**7.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich ferner auf den Standpunkt, der angebliche Fehler, der zu ihrem Ausschluss geführt habe, liege in der Angabe eines Projekts, das – selbst wenn man die kontinuierlichen Überarbeitungen und Erweiterungen des Systems unberücksichtigt liesse – gerade einmal vier Monate vor dem in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Referenzzeitraum von 5 Jahren in Betrieb genommen worden sei. Dieser angebliche Fehler habe "keinerlei Einfluss auf das Preis-Leistungs-Verhältnis", "so dass seine Korrektur keine spürbaren Auswirkungen auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, der Transparenz, der Gleichbehandlung und des gesunden Wettbewerbs gehabt hätte". Die Ungewissheit hätte leicht durch eine Rückfrage der Vergabebehörde beseitigt werden können, zumal die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot bestätigt habe, dass das Referenzprojekt 1 in den Referenzzeitraum falle. Sie habe in ihrem Angebot zum Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" nämlich festgehalten, dass sie mit zwei Referenzprojekten die geforderten 5 Nachweise abdecke und hierbei das Referenzprojekt 1 die Nachweise [1], [2], [4] und [5] erfülle. Die Vergabestelle habe durch den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin ohne Rückfragen gegen die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Verbots von überspitztem Formalismus verstossen.

**7.2** Die Vergabestelle ist mit Blick auf das Referenzprojekt 1 der Beschwerdeführerin der Ansicht, dass kein bereinigungsfähiger Mangel vorgelegen habe. Die Nichterfüllung der 5-Jahresfrist sei als wesentlicher Mangel zu qualifizieren gewesen. Insbesondere wäre es bei einer Nachfrage nicht bloss darum gegangen, nachträglich klärende Angaben zu klar feststehenden Details des Referenzobjektes 1 zu machen. Vielmehr hätte der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zugestanden werden müssen, nachträglich ein anderes/weiteres Referenzprojekt einzureichen. Dies hätte aber

eine Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Anbieterinnen bewirkt, welche die 5-Jahresfrist mit den fristgerecht eingereichten Referenzen erfüllt hätten. Im Übrigen sei das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" mittels Referenzprojekt und nicht mittels Bestätigung (beispielsweise durch Ankreuzen eines Kästchens) zu erfüllen gewesen. Die Anmerkung der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot zum Eignungskriterium EK08, wonach sie mit 2 Referenzprojekten die 5 geforderten Nachweise abdecke, sei keineswegs als Bestätigung der Erfüllung der Nachweise [1] – [5] zu verstehen gewesen, sondern als Hinweis darauf, dass die Beschwerdeführerin zwei Referenzprojekte einreiche und unter der zulässigen maximalen Anzahl von 5 Referenzprojekten bleibe.

**7.3** Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB kann die Vergabestelle eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen, wenn deren Offerte von verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung wesentlich abweicht. Grundsätzlich zum Ausschluss führt, wie bereits erwähnt, unter anderem die Nichterfüllung von Eignungskriterien (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 "Erneuerung Prozesssteuerungen und Leitsystem"; Urteile des BVGer B-5124/2021 vom 7. Juli 2022 E. 5.6 m.H. "zweite Gotthardröhre", B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 4 "Übersetzungsdienstleistungen" und B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.1 "Archivumnutzung"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., N. 580). Auf einen Ausschluss kann jedoch verzichtet werden, wenn er sich als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweisen würde (vgl. BGE 145 II 249 E. 3.3 und 143 I 177 E. 2.3.1 "Sammlung und Transport von Siedlungsabfall"; Urteile des BGER 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 "CT-Ersatz Radiologie" und 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 "Engineered Materials Arresting System Piste 28"; Zwischenentscheid des BVGer B-1256/2022 vom 26. Oktober 2022 E. 6.2.4 "Portfolio-management"; Urteil des BVGer B-3709/2021 vom 2. Juni 2022 E. 11.2 f. "Übersetzungsdienstleistungen").

In Bezug auf die Frage, ob die Vergabestelle einer Anbieterin Gelegenheit geben darf oder sogar muss, eine nicht den Anforderungen entsprechende Offerte zu ergänzen, unterscheidet die Praxis drei Kategorien (vgl. zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.2 "Google/Public Cloud" und B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.2 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"):

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. Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. 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 gewissen 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 der Zweck, den die in Frage stehende (Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2 "Krankenhaus Riviera Chablais"; Urteil des BGer 2C\_257/2016 E. 3.3 "Stoffhandtuchrollen Basel"). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie").

## 7.4

**7.4.1** Der Vergabestelle kommt ein grosser Ermessensspielraum bezüglich der Frage zu, inwieweit die beigebrachten Eignungsnachweise die in den Ausschreibungsbestimmungen vorgegebenen Anforderungen erfüllen und diesbezügliche Ermessensentscheide der Vergabestelle überprüft die Rechtsmittelinstanz, wie bereits erwähnt, nur auf Rechtsfehler hin (vgl. E. 6.1). In casu übte die Vergabestelle ihr Ermessen nach dem bisher Gesagten nicht rechtsfehlerhaft aus, wenn sie die im Referenzformular N-204 von der Beschwerdeführerin erwähnten Erweiterungen und Weiterentwicklungen des Referenzprojekts 1 nicht als eigenständige Inbetriebnahmen im Sinne des Anforderungskatalogs verstanden hat, sondern sich auf die folgende Angabe der Beschwerdeführerin im Referenzformular N-204 zum Referenzprojekt 1 unter dem Stichwort "Zeitpunkt der Inbetriebnahme, bzw. Betriebszeitraum" verlassen hat:

"Relaunch des Gesamtsystems im Juli 2017, in Betrieb bis mindestens 2023"

Insoweit ist der Standpunkt der Vergabestelle nicht zu beanstanden, wonach sie davon ausgehen durfte, dass das Referenzprojekt 1 der Beschwerdeführerin die Mindestanforderung nicht erfüllt, weil das IT-System früher als 5 Jahre vor Ablauf der Angebotsfrist in Betrieb genommen wurde. Die Angebotsfrist ist am 9. Januar 2023 abgelaufen und das

Referenzprojekt 1 bzw. das IT-System wurden mit dem "Relaunch des Gesamtsystems" im Juli 2017 in Betrieb genommen. An dieser Beurteilung ändert sich im Übrigen auch dann nichts, wenn der Fristberechnung ab Juli 2017 die ursprüngliche Angebotsfrist (15. November 2022) zu Grunde gelegt würde.

**7.4.2** Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien bezweckt, wie bereits erwähnt, einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieterinnen in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens". Zudem hält die Vergabestelle mit Blick auf die 5-Jahresfrist fest, dass ein IT-System ein gewisses Alter nicht überschreiten dürfe, weil die Eignung einer Anbieterin nach dem Stand der Technik nachgewiesen werden müsse. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist die von der Vergabestelle angewandte 5-Jahresfrist sachlich begründet. Ein Ausserachtlassen der verfahrensgegenständlichen 5-Jahresfrist bzw. die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, würde, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz in unzulässiger Weise verletzen.

**7.4.3** Nach dem bisher Gesagten ist das Angebot der Beschwerdeführerin mit Blick auf die Frage einer allfälligen Ergänzung der Offerte bzw. hinsichtlich der Rüge der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz hätte Rückfragen stellen müssen, in jene von der Praxis gebildete Kategorie einzuteilen (vgl. oben E. 7.3), in welcher die Vergabestelle ein Angebot aufgrund der Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss.

**7.4.4** Selbst wenn die Grenzziehung zwischen der zweiten und der dritten Kategorie betroffen wäre (vgl. zu den Kategorien E. 7.3), die darüber entscheidet, ob die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums berechtigt war, die mangelbehaftete Offerte der Beschwerdeführerin auszuschliessen, oder ob sie verpflichtet gewesen wäre, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu bieten, hätte die Vergabestelle aus den folgenden Gründen keine Rückfragen stellen müssen:

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass erstens das im Referenzformular N-204 für das Referenzprojekt 1 unter dem Stichwort "Zeitpunkt der Inbetriebnahme" von ihr angegebene Datum des Relaunches des Gesamtsystems mit Juli 2017 klar und eindeutig ist. Im Angebot der Beschwerdeführerin sind keine Hinweise vorhanden, wonach nicht der "Relaunch des Gesamtsystems im Juli 2017" als für das Referenzprojekt 1 massgeblicher Zeitpunkt der Inbetriebnahme zu verstehen sei. So weist insbesondere die beschwerdeführerische Angabe unter dem Stichwort "Systembeschreibung" im Referenzformular N-204, wonach die "ESF und ETBO Software" im Rahmen der Softwarepflege kontinuierlich um neue EETS- Ländermodulen erweitert würde, auf keine konkreten Zeitpunkte und auf keine konkrete neue Software hin, die als "alternative" Inbetriebnahme hätte gewertet werden können. Falls die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Angebotseinreichung tatsächlich davon ausgegangen wäre, dass Erweiterungen und Weiterentwicklungen für sich alleine eigenständige Inbetriebnahmen eines IT-Systems darstellen würden, wäre zu erwarten gewesen, dass sie dies im Referenzformular N-204, insbesondere unter dem Stichwort "Zeitpunkt der Inbetriebnahme, bzw. Betriebszeitraum" entsprechend vermerkt hätte. Zweitens hat die Vergabestelle für das Bundesverwaltungsgericht nachvollziehbar ausgeführt, dass sie die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" in dem Sinne verstanden habe, dass die Beschwerdeführerin die maximale Anzahl von fünf Referenzprojekten zur Erfüllung der geforderten fünf Nachweise nicht ausnütze, sondern nur zwei Referenzprojekte angeben wolle. Ein solches Verständnis drängt sich nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auf, weil das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" gerade nicht durch eine reine Bestätigung, beispielsweise mittels Ankreuzens eines Kästchens zu erfüllen war, sondern die Anbieterinnen Referenzprojekte in zwei Kategorien zur Erfüllung von insgesamt fünf Nachweisen einzureichen hatten. Die Angaben der Beschwerdeführerin zum Eignungskriterium EK08 "Erfahrung", wonach sie mit zwei Referenzprojekten die geforderten fünf Nachweise erfülle, vermögen daher von vorneherein nicht eine konkrete Beurteilung der Referenzprojekte durch die Vergabestelle zu ersetzen oder vorwegzunehmen. Die Vergabestelle musste die eingereichten Referenzprojekte der Beschwerdeführerin zwingend und unabhängig von weiteren ergänzenden Angaben durch die Beschwerdeführerin auf die Vergleichbarkeit mit dem ausgeschriebenen Projekt und auf die Einhaltung der Mindestanforderungen überprüfen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bestand für die Vergabestelle also keine Ungewissheit und kein Widerspruch, welche eine Rückfrage für nötig hat erscheinen lassen.

**7.4.5** Zusammenfassend bleibt es dabei, dass die Nichterfüllung der 5-Jahresfrist durch das Referenzprojekt 1 der Beschwerdeführerin in der Referenzkategorie "Entwicklung, Integration oder Weiterentwicklung" für die Vergabestelle aufgrund der Angaben der Beschwerdeführerin im Referenzformular N-204 erstellt war. Die Vergabestelle hatte keinen Anlass und auch keine Verpflichtung dazu, hinsichtlich der Inbetriebnahme des Referenzprojekts 1 Rückfragen an die Beschwerdeführerin zu stellen. Der Verzicht der Vergabestelle auf Rückfragen ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht überspitzt formalistisch und verletzt auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht.

## **7.5**

**7.5.1** Die Beschwerdeführerin rügt zudem, die Vergabestelle habe das Gleichbehandlungsgebot missachtet, weil die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit zur Bereinigung ihres Angebots erhalten habe, obwohl das Angebot der Zuschlagsempfängerin bezüglich der Eignungskriterien und der technischen Spezifikationen bereinigt worden sei. Der Zuschlagsempfängerin sei das Recht eingeräumt worden, Unterlagen zur Erfüllung des Eignungskriterium EK 02 (Firmengrösse / Mindestumsatz) nachträglich einzureichen und es seien umfangreiche Bereinigungen im Rahmen der technischen Spezifikationen vorgenommen worden.

**7.5.2** Die Vergabestelle hält im Zusammenhang mit Angebotsbereinigungen der Beschwerdegegnerin fest, dass im Eignungskriterium EK02 "Firmengrösse/ Mindestumsatz" das entsprechende Formular N-101 als Nachweis ein Bestätigungskästchen vorsehe, wonach "der Anbieter bestätigt, mittels der Umsatzzahlen in den Geschäftsberichten der vorangegangenen 3 Jahre, dass er über eine genügende wirtschaftliche / finanzielle Leistungsfähigkeit verfügt, um den Auftrag erfüllen zu können". Gefordert sei zudem ein gemittelter Jahresumsatz der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre vor Einreichung des Angebots von mindestens Fr. [...] gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe das betreffende Bestätigungskästchen angekreuzt. Obwohl sie damit den vorerwähnten Jahresumsatz bestätigt habe, hätten in ihrem Angebot jedoch Angaben dazu gefehlt. Dieser Mangel sei nach Vertrauensprinzip ein offensichtliches Versehen, und es wäre überspitzt formalistisch gewesen, diesen Mangel nicht nachzubereinigen.

Hinsichtlich der Bereinigung der technischen Spezifikationen der Zuschlagsempfängerin/Beschwerdegegnerin bringt die Vergabestelle vor, bei der technischen Spezifikation TS 22.3 habe zwischen einer Bestätigung



der Zuschlagsempfängerin, welche die explizit geforderte Nachweisform dargestellt habe, und weiteren Angaben im Angebot der Beschwerdeführerin ein offenkundiger Widerspruch bestanden, den es zu bereinigen gegolten habe. Die Bereinigung der technischen Spezifikation TS 33.6 habe funktional mit der TS 22.3 zusammengehungen. Es sei um einen offenkundigen Irrtum der Beschwerdegegnerin gegangen und die Beschwerdegegnerin habe im Rahmen der TS 33.6 ohnehin sinngemäss bestätigt, die betroffene TS 33.6 erfüllen zu können und zu wollen.

**7.5.3** Der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 57 Abs. 2 BöB im Beschwerdeverfahren auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen dem entgegenstehen. Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten und die Vergabestelle hat den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieterinnen zu wahren (vgl. Art. 51 Abs. 4 Bst. b und Art. 11 Bst. e BöB; Urteile des BVGer B-1929/2022 vom 19. Dezember 2022 E. 12.1.2 und B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 7.1 je m.H.). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (vgl. Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2). Im Rahmen der Eignungsprüfung ist dem Gleichbehandlungsgebot dann entsprochen, wenn die Überprüfung von Eignungskriterien bei allen Anbietern nach den gleichen Massstäben erfolgt (Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.4 "Privatisierung Alcosuisse II", m.H.). Der Auftraggeber hat darauf zu achten, dass das Gleichbehandlungsgebot auch bei der Offertbereinigung gewährleistet wird (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.5.1 "Abluftventilatoren Nordumfahrung Zürich").

**7.5.4** Das Bundesverwaltungsgericht kann unter Berücksichtigung der Vorakten, insbesondere aufgrund der dem Gericht ungeschwärzt vorliegenden Akten (vgl. die Eingabe der Vergabestelle vom 10. August 2023, Ziff. 3.2 und die Offerte der Zuschlagsempfängerin sowie die Vorakten,

act. 10 "Sämtliche Nachbereinigungsdokumente BIGE" und act. 14 "Evaluation\_NNA-final Dokument (Evaluationsbogen)"), bestätigen, dass im Angebot der Zuschlagsempfängerin sowohl hinsichtlich des Eignungskriteriums EK02 als auch der technischen Spezifikationen lediglich offensichtliche Versehen und Widersprüche bereinigt worden sind, mit welchen keine Verbesserung des Angebots einhergegangen ist. Insbesondere sind die Ausführungen der Vergabestelle zutreffend, dass die Bereinigungen durch die Zuschlagsempfängerin lediglich explizite Bekräftigungen des bereits von ihr Bestätigten betreffen. Mit anderen Worten betreffen die von der Zuschlagsempfängerin bereinigten Stellen die dritte in der Praxis entwickelte Kategorie, wonach geringfügig mangelhafte Angebote angesichts des Verbots des überspitzten Formalismus einer Bereinigung unterliegen können und sollen (vgl. E. 7.3). Konkret hat die Zuschlagsempfängerin im Eignungskriterium EK02 im Rahmen der Bereinigung lediglich die Gewinn- und Verlustrechnungen der B.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ nachgereicht. In den technischen Spezifikationen TS22.3 und TS33.6 hat sie mit jeweils zwei Sätzen die im Rahmen der Bereinigung verlangte Bestätigung erbracht, dass nur das verlangte Minimum an Daten bei der Registrierung der Fahrzeuge erfasst würde. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin liegt im Verhältnis zur Zuschlagsempfängerin keine Ungleichbehandlung vor und ihre entsprechende Rüge ist unbegründet.

Soweit die von der Beschwerdeführerin gerügte Ungleichbehandlung das Verhältnis zu weiteren Anbieterinnen betrifft, welche durch Nichterhebung einer Beschwerde den Zuschlag akzeptiert haben, fehlt es an einem schutzwürdigen Interesse der Beschwerdeführerin zur Behandlung der Rüge. Soweit die beschwerdeführerischen Begehren entsprechend begründet werden, ist nicht darauf einzutreten.

**7.6** Die Beschwerdeführerin rügt ferner, dass in der vorliegenden Ausschreibung nach dem Ausschluss der günstigsten Angebote kein hinreichender Wettbewerb unter den verbleibenden Anbietern mehr bestehe.

Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, es seien drei Angebote auf ihre Vorteilhaftigkeit hin evaluiert worden. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern kein hinreichender Wettbewerb unter den verbliebenen Anbieterinnen gewährleistet gewesen sein solle.

Bei der Auslegung von Anforderungen bzw. der Würdigung von Eignungsnachweisen ist zu beachten, dass das Vergaberecht unter anderem den wirksamen, fairen Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken soll (Art. 2

Bst. d BöB) und daher nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen sind, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (BVG 2017 IV/3 E. 4.7.3 mit Hinweisen "Mobile Warnanlagen"). Dasselbe gilt auch für Eignungskriterien. Im Rahmen der Festsetzung der Eignungsanforderungen ist darauf zu achten, dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.12.4 "Tunnelreinigung Gotthard Basistunnel"; siehe zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 6.2.3 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

Selbst wenn günstigere Angebote ausgeschlossen worden sein sollten, wurden im vorliegenden Ausschreibungsverfahren drei von sechs Angebote auf ihre Vorteilhaftigkeit evaluiert. Die Anzahl evaluerter Angebote bestätigt, dass ein hinreichender Restwettbewerb vorhanden war. Zudem greift die Argumentation der Beschwerdeführerin, welche vornehmlich auf den Preis fokussiert, insofern zu kurz, als der Preis für den Zuschlag nicht alleine ausschlaggebend ist (vgl. Art. 41 BöB). Überdies legt die Beschwerdeführerin nicht dar, dass und inwieweit im betroffenen Marktsegment überhaupt mit einer grösseren Anzahl an Anbieterinnen zu rechnen war.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass nach dem Ausschluss der günstigsten Angebote kein hinreichender Wettbewerb verbleibe, erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

## **8.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die geforderten Nachweise [4] und [5] mit dem Referenzprojekt 1 nicht zu erbringen vermag und das Eignungskriterium EK08 "Erfahrung" nicht erfüllt. Der mit der Zuschlagsverfügung erfolgte implizite Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin verletzt weder das Rechtsgleichheitsgebot noch erweist er sich aus anderen Gründen als rechtswidrig. Die Beschwerde ist insgesamt als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Somit stellt sich die Frage in casu nicht, ob das beschwerdeführerische Eventualbegehren, wonach die Vergabestelle zu verpflichten sei, der Beschwerdeführerin den allfälligen Schaden zu ersetzen, zulässig wäre, wenn die Feststellung einer Rechtsverletzung subeventualiter beantragt ist. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

**9.**

Die Verfahrenskosten sind anteilmässig im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen zu verlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei dem vorliegenden Verfahrensausgang ist die Beschwerdeführerin als vollständig unterliegend anzusehen.

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 werden die Verfahrenskosten auf Fr. 25'000.– festgelegt.

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vorinstanz ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 25'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). 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: 29. November 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 241663; Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)