



## **Urteil vom 22. August 2022**

---

Besetzung

Richter Christoph Errass (Vorsitz),  
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pascal Richard;  
Gerichtsschreiber Davide Giampaolo.

---

Parteien

**TX Group AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Christoph Jäger und MLaw Thomas Geiger,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
vertreten durch Prof. Dr. iur. Urs Saxer, Rechtsanwalt,  
und/oder lic. iur. Annja Mannhart, Rechtsanwältin,  
Steinbrüchel Hüssy Rechtsanwälte,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Öffentliche Ausschreibung von Fremdwerbeflächen auf  
SBB-Areal (Lose 1 - 5; Entscheid vom 1. November 2017).

## Sachverhalt:

### A.

Am 23. Februar 2017 publizierten die Schweizerischen Bundesbahnen SBB im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) die Neuausschreibung sämtlicher "Mietverträge in Bezug auf die Fremdwerbung von SBB Immobilien" ab dem Jahr 2019. Insgesamt schrieben die SBB acht Lose aus. Die Lose beinhalten die Bewirtschaftung analoger Plakatwerbeflächen in Form von Papierplakaten an Bahnhöfen der Städte Genf, Luzern, Zürich (Los 1) und entsprechender Flächen an den anderen Bahnhöfen schweizweit (Los 2), die Nutzung digitaler Werbeflächen (Los 3; z.B. kleine eBoards, ePanels, Escalator ePanels), grosser digitaler Werbeflächen (Los 4; z.B. grosse eBoards, Rail Beamer) und von Megaposter- und Investitionswerbeflächen (Los 5), sowie analoge Zuginnen- respektive Zugaussenwerbung (Lose 6 bzw. 7) und digitale Werbeplattformen (online; Los 8).

Der Ausschreibungsgegenstand bestand für alle Lose in der Übertragung des exklusiven Rechts zur Bereitstellung, Vermarktung und Bewirtschaftung der Werbeflächen. Als Abgeltung zu Gunsten der SBB sehen die Ausschreibungsunterlagen beigelegten Vertragsentwürfe insbesondere eine umsatzunabhängige Mindestmiete sowie eine prozentual vom jährlichen Umsatz aus der Bewirtschaftung der Flächen abhängige Umsatzmiete vor.

**A.a** In der Folge gingen insgesamt sechs Angebote ein, darunter dasjenige der TX Group AG (damals Tamedia AG) für die Lose 1 - 5 und das Los 8 sowie dasjenige der Allgemeinen Plakatgesellschaft AG (APG), der bisherigen Nutzerin der Werbeflächen. Die Mietverträge der SBB mit der APG waren mit zehnjähriger Laufzeit auf das Ende des Jahres 2018 befristet.

**A.b** Mit Entscheid vom 1. November 2017 erteilten die SBB der APG (nachfolgend auch: Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag unter anderem für die Lose 1 - 5 (Loskombination). Das Angebot der TX Group AG verwiesen sie auf den zweiten Rang. Zudem entschieden sie sich, das Los 8 (digitale Werbeplattformen) nicht zu vergeben. In ihrem an die TX Group AG gerichteten Schreiben vom 1. November 2017 führten die SBB aus, deren Angebot und dasjenige der Zuschlagsempfängerin seien aus finanzieller Sicht praktisch gleichwertig; ausschlaggebend sei jedoch die qualitative Bewertung der Angebote gewesen, welche zu 40 % gewichtet worden sei (Beschwerde-Beilage 11).

**A.c** Daraufhin verlangte die TX Group AG eine detailliertere schriftliche Begründung. Mit Schreiben vom 17. November 2017 führten die SBB in Bezug auf die qualitative Bewertung näher aus, aus welchen Gründen die TX Group AG bei den qualitativen Zuschlagskriterien "Geschäftskonzept", "Innovationen" und "Erfahrung" weniger Punkte (Note 3.55) als die Zuschlagsempfängerin (Note 4.13) erhalten habe.

Im Debriefing vom 21. November 2017 und mit dem am 23. November 2017 zugestellten Punktevergleich teilten die SBB der TX Group AG die Gesamtbewertung der beiden Angebote wie folgt mit:

	Beschwerdeführerin	Zuschlagsempfängerin
Wirtschaftlichkeit (60 %)	4.32	4.18
Qualität (40 %)	3.55	4.13
Gesamtnote	4.01	4.16

## **B.**

Mit Beschwerde vom 4. Dezember 2017 gelangte die TX Group AG an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, den Entscheid vom 1. November 2017 betreffend "Ausschreibung Fremdwerbung SBB 2019: Lose 1 - 5, 8" (nachfolgend: angefochtener Entscheid oder Zuschlag) aufzuheben und die Sache zur Neuausschreibung an die SBB zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte die Beschwerdeführerin, der Vorinstanz superprovisorisch und alsdann definitiv zu verbieten, irgendwelche Vollzugsvorkehrungen vorzunehmen, die den Ausgang des Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten.

Zur Begründung macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe im durchgeführten Auswahlverfahren durch die asymmetrische Weitergabe von Informationen in mehreren Nachbesserungsrunden die Ausschreibungsbedingungen und das Gleichbehandlungsgebot missachtet sowie aus verschiedenen Gründen das Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Des Weiteren habe sie eine intransparente Preisbewertung vorgenommen, indem sie hinsichtlich des Hauptkriteriums "Wirtschaftlichkeit" die Gewichtung der Unterkriterien bzw. das mathematische Berechnungsmodell für die Preisbewertung nicht vorgängig offengelegt habe.

Zudem habe die Vorinstanz ihre Protokollierungspflicht hinsichtlich der mündlichen Verhandlungen nicht wahrgenommen.

**B.a** Mit superprovisorischer Anordnung vom 5. Dezember 2017 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den entsprechenden prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

**B.b** Mit Eingabe vom 15. Dezember 2017 reichte die Beschwerdeführerin aufforderungsgemäss eine um Geschäftsgeheimnisse bereinigte Version der Beschwerde ein. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2017 wurde der Zuschlagsempfängerin mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, sich am Verfahren als Partei zu beteiligen. Die Zuschlagsempfängerin gab mit Eingabe vom 15. Januar 2018 bekannt, dass sie sich nicht als Partei am Verfahren beteiligen wolle.

**B.c** Mit Stellungnahme vom 22. Dezember 2017 beantragte die Vorinstanz, auf die Beschwerde mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts für die ihres Erachtens privatrechtliche Angelegenheit nicht einzutreten. Eventualiter stellte sie mehrere Anträge in prozessualer Hinsicht. Insbesondere sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen und von provisorischen Massnahmen abzusehen.

**B.d** Mit Vernehmlassung vom 16. Februar 2018 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei.

In der Sache führt die Vorinstanz zur Begründung im Wesentlichen an, sie habe, obwohl sie nicht dazu verpflichtet gewesen wäre, die Nutzung der Fremdwerbeflächen im SHAB ausgeschrieben und ein umfassendes Ausschreibungsverfahren durchgeführt. Die Werbeflächen seien sachgerecht in acht verschiedene Lose unterteilt worden und für jedes Los habe ein Angebot eingereicht werden können. Zu Beginn des Verfahrens habe sie die Bestimmungen zum Verfahren bekannt gegeben. Darin habe sie namentlich die Hauptkriterien mit prozentualer Gewichtung sowie Unterkriterien und den Verfahrensablauf ersichtlich gemacht. Fragen seitens der Anbieter seien bis zum 24. April 2017 jederzeit möglich gewesen, wobei die Antworten transparent für alle Anbieter einsehbar gewesen seien. Der Entscheid sei verfügt, schriftlich begründet und in einem Debriefing nochmals erklärt worden. Schliesslich habe sie der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin die detaillierte Punktebewertung pro Unterkriterium

zugestellt. Während des gesamten Verfahrens habe sie, ohne rechtliche Vorgaben verletzt zu haben, im Rahmen des ihr mangels Anwendbarkeit des Vergaberechts zustehenden Ermessensspielraums gehandelt.

### **C.**

Nach diversen weiteren Eingaben der Beteiligten erachtete sich das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 als für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Des Weiteren wies es das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen und den Antrag der Vorinstanz auf einen vollumfänglichen Entzug der aufschiebenden Wirkung ab, erlaubte der Vorinstanz jedoch, die ausgeschriebenen Fremdwerbeflächen für die Dauer des Verfahrens der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung zu stellen.

### **D.**

Mit Instruktionsverfügung vom 15. August 2018 wurde der Beschwerdeführerin die Gelegenheit eingeräumt, ihre Akteneinsichtsanträge innert Frist zu konkretisieren.

**D.a** Mit Eingabe vom 15. Oktober 2018 spezifizierte die Beschwerdeführerin das in der Beschwerde gestellte Akteneinsichtsbegehren mit zahlreichen Anträgen. Darüber hinaus stellte sie weitere Verfahrensanträge, darunter den Antrag auf Ansetzung einer Instruktionsverhandlung und auf Personenbefragungen.

**D.b** Mit Instruktionsverfügung vom 8. November 2018 wurde die Vorinstanz ersucht, eine Stellungnahme zu den spezifizierten Akteneinsichtsanträgen einzureichen. Ebenfalls forderte der Instruktionsrichter die Vorinstanz auf, einen im Lichte der Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerin angepassten, weniger restriktiven Abdeckungsvorschlag betreffend einen Teil der Akten einzureichen.

**D.c** Am 21. Dezember 2018 stellte die Beschwerdeführerin den zusätzlichen Antrag, der zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin per 1. Januar 2019 abgeschlossene Übergangsvertrag für Fremdwerbeflächen sei gerichtlich zu edieren und der Beschwerdeführerin zuzustellen.

**D.d** Mit Eingabe vom 22. Januar 2019 nahm die Vorinstanz zum konkretisierten Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin Stellung und beantragte dessen Abweisung, soweit sie keine Entschwärzungen vorgenom-

men habe. Zudem legte sie eine Erklärung der Bewertungssystematik sowie eine Darstellung der Chronologie der Ereignisse hinsichtlich der Nachverhandlungen bei.

**D.e** Mit Eingabe vom 11. März 2019 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag, es sei der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin gerichtlich und unter Strafandrohung im Widersetzungsfall zu verbieten, über die unter dem bisherigen Vertrag geregelte Nutzung und Vermarktung der Fremdwerbeflächen hinausgehende Investitionen in Infrastrukturen (analoges und digitales Angebot) zu tätigen, die geeignet seien, einen späteren Wechsel der Vertragspartnerin wirtschaftlich oder faktisch erheblich zu erschweren bzw. zu verunmöglichen.

**D.f** Mit Verfügung vom 22. Mai 2019 unterbreitete der Instruktionsrichter der Zuschlagsempfängerin einen gerichtlichen Abdeckungsvorschlag bezüglich sie betreffender Verfahrensakten und räumte ihr die Möglichkeit ein, sich dazu und zu den Anträgen der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht zu äussern. Mit Eingabe vom 5. Juni 2019 stimmte die Zuschlagsempfängerin dem gerichtlichen Abdeckungsvorschlag zu.

**D.g** Mit Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 hiess der Instruktionsrichter das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise gut und gewährte ihr Einsicht in diverse Aktenstücke in teilweise abgedeckter Form. Abgewiesen wurden der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einsicht in den Übergangsvertrag zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin sowie das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Verbot von Investitionen in die Infrastruktur).

Mit Verfügung vom 27. August 2019 wurden der Beschwerdeführerin die teilweise geschwärzten Akten zugestellt und es wurde ihr Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung bzw. zur Replik eingeräumt.

## **E.**

Mit Replik vom 4. November 2019 passte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren zur Sache wie folgt an:

1. Der Entscheid vom 1. November 2017 betreffend "Ausschreibung Fremdwerbung SBB 2019: Lose 1 – 5, 8" sei aufzuheben.
2. Die Konzession für die Loskombination 1 – 5 sei der Beschwerdeführerin auf Basis der ersten Offerten, eventualiter auf Basis der aus den Nachverhandlungen resultierten Schlussofferte, zu erteilen. Die Sache sei, sub-

eventualiter, zur Neuausschreibung an die Auftraggeberin zurückzuweisen.

Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, die Vorinstanz habe während des laufenden Ausschreibungsverfahrens in verschiedener Hinsicht einen Systemwechsel vollzogen, der sich in zuschlagsrelevantem Ausmass zu Lasten der Beschwerdeführerin und zu Gunsten der bisherigen Vertragspartnerin und Zuschlagsempfängerin ausgewirkt habe. Die aufgrund der Akteneinsicht mögliche Zusammenstellung der Bewertungsergebnisse der beiden Anbieterinnen vor und während der Nachverhandlungen zeige eine intransparente und ungleich angewandte Bewertungsmethode, d.h. eine Verwässerung des Wirtschaftlichkeitskriteriums, eine uneinheitliche Qualitätsbewertung und eine ungleiche und grundlose Veränderung der Gewichtungen. Im Verfahrensverlauf habe eine asymmetrische Weitergabe von Informationen stattgefunden. Zudem sei die Vorinstanz im Nachverhandlungsprozess treuwidrig mit Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin umgegangen und habe die Schlussevaluation der Angebote in willkürlicher Weise zu ihren Lasten vorgenommen.

#### **F.**

Mit als "beschränkte Duplik" bezeichneter Eingabe vom 9. Dezember 2019 beantragte die Vorinstanz, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten. Eventualiter sei der replicando gestellte Antrag Ziff. 2 der Beschwerdeführerin, wonach ihr die Konzession direkt zu erteilen sei, als verspätet aus dem Recht zu weisen. Das Verfahren sei auf diese Anträge zu beschränken und es sei darüber in einem selbstständigen Zwischenentscheid zu befinden. Im Fall der Abweisung der Anträge sei der Vorinstanz Frist zur Ergänzung der Duplik anzusetzen.

Mit Eingabe vom 15. Januar 2020 beantragte die Beschwerdeführerin die Abweisung der von der Vorinstanz am 9. Dezember 2019 gestellten Prozessanträge, soweit darauf einzutreten sei. Im Übrigen bestätigte sie ihre bisher gestellten Rechtsbegehren, soweit diese noch nicht rechtskräftig behandelt worden seien.

Mit Teilentscheid vom 18. Februar 2020 trat das Bundesverwaltungsgericht auf das Begehren der Beschwerdeführerin, es sei ihr die Konzession für die Loskombination 1 – 5 auf Basis der ersten Offerte, eventualiter auf Basis der Schlussofferte zu erteilen (Replik-Antrag Ziff. 2), nicht ein. Im Übrigen wies es den prozessualen Antrag der Vorinstanz ab, über ihr Nichteintretensbegehren in einem selbstständigen Entscheid zu befinden, und setzte ihr Frist zur Einreichung einer vollständigen Duplik an.

**G.**

Mit Duplik vom 18. März 2020 erneuerte die Vorinstanz den in der Vernehmlassung vom 16. Februar 2018 gestellten Antrag, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sie führte aus, sie habe das gesamte Ausschreibungsverfahren korrekt – d.h. rechtsgleich und transparent für alle Anbieter – durchgeführt und das ihr zustehende Ermessen, insbesondere bei der Ausgestaltung der Bewertungsmethode und den vorgenommenen Bewertungen, pflichtgemäss ausgeübt.

**H.**

Mit Triplik vom 15. Mai 2020 bestätigte die Beschwerdeführerin ihre bisher gestellten Rechtsbegehren, soweit diese noch nicht rechtskräftig behandelt worden seien. Sie bringt vor, die von der Vorinstanz begangenen Rechtsverletzungen erwiesen sich als derart schwerwiegend, dass die Auftragsvergabe – ungeachtet der materiellen Folgen der Verletzung – ohnehin wiederholt werden müsse. Die für die Zuschlagskriterien "Wirtschaftlichkeit" und "Qualität" geltenden Bewertungsregeln und "effektiven" Gewichtungen seien nachträglich, also während des laufenden Verfahrens, massgeblich verändert worden, was praxisgemäss zur Aufhebung der Ausschreibung führe.

**I.**

Mit Quadruplik vom 9. Juli 2020 äusserte sich die Vorinstanz zur Triplik der Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2020, wobei sie an ihrem Antrag festhielt.

**J.**

Am 11. Dezember 2020 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich derer die Parteien zum Sachverhalt befragt wurden. Am 23. Dezember 2020 wurde den Parteien das Verhandlungsprotokoll zugestellt.

**K.**

Mit Eingabe vom 29. Januar 2021 nahm die Beschwerdeführerin zum Verhandlungsprotokoll Stellung und reichte Schlussbemerkungen zur Sache ein. Sie bestätigte erneut die bisher gestellten Rechtsbegehren, soweit diese noch nicht rechtskräftig behandelt worden seien. Der Eingabe legte sie eine Kostennote bei.

**L.**

Am 25. März 2021 äusserte sich die Vorinstanz (innert zweimal erstreckter Frist) zum Verhandlungsprotokoll und reichte ebenfalls Schlussbemerkungen zur Sache ein. Darin bekräftigte sie den in der Vernehmlassung vom



16. Februar 2018 gestellten Abweisungsantrag, soweit auf die Beschwerde einzutreten sei, und legte ebenfalls eine Kostennote bei.

**M.**

Mit Eingabe vom 16. April 2021 nahm die Vorinstanz zu den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin Stellung. Zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, dass der Vorinstanz der öffentlich-rechtliche Charakter der Ausschreibung nicht bzw. zu wenig bewusst gewesen sei, führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, sie habe in ihren bisherigen Rechtsschriften deutlich aufgezeigt, dass sie die öffentlich-rechtlichen Normen während des gesamten Verfahrens im Blick gehabt habe und gerade wegen der für sie unklaren Rechtslage die Vorschriften des VwVG, das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot stets beachtet habe.

Mit Eingabe vom 30. April 2021 teilte die Beschwerdeführerin mit, sie bestreite die Ausführungen der Vorinstanz in der Eingabe vom 16. April 2021, verzichte jedoch auf eine weitere Entgegnung.

**N.**

Infolge altersbedingten Ausscheidens des bisherigen Instruktionsrichters Ronald Flury aus dem Amt als Bundesverwaltungsrichter wurde auf den 1. Mai 2022 Richter Christoph Errass als Instruktionsrichter eingesetzt.

**O.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Mit dem unangefochten gebliebenen Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 ist das Bundesverwaltungsgericht auf die vorliegende Beschwerde eingetreten. Was die Prozessvoraussetzungen, insbesondere die gerichtliche Zuständigkeit anbelangt, kann auf die entsprechenden Erwägungen im Zwischenentscheid (E. 2) verwiesen werden. Anlass für weitere Ausführungen besteht in dieser Hinsicht nicht. Hingegen ist das Gericht gemäss Teilentscheid vom 18. Februar 2020 nicht auf das in der Replik verspätet gestellte Begehren der Beschwerdeführerin eingetreten, die Konzession für die Loskombination 1 - 5 sei ihr auf Basis der ersten Offerte, eventualiter auf Basis der Schlussofferte, zu erteilen.

### **2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

**2.2** Grundsätzlich prüft das Bundesverwaltungsgericht die sich stellenden Fragen frei, inklusive jene nach der Angemessenheit des Bewertungsrasters und nach der Subsumtion der Gesuche um Erteilung einer Sondernutzungskonzession unter die Bewertungskriterien. Es prüft dabei insbesondere uneingeschränkt, ob sich die Vorinstanz von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat.

Es hat sich dagegen insoweit eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, als der Vorinstanz aufgrund von Fachkenntnissen und grösserer Sachnähe gerade bei technischen Fragen praxisgemäss ein erheblicher Handlungsspielraum belassen wird; dies betrifft namentlich die Prüfung der Definition und Gewichtung der Kriterien im Bewertungsraster und die Subsumtion der Angaben in den Gesuchen unter diese Kriterien. Der Grad der gebotenen Zurückhaltung hängt dabei von der Natur der spezifischen Fragen und dem erforderlichen Fachwissen ab (BVGE 2009/64 E. 5.1 ff, Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 5).

### 3.

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

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

**3.2** Nach Auffassung der Vorinstanz ist dagegen eine analoge Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts abzulehnen. Das streitbetreffende Konzessionsverfahren richte sich einzig nach dem VwVG. Zwar sei nicht auszuschliessen, dass darüber hinaus die allgemeinen Rechtsgrundsätze von Art. 5 BV anwendbar seien und dass die Vorinstanz, auch wenn sie vorliegend keine öffentliche Aufgabe wahrnehme und insofern nicht in pauschaler Weise an die Grundrechte gebunden sei, auch im Rahmen ihres privatrechtlichen Handelns prinzipiell dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung zu tragen habe (Art. 35 Abs. 2 BV; mit Verweis auf BGE 139 I 306 E. 3.2.3). Die Vorinstanz habe aber diese Grundsätze im gesamten Ausschreibungsverfahren, d.h. bei der Durchführung der Offertphase, der Beurteilung der Offerten sowie beim Entscheid, ohnehin freiwillig befolgt. Hinsichtlich der Transparenz und der Gleichbehandlung könnten indessen keine konkreten Vorgaben aus dem öffentlichen Beschaffungswesen abgeleitet werden. Die Rechtsprechung zu anderen nicht spezialgesetzlich geregelten Ausschreibungen zeige, dass das Bundesgericht verbindliche Vorgaben nur sehr zurückhaltend definiere. Das Verfahren sei weniger formalisiert und es bestehe ein viel grösserer Gestaltungsspielraum, wobei auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen seien. Die Praxis zum Binnenmarktgesetz verlange bei Konzessionsvergaben nur die Or-

ganisation eines Verfahrens, welches es Interessierten ermögliche, Angebote einzureichen, ferner eine Konzessionserteilung durch Verfügung mit offenstehendem Rechtsmittel, eine diskriminierungsfreie Bestimmung der Auswahlkriterien sowie Wahl des Konzessionärs und damit die Wahrung des Grundsatzes der Transparenz, welche aber nicht den Anforderungen des Beschaffungsrechts entsprechen müsse.

**3.3** Wie bereits im Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 (E. 1.1 und 2.3) ausgeführt, untersteht die Ausschreibung der Fremdwerbeflächen nicht dem Vergaberecht, weshalb die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB, AS 1996 508) und der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB; AS 1996 518) nicht unmittelbar anwendbar sind. Inzwischen wurde das alte Gesetz vom (neuen) Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und der dazugehörigen Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) abgelöst, welche beide am 1. Januar 2021 in Kraft traten; auch diese neuen vergaberechtlichen Erlasse finden vorliegend keine unmittelbare Anwendung. Es ist jedoch zu prüfen, ob und inwieweit beschaffungsrechtliche Grundsätze auf die Vergabe von Konzessionen, vorliegend von Sondernutzungskonzessionen, analog zur Anwendung gelangen.

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

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

**3.3.2** Mit der Sondernutzungskonzession erwirbt die Zuschlagsempfängerin gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Verträge) ein exklusives Recht zur Bereitstellung, Vermarktung und Bewirtschaftung der Werbeflächen. Sie erhält mithin ein Recht zur privatwirtschaftlichen (Neben-)Nutzung der betroffenen, im faktischen Monopol der Vorinstanz befindlichen Flächen des öffentlichen Raums, ohne dass ihr dabei öffentliche Aufgaben zur Ausübung übertragen werden (vgl. BGE 125 I 209 E. 6; 135 II 49 E. 4.3.2 m.H. betreffend Plakataushang zu kommerziellen Zwecken auf öffentlichem Grund; allgemein: NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014 I, S. 219 ff., 247 und 251). Durch die Mindestmiete und die vom Umsatz aus der Bewirtschaftung der Flächen abhängige Umsatzmiete trägt die Zuschlagsempfängerin indes mittelbar zur Finanzierung der öffentlichen Aufgaben der Vorinstanz bei

(vgl. zum Ganzen: BGE 138 I 274 E. 2.3.3; 139 I 306 E. 3.2.2). Auch diese Zielkonstellation unterscheidet sich wesentlich von derjenigen des öffentlichen Beschaffungswesens. Gemäss Ausschreibungsunterlagen geht es bei der Nutzung der Werbeflächen der Vorinstanz letztlich auch um die Aufwertung der Bahnhöfe im Kontext der übergeordneten Planung und Entwicklung der Bahnhofsareale. Sie soll den Anforderungen der Informationsvermittlung entsprechen, den Kundenfluss und die Fahrgastinformationen der Vorinstanz nicht beeinträchtigen und den grösstmöglichen Ertrag für die Vorinstanz generieren (Ausschreibungsunterlagen, Ziff. 2.3).

**3.3.3** Bei Ausschreibungs- respektive Auswahlverfahren für Konzessionen zur wirtschaftlichen Sondernutzung öffentlicher Sachen im (faktischen) Monopolbereich des Staates geht das Bundesgericht im Ergebnis nicht von einer (analogen) Anwendung vergaberechtlicher Grundsätze aus (vgl. BGE 125 I 209 [Pra 2000 Nr. 149] E. 9d/bb, E. 6b; Urteil des BGer 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2 m.H.). Dies zeigt namentlich die Praxis zur Vergabe von Plakatkonzessionen im Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02), welches die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private an verfahrensrechtliche Mindestanforderungen – namentlich betreffend Ausschreibungspflicht und diskriminierungsfreie Durchführung des Verfahrens – knüpft (Art. 2 Abs. 7 BGBM). In BGE 143 II 120 (Pra 2018 Nr. 14, E. 6.2), der sich an der Rechtsprechung von BGE 135 II 49 (Pra 2009 Nr. 75) orientierte, führte das Bundesgericht aus, dass das Ausschreibungsverfahren, auf welches Art. 2 Abs. 7 BGBM verweise, nicht die Unterstellung sämtlicher Konzessionserteilungen für kantonale oder kommunale Monopole unter die für das öffentliche Beschaffungswesen geltende Regelung nach sich ziehe, und dass von dieser Bestimmung nur gewisse verfahrensrechtliche Mindestgarantien, wie etwa diejenige von Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM bezüglich der Rechtsmittel, betroffen seien. Diese Rechtsprechung, so das Bundesgericht weiter (BGE 143 II 120 E. 6.3.1), stimme mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 7 BGBM überein, welcher die Anwendung des Beschaffungsrechts auf kantonale und kommunale Monopolkonzessionen ausdrücklich nur auf einzelne Aspekte beschränke. Es hielt fest, dass es nicht der Leitgedanke des Gesetzgebers gewesen sei, die Einhaltung sämtlicher Pflichten des Beschaffungsrechts bezüglich der Ausschreibung für die Übertragung einer kantonalen oder kommunalen Monopolkonzession vorzuschreiben, sondern "den zuständigen Behörden zu erlauben, sich davon unter Berücksichtigung der den Monopoltätigkeiten innewohnenden Besonderheiten inspirieren zu lassen" (BGE 143 II 120 E. 6.3.1 [in fine]).

Zwar ist die Vorinstanz eine öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft des Bundesrechts (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen [SBBG, SR 742.31]; BGE 138 I 274 E. 1.5; 132 III 470 E. 3.3) und das Binnenmarktgesetz findet hier in Ermangelung eines kantonalen oder kommunalen Monopols keine Anwendung, weshalb die Beschwerdeführerin, soweit sie sich auf Entscheide oder Literaturstellen zur Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM beruft, daraus nichts unmittelbar zu ihren Gunsten ableiten kann. Angesichts der weder durch das Gesetz noch durch die Praxis generell festgelegten Formstrenge des Auswahlverfahrens ausserhalb des Geltungsbereichs des (a)BöB sind die Erwägungen des Bundesgerichts zur Tragweite der beschaffungsrechtlichen Bestimmungen bei der Übertragung von Konzessionen im Sinne von Art. 2 Abs. 7 BGBM insoweit massgeblich, als mit dem vorliegend streitbetreffenen Nutzungsrecht Sondernutzungskonzessionen in Frage stehen.

Demnach ist namentlich die unterschiedliche Position der Behörde bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Vergleich zur Übertragung eines Monopols bzw. einer Sondernutzung zu berücksichtigen. Im Gegensatz zum öffentlichen Auftrag, bei dem das Gemeinwesen als Nachfrager auftritt und bei einem privaten Unternehmen gegen Entgelt eine Leistung erwirbt, welche es für die Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt, setzt die Verleihung einer Monopolkonzession voraus, dass sich die verleihende Behörde gewissermassen in der Rolle des Anbieters befindet, der gegen eine "Gebühr" und bestimmte Nebenleistungen das Recht überlässt, den öffentlichen Grund zu kommerziellen Zwecken zu nutzen (vgl. auch BGE 132 I 97 E. 2.2). Es gibt grundsätzlich keinen Anspruch auf Vergabe einer entsprechenden Konzession, weil das Gemeinwesen frei ist, die fragliche Tätigkeit selbst auszuüben. Dieser Unterschied rechtfertigt es zum einen, dem Gemeinwesen einen im Vergleich zur Praxis im öffentlichen Beschaffungswesen grösseren Gestaltungsspielraum bei der Auswahl der vom Konzessionär zu erfüllenden materiellen Kriterien zu belassen (BGE 143 II 120 [Pra 2018 Nr. 14] E. 6.3.3 m.H.; BGE 135 II 49 [Pra 2009 Nr. 75] E. 4.2, beide zu Plakatkonzessionen). Zum andern kann es das Ausschreibungsverfahren weniger formalisiert ausgestalten als im Beschaffungswesen (BGE 143 II 120 E. 6.4.2 m.H.).

Diese Grundüberlegungen betreffend den Gestaltungsspielraum der Behörde und die Formanforderungen an das Konzessionsverfahren sind sinn gemäss auch in der vorliegenden Konstellation sachgerecht, in der die Vorinstanz die Fremdwerbflächen auf ihrem Areal durch Konzession gegen eine feste Mindestmiete sowie eine als Prozentsatz des Umsatzes aus der

Bewirtschaftung dieser Flächen definierte Umsatzmiete überlässt. Denn auch hier besteht unbestrittenermassen kein Anspruch auf die Konzession (vgl. Art. 18b PBG), zumal die Vorinstanz die in ihrem Eigentum stehenden Flächen im Rahmen der Rechtsordnung auch selbst nutzen könnte, wozu sie sich beim Los 8 auch entschieden hat.

**3.3.4** In der Lehre wird die Meinung vertreten, eine analoge Anwendung der grundsätzlichen Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens auch auf Ausschreibungen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM sei sinnvoll (OESCH/RENFER, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg], Wettbewerbsrecht II, 2 Aufl., 2021, N. 7 zu Art. 2 BGBM; POLTIER, in: Commentaire romand, Droit de concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 57 zu Art. 2 Abs. 7 LMI; RENFER, Jusletter 22.01.2018, Rz. 24). Zudem wird an gleicher Stelle mit Verweis auf BGE 143 II 303 E. 6.4.1 ausgeführt, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM nicht zu einer Anwendung der Gesamtheit der für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften führe. KUNZ wiederum führt in seiner Abhandlung zur Konzessionserteilung aus, dass es aufgrund der Ähnlichkeit von Submissionen und Konzessionsvergaben naheliegend wäre, zumindest gewisse im Submissionsrecht geltende bzw. entwickelte Grundsätze zur Prüfung von Konzessionsvergaben heranzuziehen, wobei er die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Objektivität und der Transparenz erwähnt. Die Grundsätze der Objektivität und der Gleichbehandlung würden sich jedoch bereits aus Art. 29 Abs. 1 BV ableiten lassen (DANIEL KUNZ, Die Konzessionserteilung, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, 2011, S. 27 ff., insb. S. 32).

Im Lichte der bundesgerichtlichen Judikatur (E. 3.3.3) ist eine analoge Anwendung des Beschaffungsrechts im vorliegenden Fall jedoch abzulehnen. Dem liegt namentlich die von vornherein unterschiedliche Position der Vorinstanz als Anbieterin der zu vergebenden Sondernutzungskonzession im Vergleich zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zugrunde. Das Beschaffungsrecht, welches den Akzent auf den Wettbewerb und die Wirtschaftlichkeit setzt, bietet keinen sachgerechten Rahmen für die Vergabe der Sondernutzungskonzession. Vielmehr ist der Vorinstanz ein grösserer Gestaltungsraum bei der Auswahl des Konzessionärs zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist ihr zuzugestehen, ein Ausschreibungsverfahren anzuwenden, welches anderen formellen Anforderungen zu genügen hat als Verfahren im öffentlichen Beschaffungswesen (vgl. KUNZ, a.a.O., S. 42 und 48). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführerin insoweit grundsätzlich nicht gefolgt werden kann, als sie eine analoge Anwendung der Regeln des



öffentlichen Beschaffungswesens sowie der vergaberechtlichen Rechtsprechung fordert, indem sie die Vorgaben an das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren in analogem Formalisierungsgrad auch auf das von der Vorinstanz durchgeführte Verfahren angewendet wissen will. So können etwa die aus Urteilen zum vergaberechtlichen Transparenzgebot konkret abgeleiteten Bekanntgabepflichten der Vergabestelle bei der Ausschreibung nicht analog auf den vorliegenden Fall angewandt werden (ausführlich dazu E. 5).

**3.3.5** Beim angefochtenen Zuschlag handelt es sich, wie im Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 ausgeführt (E. 2.3.5 f.), um einen dem Verwaltungsrecht zuzuordnenden Entscheid, mit welchem die Vorinstanz die Nutzung von Flächen, welche ihrem faktischen Monopol unterliegen, koordiniert. Indem sie einem Interessenten auf dem Weg einer Ausschreibung und eines Auswahlverfahrens Werbeflächen des öffentlichen Raums zur Sondernutzung und kommerziellen Bewirtschaftung zugeteilt hat, hat sie eine öffentliche Sache im engeren Sinn verwaltet und eine Konzession erteilt. Insofern nimmt sie eine staatliche Aufgabe wahr, was die Bindung an die verfassungsmässigen Grundrechte mit sich bringt (Art. 35 Abs. 2 BV; BGE 138 I 274 E. 2.2.1; Urteil des BVGer B-4786/2020 vom 21. September 2021 E. 3 m.w.H.). Dies gilt entsprechend unabhängig davon, ob die Vorinstanz eine Pflicht zur Ausschreibung traf, was sie in Abrede stellt, oder ob sie, wie sie angibt, ein freiwilliges Ausschreibungsverfahren durchgeführt hat. Die in der Lehre kontrovers diskutierte Frage, ob im Fall von Sondernutzungskonzessionen auch ausserhalb einer entsprechenden spezialgesetzlichen Bestimmung eine Pflicht zur Ausschreibung gegeben ist, kann somit offen gelassen werden.

Soweit die Beschwerdeführerin sich vorliegend auf Grundsätze und Entscheide aus dem Vergaberecht beruft, finden deren Inhalte somit zumindest insofern Beachtung, als sie entweder zugleich Teilgehalte der angerufenen Grundrechte bilden oder als sie sich als Orientierungshilfe zur Konkretisierung der Grundrechte eignen, die als rechtsstaatliche Gebote auf Verfassungsebene auch beim Verfahren zur Vergabe einer Konzession zu beachten sind (vgl. auch Urteil des BVGer B-4786/2020 vom 21. September 2021 E. 3). Insbesondere gilt dies vorliegend im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) und der Garantie des fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV).

Die Prüfung, ob Verfassungspositionen im Ausschreibungsverfahren eingehalten wurden, setzt zumindest auch ein diese Prüfung ermöglichendes

Mass an Transparenz des Verfahrens voraus (vgl. BGE 143 II 120 [Pra 2018 Nr. 14] E. 6.4.1 f.; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, 2004, S. 243 ff.). Ansonsten liesse sich kein wirksamer Rechtsschutz gewährleisten und kein faires Verfahren sicherstellen, in dem sich alle Anbieter unter verfahrensmässiger Chancengleichheit mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen können.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen und unter Auferlegung einer gewissen Zurückhaltung bei der ansonsten freien Überprüfung des Ermessens (E. 2.2) sind nachfolgend die einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen.

#### **4.**

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

**4.1** Im Wesentlichen macht sie geltend, die Vorinstanz habe ihre Pflicht zur rechtsgleichen Behandlung der Anbieterinnen verletzt. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass gleiche Informationen zum gleichen Zeitpunkt an alle Anbieter mit realen Zuschlagschancen hätten gelangen müssen. Stattdessen habe die Vorinstanz zunächst nur mit den zurückliegenden Anbietern verhandelt, ohne der Beschwerdeführerin zeitgleich Gelegenheit zu geben, ihre Erstofferte ebenfalls anzupassen. Somit habe die Vorinstanz, statt die eingegangenen Angebote unmittelbar einer Bewertung zuzuführen und den Zuschlag zu erteilen, die Anbieter in mehreren Nachbesserungsrunden dazu bewegt, ihre Angebote schrittweise zu erhöhen. Im Rahmen der Verhandlungen habe die Vorinstanz durch selektive, asymmetrische bzw. einseitige Weitergabe von Informationen zu den Konkurrenzangeboten den Preis (Mindestmiete bzw. Entschädigung zu ihren Gunsten) aktiv in die Höhe getrieben und die Beschwerdeführerin benachteiligt. Im Zuge dessen sei sie, entgegen den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, von einem objektiven Auswahlverfahren abgewichen und habe insbesondere das verfassungsmässige Rechtsgleichheitsgebot bzw. das Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verletzt.

**4.2** Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe bei den Verhandlungen gemäss den kommunizierten Verfahrensbestimmungen gehandelt und ihren Ermessensspielraum bei der Gestaltung eines dem Gleichbehandlungsgebot verpflichteten Verfahrens nicht überschritten. Bis auf die Vorgabe, ein gerechtes Verfahren unter Beachtung des Gleichbehandlungs-

und des Transparenzgebots zu führen, sei sie im Rahmen der Bestimmungen des VwVG frei. Sie habe den Anbietern nie mitgeteilt, die Angebote direkt einer endgültigen Bewertung zuzuführen, sondern habe sich die Verhandlungen in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten. Es liege im öffentlichen Interesse, aus der kommerziellen Nebennutzung ihrer Sachmittel einen möglichst hohen Ertrag zu generieren, der mittelbar ihrer öffentlichen Aufgabe und ihren Kunden zu Gute komme.

Eine asymmetrische Weitergabe von Informationen habe nicht stattgefunden. Sowohl mit der Zuschlagsempfängerin als auch mit der Beschwerdeführerin habe sie eine erste Nachverhandlungsrunde unter Nennung von ungefähren Wertangaben gegenüber beiden Anbieterinnen zur Verbesserung der Angebote geführt und anschliessend eine zweite Verhandlungsrunde ohne Nennung von zu erreichenden Werten vorgenommen. Es sei keinem der nachrangigen Anbieter mitgeteilt worden, wer aktuell auf dem ersten Rang sei und es seien keine konkreten Angaben zur erforderlichen Erhöhung der Mindestmiete und zum Abgabesatz gemacht worden. Bezüglich der ungefähren Angabe könnten überdies keine konkreten Schlüsse auf die erstrangierte Offerte gezogen werden, da sich die ungefähre Angabe der Erhöhung immer unter Berücksichtigung des Abschneidens im Kriterium Qualität bestimmt habe. An der dritten Runde sei ohnehin nur die Beschwerdeführerin beteiligt gewesen.

**4.3** Mit der Ausschreibung im SHAB hat die Vorinstanz den Anbietern die Bestimmungen zum Verfahren am 22. Februar 2017 zugänglich gemacht. Darin behielt sie sich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ausdrücklich vor, diejenigen Anbieter, welche eine reelle Chance auf einen Zuschlag haben, zu Verhandlungen des Angebots einzuladen (Ziff. 3.1.11).

Nach Eingang der Angebote Mitte Juli 2017 führte die Vorinstanz mündlich und per E-Mail mit der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin im September 2017 Nachverhandlungen durch (detailliert E. 4.3.1 ff.), bevor sie am 1. November 2017 den Zuschlagsentscheid fällte. Im Zuge der Nachverhandlungen reichten beide Anbieterinnen Nachofferten, insbesondere mit je erhöhten garantierten Mindestmieten, ein. Das Verfahren lässt sich in diesem Zusammenhang im Wesentlichen in vier Phasen gliedern, bestehend aus der Erstbewertung der Angebote und aus den Verhandlungsrunden 1, 2 und 3 mit jeweils angepassten Nachofferten. Diese Phasen resultierten je in einer (Zwischen-)Bewertung bzw. -Benotung der beiden Angebote und somit in einer (Zwischen-)Rangfolge. Namentlich existieren für jede Phase Bewertungen der Wirtschaftlichkeit der beiden

Angebote in Excel-Form. Die Zusammenfassungen dieser Bewertungen aus dem Excel-Bewertungstool der Vorinstanz enthalten auch die jeweilige Gesamtnote, die Noten zur Qualität (gesamthaft für alle Lose) und die jeweils gebotene (von der Vorinstanz diskontierte) Gesamtmindestmiete. Sie wurden der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 27. August 2019 – mit teilweiser Abdeckung und unter Zustimmung der Zuschlagsempfängerin – zur Einsicht gegeben.

Das Verfahren ist, soweit der Sachverhalt unbestritten geblieben ist, hinsichtlich des Bewertungs- und Verhandlungsverlaufs wie folgt abgelaufen (E. 4.3.1 - E. 4.3.11):

### **Erstbewertung**

**4.3.1** Nachdem die Vorinstanz vom 19. Juli 2017 bis zum 9. August 2017 eine Erstbewertung der Angebote vorgenommen hatte, lud sie die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin am 17. August 2017 zu einer Angebots-Präsentation ein. Aus der offengelegten Dokumentation der Vorinstanz zur Vorbereitung der Präsentationen und Nachverhandlungen vom 31. August 2017 (S. 18 ff.) und aus den Erstbewertungen der Wirtschaftlichkeit der Angebote (Zusammenfassungen) geht hervor, dass sie im Zeitpunkt der Erstbewertung eine Präferenz für das Angebot der Beschwerdeführerin hatte, das eine höhere Gesamtnote (3.9) als jenes der Zuschlagsempfängerin (Gesamtnote 3.6) erhalten hatte. Dabei erzielte die Beschwerdeführerin beim Hauptkriterium Wirtschaftlichkeit eine höhere Note (4.2) als die Zuschlagsempfängerin (Note 3.5), lag beim Hauptkriterium Qualität (Note 3.4) jedoch hinter letzterer (Note 3.8) zurück.

**4.3.2** Die Präsentationen der beiden Angebote fanden am 4. September 2017 nacheinander in Bern statt.

Gemäss dem Protokoll der zuerst durchgeführten Angebotspräsentation der Beschwerdeführerin informierte die Vorinstanz diese am Ende hinsichtlich des weiteren Vorgehens darüber, dass in den nächsten Tagen weitere Gespräche mit anderen Anbietern stattfinden würden und sie anschliessend bezüglich der Nachverhandlungen nach dem Prinzip der Gleichbehandlung wieder auf die Beschwerdeführerin zukommen werde. Ebenfalls lud sie die Beschwerdeführerin dazu ein, ihr Angebot in den drei Punkten Strategie (Ausbesserung Konzept), Business Case / Kosten (Überarbeitung bzw. Überprüfung) und Kundeninformation nachzubessern und erneut einzureichen.

Gemäss dem Protokoll zur anschliessend durchgeführten Angebotspräsentation der Zuschlagsempfängerin informierte die Vorinstanz die Zuschlagsempfängerin am Ende darüber, dass die von ihr angebotene "Mindestmiete momentan noch zu tief" und zu weit weg vom besten Angebot liege. Aktuell müsste "die Mindestmiete höher als [...] Mio. sein". Ebenfalls empfahl sie, den Abgabesatz nach Möglichkeiten anzupassen, welcher vor allem bei den Losen 1 und 2 sehr tief angesetzt sei. Daraufhin erklärte sich die Zuschlagsempfängerin bereit, die Mindestmiete anzupassen und das angepasste Angebot in den nächsten 48 Stunden mitzuteilen. Mithin leitete die Vorinstanz anlässlich der Präsentationen die erste Verhandlungsrunde ein.

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

**4.3.4** Mit E-Mail vom 5. September 2017 – ebenfalls am Tag nach der Angebotspräsentation – reichte die Zuschlagsempfängerin eine Nachofferte für die Loskombination 1 - 5 ein. Namentlich offerierte sie, neben einer Erhöhung der Abgabesätze (Lose 1 und 2), eine jährliche Mindestmiete von Fr. [...] Mio. (Jahr 2019) und Fr. [...] Mio. (ab 2020) für alle fünf Lose insgesamt. Daraus ergab sich, wie in der Bewertung der Vorinstanz festgehalten, eine Gesamtmindestmiete für die ganze Vertragsdauer von (diskontiert) Fr.  $x_1$  Mio. [vgl. Tabelle in E. 4.3.11].

**4.3.5** Mit E-Mail vom 7. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass zwischenzeitlich nachverbesserte Offerten eingetroffen seien, welche höher lägen als das Angebot der Beschwerdeführerin, wobei man diesen Punkt telefonisch besprechen wolle.

Daraufhin fand an demselben Tag eine telefonische Besprechung zwischen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin statt. Eine Aktennotiz besteht dazu nicht, die Vorinstanz hielt jedoch die aus ihrer Sicht wesentlichen Punkte des Gesprächs gleichentags in einem E-Mail an die Beschwerdeführerin fest. Danach legte sie der Beschwerdeführerin nahe, das Angebot aufgrund der aktuellen quantitativen und qualitativen Bewertung

nachzubessern. Die jährliche Mindestmiete müsste um rund Fr. [...] Mio. auf rund Fr. [...] Mio. erhöht werden, was unter dem Vorbehalt weiterer verbesserter Angebote stehe. Ein allfälliges verbessertes Angebot sei bis am 15. September 2017 einzureichen.

Am 15. September 2017 reichte die Beschwerdeführerin ihre überarbeitete Offerte ein. Darin erhöhte sie ihr Angebot auf eine Mindestmiete von [...] Mio. für das Jahr 2019 sowie auf Fr. [...] Mio. ab dem Jahr 2020, womit die Gesamtmindestmiete von rund Fr. y Mio. auf Fr.  $y_1$  Mio. [vgl. Tabelle in E. 4.3.11] anwuchs. Damit fand der seitens der Vorinstanz als "erste Nachverhandlungsrunde" bezeichnete Verfahrensabschnitt seinen Abschluss.

#### **4.3.6**

Gemäss den dokumentierten Bewertungen der beiden Angebote nach der ersten Verhandlungsrunde wies die Beschwerdeführerin bei einer (diskontierten) Gesamtmindestmiete von Fr.  $y_1$  Mio. die Note 4.1 für die Wirtschaftlichkeit und eine Gesamtnote von 3.89 auf. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin bewertete die Vorinstanz bei einer Gesamtmindestmiete von Fr.  $x_1$  Mio. mit der Note 3.7 für die Wirtschaftlichkeit und einer Gesamtnote von 3.87.

#### **Zweite Verhandlungsrunde:**

**4.3.7** Mit E-Mail vom 19. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass die Nachofferten geprüft und bewertet worden seien. Die zwei bestplatzierten Angebote seien praktisch gleichwertig und wiesen in der Bewertungsskala eine sehr geringe Differenz auf. Das Angebot der Beschwerdeführerin liege momentan "mit einem sehr knappen Vorsprung auf dem ersten Rang". Aufgrund der sehr geringen Differenzen zwischen den bestplatzierten Angeboten werde den verbleibenden Anbietern nochmals die Gelegenheit gegeben, ihr Angebot ein zweites Mal bis am Freitag, 22. September 2017, 16.00 Uhr, anzupassen.

Ebenfalls mit E-Mail vom 19. September 2017 teilte die Vorinstanz der Zuschlagsempfängerin mit, dass ihr Angebot momentan "sehr knapp hinter dem Bestangebot auf dem zweiten Rang" liege. Im Übrigen entsprach die Mitteilung, insbesondere hinsichtlich der geringen Differenz in der Bewertung der Angebote und der Gelegenheit zur weiteren Angebotsanpassung, exakt derjenigen an die Beschwerdeführerin.

**4.3.8** Die Zuschlagsempfängerin reichte am 22. September 2017 ihre zweite Nachofferte für die Loskombination 1 - 5 ein. Demnach steigerte sie

die jährliche Mindestmiete ab dem 2020 von Fr. [...] Mio. auf Fr. [...] Mio. Die in den Bewertungen festgehaltene Gesamtmindestmiete erhöhte sich damit um Fr. 70 Mio. auf Fr. x<sub>2</sub> Mio.

Auch die Beschwerdeführerin unterbreitete am 22. September 2017 ihre zweite Nachofferte. Diese enthielt keine Erhöhung der Mindestmiete. Die Beschwerdeführerin wies im begleitenden E-Mail jedoch auf andere Verbesserungen des Angebots hin, namentlich in Bezug auf die Kommunikationsdienstleistungen gegenüber der Vorinstanz. Des Weiteren hielt sie fest, man könne möglicherweise noch die Zustimmung des Verwaltungsrats zu einer allenfalls notwendigen finalen Erhöhung der Mindestmiete einholen.

Am 25. und 26. September 2017 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin mit, die Nachofferten würden nun in wirtschaftlicher und qualitativer Hinsicht bewertet. Eine weitere Verhandlungsrunde finde lediglich statt, wenn die Differenz zwischen den bestplatzierten Angeboten auch nach der zweiten Verhandlungsrunde weiterhin sehr gering bleibe bzw. die Auswertung kein klares Resultat ergebe. Gemäss aktuellem Stand gehe man davon aus, dass auf die Durchführung einer weiteren Angebotsrunde verzichtet werden könne.

#### **4.3.9**

Nach der zweiten Verhandlungsrunde wies das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss dem dokumentierten Zwischenstand unverändert die Note 4.1 für die Wirtschaftlichkeit und die Gesamtnote 3.89 auf, während das Angebot der Zuschlagsempfängerin mit der angepassten Gesamtmindestmiete von rund Fr. x<sub>2</sub> Mio. neu mit der Note 4.18 hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und der Gesamtnote 4.16 bewertet wurde.

#### **Dritte Verhandlungsrunde:**

**4.3.10** Am 26. September 2017 nachmittags teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz mit, dass sie die Mindestmiete nach Zustimmung des Verwaltungsrats auf Fr. [...] Mio. (Jahr 2019) und von Fr. [...] Mio. auf Fr. [...] Mio. (ab dem Jahr 2020) erhöhen wolle, und bat darum, diese Erhöhung in die finale Beurteilung einfliessen zu lassen. Gleichentags antwortete die Vorinstanz, dass das ergänzte Angebot akzeptiert und in die abschliessende Bewertung integriert werde. Diesen Vorgang bezeichnet die Vorinstanz als "dritte Nachverhandlungsrunde".

Aufgrund der Gesamtmindestmiete von neu Fr.  $y_2$  Mio. verbesserte sich die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin sowohl hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit (Note 4.32) als auch der Gesamtnote (4.01).

**4.3.11** Zusammenfassend lässt sich der Bewertungs- und Verhandlungsverlauf gemäss den dokumentierten Zwischenständen aus dem Excel-Bewertungstool der Vorinstanz wie folgt darstellen:

	Erstbewertung	1. Verhandlungsrunde	2. Verhandlungsrunde	3. Verhandlungsrunde
<b>Zuschlagsempfängerin</b>				
Gesamtmindestmiete (in Mio. Fr.)	x	$x_1$ ( $x_1 = x + 78$ )	$x_2$ ( $x_2 = x_1 + 70$ )	$x_2$
Note Wirtschaftlichkeit	3.5	3.7	4.18	4.18
Note Qualität	3.8	4.1	4.13	4.13
Gesamtnote	3.6	3.87	4.16	4.16
<b>Beschwerdeführerin</b>				
Gesamtmindestmiete (in Mio. Fr.)	y	$y_1$ ( $y_1 = y + 65$ )	$y_1$	$y_2$ ( $y_2 = y_1 + 25$ )
Note Wirtschaftlichkeit	4.2	4.1	4.1	4.32
Note Qualität	3.4	3.5	3.5	3.55
Gesamtnote	3.9	3.89	3.89	4.01

#### 4.4

**4.4.1** Was die erste Verhandlungsrunde anbelangt, begründet die Beschwerdeführerin ihre Rüge der asymmetrischen Informationsweitergabe im Einzelnen damit, die Vorinstanz habe nach der Erstbewertung mit der Zuschlagsempfängerin einseitige und vorgezogene Verhandlungen geführt, indem sie dieser am Ende der Angebotspräsentation mitgeteilt habe, dass ihre Mindestmiete klar zu tief und eine Erhöhung auf über Fr. [...] Mio. jährlich erforderlich sei. Dadurch habe sie es der Zuschlagsempfängerin



ermöglicht, ihre jährliche Mindestmiete am Folgetag zu erhöhen, womit quantitativ ähnliche Angebote vorgelegen hätten. Genau in dieser Phase habe die Vorinstanz jedoch ihre Bewertungssystematik im Sinne einer Verwässerung des Wirtschaftlichkeitskriteriums geändert, indem sie die für die Notenskala massgebende Preisspanne sowohl gegen oben (höhere erforderliche Gesamtmindestmiete für die Höchstnote 5.0) als auch gegen unten (tiefere notwendige Gesamtmindestmiete für die Tiefstnote 1.0) angepasst habe und die Angebote notenmässig zusammengedrückt seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin habe dadurch eine quantitativ ungleich starke Abwertung erfahren, mit der Folge, dass sie ihrerseits zu einem Nachangebot mit einer Erhöhung der Miete von jährlich rund Fr. [...] Mio. angeleitet worden sei. Aufgrund der asymmetrischen Information habe sie, anders als die Zuschlagsempfängerin, nie erfahren, dass ihr Angebot deutlich überlegen sei, was eine zentrale Information für das gesamte Verfahren gewesen wäre. Mit dem Systemwechsel nach der Erstbewertung habe die Vorinstanz erreicht, dass die Beschwerdeführerin signifikant habe nachbieten müssen (Erhöhung der Gesamtmindestmiete um Fr. 65 Mio.), obwohl die Zuschlagsempfängerin sie zunächst nur leicht überholt habe. In Kombination mit der nach der Präsentation – trotz gleich bleibendem Angebot – stark aufgewerteten Qualitätsnote der Zuschlagsempfängerin (dazu E. 4.3.3) habe diese so schon in der Anfangsphase die für das Gesamtergebnis entscheidenden Punkte aufgeholt. Die Vorinstanz verkenne, dass der massgebende Bezugspunkt zur Quantifizierung der mit dem rechtswidrigen Systemwechsel einhergehenden Punkteveränderungen nicht die (auch) auf unrechtmässigen Nachverhandlungen gründenden Schlussofferten sei, sondern es sei auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Offerten abzustellen.

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe beide Anbieterinnen in derselben Weise informiert. Im Rahmen der ersten Nachverhandlungsrunde sei der Beschwerdeführerin wie zuvor den anderen Anbietern mitgeteilt worden, um wieviel sie ihr Angebot im Kriterium der Wirtschaftlichkeit circa erhöhen müsste, um in der Gesamtbewertung, d.h. unter Berücksichtigung der Qualität, mitzuziehen. Aus dieser (circa-)Angabe von Fr. [...] Mio. liessen sich keine Rückschlüsse auf die anderen Offerten ziehen. Die Anpassungen im Bewertungstool seien bei allen Anbietern in gleicher Weise vorgenommen worden; es habe keine Benachteiligung stattgefunden.

**4.4.2** Das Gebot der Rechtgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet den Behörden, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches

nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Es ist verletzt, wenn hinsichtlich einer wesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein sachlicher Grund nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterbleiben, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (vgl. BGE 147 I 1 E. 5.2; BGE 143 V 139 E. 6.2.3; BGE 136 I 17 E. 5.3). Bei der Konzessionsausschreibung und -vergabe untersagt das Gleichheitsgebot, einzelne Anbieter hinsichtlich entscheidungswesentlicher Tatsachen anders als andere Anbieter, d.h. ungleich, zu behandeln, wenn dafür kein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen besteht (BVGE 2009/64 E. 14.2.2; A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 9.2; A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 7.2.5).

Dies gilt auch bei Verhandlungen über Angebotsbestandteile und in Bezug auf die den Anbietern mitgeteilten Informationen. Diesbezüglich kann das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen in seiner hier massgeblichen, bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung zur Konkretisierung des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots beigezogen werden (s. dazu E. 3.3.5). Demnach sind Verhandlungen in Gleichbehandlung der Anbieter zu führen (vgl. Art. 20 Abs. 2 aBöB), wobei jedoch entsprechend dem Grundsatz von Art. 8 Abs. 1 BV ein relatives, kein absolutes Gleichbehandlungsgebot gilt (Art. 1 Abs. 2 aBöB; vgl. Urteil des BVGer B-3803/2010 vom 2. Februar 2011 E. 5.5.5; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 13 f. zu Art. 1 BöB).

Bei Verhandlungen, soweit sie im Vergaberecht zulässig sind, wird im Wesentlichen als entscheidend erachtet, dass bezüglich der relevanten Angebotsaspekte gesamthaft gesehen eine Gleichbehandlung erfolgt und nicht nur einzelnen Anbietern, sondern jedem Verhandlungsteilnehmer gleichermaßen die Möglichkeit zur Angebotsoptimierung eingeräumt wird (vgl. ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. 2009, Rz. 151 f. mit Hinweisen; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 205; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Stöckli/Zufferey [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 71 und 77; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 7. November 1997, VPB 1998 Nr. 17, E. 4e/cc). Die Gleichbehandlung kann sich unter anderem dann als gefährdet erweisen, wenn eine Anbieterin während der Nachverhandlungen keine gleichwertige, d.h. keine inhaltlich gleichartige, gleichzeitige oder gleich umfassende Information erhält (vgl. LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 152 m.H.).

Auch der in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV mitgarantierte Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verlangt, die Verteilung von Konzessionen rechtsgleich vorzunehmen. Er verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren, namentlich, wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Eine absolute Gleichbehandlung privater Marktteilnehmer verlangt aber auch Art. 27 BV nicht. Unterscheidungen sind zulässig, sofern sie objektiven Kriterien entsprechen und nicht systemwidrig sind (vgl. BGE 132 I 97 [Pra 2007 Nr. 2] E. 2.1; Urteil des BVGer A-321/2017 vom 20. Februar 2019 E. 6.3 mit Hinweisen; vgl. auch DANIEL KUNZ, Konzessionen – durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2012, S. 211 Rz. 16).

**4.4.3** Zwar trifft es zu, dass die Vorinstanz nach der Erstbewertung ihre Notenskala hinsichtlich der für die einzelnen Noten zu erreichenden Werte teilweise angepasst hat (vgl. Tabelle in E. 5.2.4), was nachstehend namentlich unter dem Gleichbehandlungsaspekt noch detailliert zu prüfen sein wird (siehe E. 5.2).

In Bezug auf die gerügte Informationsasymmetrie ist jedoch entscheidend, dass die Vorinstanz in der ersten Verhandlungsrunde allen Anbietern in gleicher Weise ungefähre Wertangaben betreffend die erforderliche Mindestmiete für eine chancenwahrende Erhöhung der eigenen Angebote mitgeteilt hat (E. 4.3.2, E. 4.3.5); dabei wurde der Beschwerdeführerin ebenso wie der Zuschlagsempfängerin je eine Gelegenheit zur Angebotsverbesserung eingeräumt. Die erhöhten Mindestmieten wurden nach der ersten Verhandlungsrunde bei beiden Anbieterinnen mit derselben Bewertungssystematik bewertet. Die Information an die Zuschlagsempfängerin erfolgte dabei nicht etwa unter einer anderen Bewertungsskala als die Information an die Beschwerdeführerin; damit wurde letztere nicht durch die Informationsabgabe im Hinblick auf die Verbesserung der Mindestmiete benachteiligt. Die Vorinstanz hat zwar die Zuschlagsempfängerin während der ersten Verhandlungsrunde in zeitlicher Hinsicht zuerst über die erforderliche Erhöhung des Angebots informiert. Sie hat diese Information jedoch gegenüber der Beschwerdeführerin noch in derselben Verhandlungsrunde ausgleichend nachgeholt und ihr eine ebensolche relative Wertangabe zur erforderlichen Verbesserung der Mindestmiete, d.h. eine gleichartige und umfangmässig gleiche Information hinsichtlich dieses Angebotsbestands zukommen lassen.

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

**4.5** Hinsichtlich der zweiten Verhandlungsrunde beanstandet die Beschwerdeführerin konkret, die Zuschlagsempfängerin habe nach der Mitteilung des Zwischenstands (E. 4.3.7) die jährliche Mindestmiete ab 2020 von Fr. [...] Mio. auf Fr. [...] Mio., d.h. für die Gesamtvertragsdauer um Fr. 70 Mio. von Fr.  $x_1$  Mio. auf Fr.  $x_2$  Mio. und somit auf einen Betrag auffallend leicht über demjenigen der Beschwerdeführerin (Fr.  $y_1$  Mio.) erhöht. Dadurch sei sie gemäss den im Akteneinsichtsverfahren zugänglich gemachten Zwischenbewertungen erneut, wie schon in der ersten Verhandlungsrunde, in quantitativer Hinsicht (Note 4.18) mit der Beschwerdeführerin (Note 4.1) gleichgezogen. Die Zuschlagsempfängerin müsse hierfür ein klares Bild der Verhältnisse und/oder der (geänderten) Bewertungssystematik gehabt bzw. erhalten haben, ansonsten sich die betragsmässig erneut abgestimmte Nachofferte nicht erklären lasse. Die Vorinstanz müsse die Zuschlagsempfängerin auch in der zweiten Verhandlungsrunde selektiv mit Informationen versorgt haben. Es könne kein Zufall sein, dass die Zuschlagsempfängerin die Mindestmiete derart massiv erhöhe und diejenige der Beschwerdeführerin gerade leicht überbiete, obgleich die Vorinstanz noch drei Tage zuvor kommuniziert habe, dass die Angebote nach der ersten Nachverhandlungsrunde nahe beieinanderlägen.

**4.5.1** Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, in der zweiten Verhandlungsrunde habe sie keiner Anbieterin mehr einen Richtwert hinsichtlich der Mindestmiete mitgeteilt und sie sei ebenfalls erstaunt gewesen, dass die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot in der zweiten Runde auf Fr. [...] Mio. erhöht habe. Die in den Bewertungen festgehaltene Gesamtmindestmiete erhöhte sich damit um Fr. 70 Mio. auf (diskontierte) Fr.  $x_2$  Mio., wobei es sich bei dieser nur um einen von drei für die finanzielle Bewertung gewichteten Werten gehandelt habe. Darin würden andere Parameter wie der Abgabesatz von der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt. Entgegen der Beschwerdeführerin hätten zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin auch keinerlei Korrespondenzen oder Telefonate stattgefunden, welche nicht in den Akten dokumentiert seien. Ebenso wenig hätten persönliche Besprechungen stattgefunden.

**4.5.2** Wie in der Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 (E. 11.6) im Zusammenhang mit der Akteneinsicht ausgeführt, bestehen keine Akten hin-

sichtlich einer asymmetrischen mündlichen Kommunikation oder einseitigen schriftlichen Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin während der zweiten Verhandlungsrunde. Es bestehen auch keine konkreten Anzeichen, dass ein relevanter Informationsfluss, insbesondere eine einseitige Wertangabe der Vorinstanz zum Vorteil der Zuschlagsempfängerin, nicht dokumentiert worden wäre. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, wonach die Erhöhung des Angebots der Zuschlagsempfängerin offensichtlich Folge einer Informationsasymmetrie sein müsse, vermögen aufgrund des dargelegten Verhandlungsverlaufs nicht zu überzeugen. Gerade weil die Angebote nach der ersten Verhandlungsrunde nahe beieinander lagen und die Vorinstanz der Zuschlagsempfängerin mit E-Mail vom 19. September 2017 mitgeteilt hatte, dass ihr Angebot momentan "sehr knapp hinter dem Bestangebot auf dem zweiten Rang" liege (vorne, E. 4.3.7), ist naheliegend, dass sie als bisherige und langjährige Nutzerin der Fremdwerbeflächen ihre Mindestmiete erheblich erhöhte, um diese weiterhin bewirtschaften zu können. Auch liegt der Betrag, um welchen die neu offerierte Gesamtmindestmiete der Zuschlagsempfängerin diejenige der Beschwerdeführerin überstieg, mit rund Fr. [...] Mio. (und einer Differenz von rund Fr. [...] Mio. jährlich) nicht auffallend oder "verdächtig" geringfügig über dem Angebot der Beschwerdeführerin. Somit kann bezüglich dieser Verhandlungsrunde, anders als gerügt, keine Informationsasymmetrie unter rechtsungleicher Benachteiligung der Beschwerdeführerin festgestellt werden. Insgesamt ist die Verhandlungsführung der Vorinstanz in der zweiten Verhandlungsrunde im Lichte des verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebots und des ihr zustehenden Gestaltungsspielraums nicht zu beanstanden. Im Übrigen gab die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Anschluss an die zweite Verhandlungsrunde die Gelegenheit, ihr Angebot nochmals zu verbessern, ohne dass diese Möglichkeit der Zuschlagsempfängerin in gleicher Weise gewährt worden wäre ("dritte Verhandlungsrunde").

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

**4.6** Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Nachverhandlungen geltend, deren Verlauf sei lückenhaft dokumentiert. Die Vorinstanz habe gegen ihre Protokollierungspflicht bzw. gegen die qualifizierten Formvorschriften bei der Dokumentation von Verhandlungen verstossen, wonach alle Aspekte der mündlichen Verhandlung in ein Pro-

protokoll aufzunehmen seien. Es sei unvollständig dokumentiert, ob und inwieweit die Vorinstanz die Zuschlagsempfängerin während der zweiten Verhandlungsrunde selektiv mit Angaben versorgt habe.

Die Vorinstanz dagegen führt aus, sie sei, wie den eingereichten Akten entnommen werden könne, ihrer Protokollierungspflicht freiwillig nachgekommen, soweit in den Gesprächen neue, für das Verfahren relevante Informationen mitgeteilt worden seien. Da in der zweiten Verhandlungsrunde schlicht keine Kommunikation zwischen ihr und der Zuschlagsempfängerin mehr stattgefunden haben, treffe auch der Vorwurf der unvollständig dokumentierten Informationsweitergabe nicht zu.

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

**4.6.2** Für die zweite Verhandlungsrunde existieren, wie erwähnt bzw. in der Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 (E. 11.6) im Zusammenhang mit der Akteneinsicht ausgeführt, keine weiteren Akten bzw. Dokumente betreffend eine etwaige einseitige mündliche Kommunikation oder schriftliche Korrespondenz zwischen der Vorinstanz und der Zuschlagsempfängerin.

Darin ist aber ebenfalls kein Dokumentationsmangel zu sehen, zumal gestützt auf die vorstehende Beweismwürdigung des Gerichts (vorne, E. 4.5.2) feststeht, dass in der zweiten Verhandlungsrunde seitens der Vorinstanz keine einseitige Informationsweitergabe an die Zuschlagsempfängerin erfolgt ist und diese folglich auch nicht dokumentiert werden konnte bzw. musste.

Im Übrigen dürfen die detaillierten Vorschriften über die Protokollierungsmodalitäten, welche das Beschaffungsrecht in der bis 31. Dezember 2020 geltenden Fassung für mündliche Verhandlungen bereithält (Art. 26 Abs. 3 f. [a]VöB i.V.m. Art. 20 [a]BöB), nicht eins zu eins auf das konzessionsrechtliche Ausschreibungsverfahren übertragen werden (vorne, E. 3). Mit Blick auf die Geltung der Grundrechte (E. 3.3.5) soll allerdings die allgemeine verfahrensrechtliche Aktenführungspflicht der Vorinstanz die gerichtliche Überprüfung ermöglichen, ob dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot in den Verhandlungen Rechnung getragen wurde, was

vorliegend – wie dargelegt – der Fall ist. Die im Vergaberecht entwickelte Rechtsprechung, wonach eine Verletzung der Protokollierungspflicht durch die Vergabestelle unter Umständen zur Aufhebung des Zuschlags führt, wenn nicht überprüft werden kann, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten wurde (BVGE 2016/19 E. 6.1, 6.3.2, 6.3.3 und 6.4), kommt im Gewand der Grundrechte insofern auch bei Ausschreibungen von Konzessionen zum Tragen (vgl. zur Beweislast auch Urteil des BVGer B-4009/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.7.4 m.H.). Vorliegend stellt sich die Frage nach einer Verletzung der Protokollierungspflicht jedoch nicht, da – wie erwähnt – nicht davon auszugehen ist, dass eine asymmetrische Information erfolgt sei, welche zu dokumentieren gewesen wäre.

**4.6.3** Somit dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der mangelhaften Protokollierung bzw. Dokumentation der Nachverhandlungen nicht durch.

**4.7** Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin die Verhandlungen dahingehend, dass sie sich einzig auf die Wirtschaftlichkeit bezogen hätten und sie keine Möglichkeit erhalten habe, auch die Qualität des Angebots anzupassen.

Die Vorinstanz war jedoch, worauf sie zutreffend hinweist, nach den Ausschreibungsunterlagen nicht verpflichtet, auch die Qualität zum Gegenstand der Verhandlungen zu machen (vgl. Ziff. 3.1.11 der Verfahrensbestimmungen). Darüber hinaus liegt auch insofern keine Ungleichbehandlung zu Lasten der Beschwerdeführerin vor, als die Zuschlagsempfängerin in der Nachverhandlungsphase ihr Angebot qualitativ nicht mehr verbessern bzw. ihre Qualitätsbewertung nach dem 5. September 2017 (dem Tag nach der Angebotspräsentation: E. 4.3.3) ebenfalls nicht mehr relevant steigern konnte. Aus dem Protokoll zur Angebotspräsentation der Beschwerdeführerin geht dagegen, entgegen ihren Ausführungen, hervor, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nahelegte, ihr Angebot in den drei qualitätsbezogenen Punkten Strategie, Business Case/Kosten und Kundeninformation nachzubessern und erneut einzureichen. Die Beschwerdeführerin hat in der zweiten Verhandlungsrunde denn auch unstreitig ein in bestimmten Qualitätsaspekten verändertes Angebot eingereicht (E. 4.3.8). Somit wurde ihr, anders als gerügt, die Möglichkeit eingeräumt, die Qualität zu optimieren. Insoweit beschränkte sich die Gelegenheit zur Angebotsverbesserung nicht einzig auf das Kriterium der Wirtschaftlichkeit, bei deren Benotung die Zuschlagsempfängerin anfänglich hinter der Beschwerdeführerin zurücklag.

Soweit streitig ist, ob diese qualitativen Anpassungen effektiv der Bewertung zugeführt wurden, kann dazu auf die Prüfung der Rüge der unvollständigen (Schluss-)Evaluation verwiesen werden (E. 7.3).

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

## **5.**

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

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

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

**5.1.2** Die Vorinstanz gab den Anbieterinnen die Zuschlagskriterien gemäss den mit Ausschreibung im SHAB zugänglich gemachten Bestimmungen zum Verfahren vom 22. Februar 2017 bekannt (Ziff. 3.5.3). Im Einzelnen hat sie zu den Zuschlagskriterien folgende Angaben veröffentlicht (Ziff. 3.5.3.1 u. 3.5.3.2 [ohne Angaben zum nicht mehr relevanten Los 8]):



**3.5.3.1 Wirtschaftlichkeit (60 %)**

Hauptkriterium	Unterkriterium
Wirtschaftlichkeit (60 %)	Garantierte Mindestmiete: Betrag in CHF für 2019
	Garantierte Mindestmiete: Betrag in CHF für Folgejahre
	Mietertragsprognose pro Jahr
	Abgabesatz % von Umsatz netto-netto für 2019
	Abgabesatz % von Umsatz netto-netto für Folgejahre

**3.5.3.2 Qualität (40%)**

Hauptkriterium	Unterkriterium
Geschäftskonzept (25 %)	Detaillierte Umsatzplanung
	Marketing- / Vermarktungskonzept
	Verkaufskonzept inkl. Schlüsselpersonen
	Logistikkonzept inkl. Schlüsselpersonen
	Investitionsplanung
Innovation (5 %)	Innovationen
Erfahrung (10 %)	3 Referenzen

Des Weiteren wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die Beurteilung der Zuschlagskriterien anhand eines systematischen Bewertungsschemas erfolgen werde (Ziff. 3.5.3) und die einzelnen wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien nach einer Notenskala von 1 - 5 bewertet würden (Ziff. 3.5.3.2).

**5.1.3** Demgemäss hat die Vorinstanz die Zuschlags- bzw. die verschiedenen Hauptkriterien und deren Gewichtung transparent und für alle Anbieter in gleichem Umfang bekannt gegeben.

Die Beschwerdeführerin erachtet darüber hinausgehende Angaben zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit als erforderlich; sie verweist hierbei auf die beschaffungsrechtliche Praxis (BGE 125 II 86 [Pra 1999 Nr. 105] E. 7c; 130 I 241 [Pra 2005 Nr. 59] E. 5.1; 141 II 353 E. 8.2.3). Die Rechtsprechung leitet aus dem vergaberechtlichen Transparenzgebot zwar ab, dass die Behörde, legt sie für eine bestimmte Ausschreibung Unterkriterien fest, diese ebenso wie die Zuschlagskriterien mit der jeweiligen Gewichtung im Voraus bekanntgeben muss, es sei denn, sie dienen nach den Umständen nur zur Konkretisierung eines publizierten Kriteriums; dies gilt ebenso für Beurteilungsraster oder Hilfsmittel der Bewertung wie z.B. eine Punkteskala (detailliert Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.3, E. 5.2.6; vgl. auch BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil des BGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 848 und 850). Es ist der Behörde verwehrt, derart bekanntzugebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern, indem etwa die festgelegten Prozentsätze nachträglich modifiziert werden (BGE 125 II 86 E. 7c; Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 m.H.).

Wie vorne jedoch im Grundsatz bereits ausgeführt wurde, finden die strengen beschaffungsrechtlichen Bekanntgabepflichten keine Anwendung auf das flexiblere Verfahren der Ausschreibung einer Konzession bzw. einer Sondernutzungskonzession (E. 3.3.1. ff.). Vielmehr entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts zu Konzessionsvergaben, dass sich vorbehältlich spezialgesetzlicher Besonderheiten aus dem verfassungsmässigen Gleichbehandlungsgebot keine Pflicht der Behörde zur Offenlegung der Gewichtung der Unterkriterien für den Zuschlag oder von detaillierten Bewertungsrastern ergibt und dass auch keine verschärfte Transparenzvorgabe aus dem übergeordneten Recht abgeleitet werden kann; hier unterscheidet sich das Konzessionsierungsverfahren aufgrund der unterschiedlichen öffentlichen Interessen massgeblich vom Submissionsverfahren (BGE 143 II 120 [Pra 2018 Nr. 14] E. 6.3 ff.; 125 I 209 E. 9 d/bb, E. 6b; Urteil des BGer 2C\_314/2013 vom 14. März 2014 E. 1.1.2 m.H.; BVGE 2009/64 E. 5.4 und 6.5 ff.; BVGE 2009/63 E. 8 f.; Urteile des BVGer A-7801/2008 vom 7. Dezember 2009 E. 7.2.2 ff. und A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 5.1 und 9.2;

vgl. zu den Mindestanforderungen des EGMR an Konzessionierungsverfahren auch BVGE 2009/64 E. 6.4 mit Hinweis auf den Entscheid des EGMR Glas Nadezhda EOOD und Elenkov gegen Bulgarien vom 11. Oktober 2007, Nr. 14134/02, Ziff. 45 ff.).

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

Insgesamt ist die Art und Detaillierung der Bekanntgabe der Kriterien demnach nicht zu beanstanden.

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

**5.2.1** Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit geltend, die Vorinstanz habe gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Wettbewerbsneutralität und der Transparenz verstossen, indem sie die bekanntgegebene Gewichtung der Wirtschaftlichkeit (60 %) während der Verhandlungen durch Veränderungen im Bewertungstool verwässert habe, ohne dies transparent zu kommunizieren. Dies habe ihren anfänglichen Vorsprung in diesem Bereich deutlich abgeschwächt. Die für die Noten massgebende Preisspanne in der ersten Verhandlungsrunde sei sowohl gegen oben (höhere erforderliche Gesamtsumme für die Höchstnote 5.0) als auch gegen unten (tiefere notwendige Gesamtsumme für die Tiefstnote

1.0) angepasst worden, sodass die beiden Angebote unter Abflachung der Preiskurve notenmässig zusammengedrückt seien. Höhere Angebote hätten neu bei der Wirtschaftlichkeit weniger Punkte erreicht, weshalb diese Leistung abgewertet bzw. der Bereich der Qualität aufgewertet worden sei. Obwohl sie ihre Gesamtmindestmiete um Fr. 65 Mio. erhöht habe, sei die Wirtschaftlichkeitsnote am Ende der ersten Verhandlungsrunde von 4.2 auf 4.1 gesunken. Die effektive Gewichtung der Zuschlagskriterien entspreche im Ergebnis nicht mehr der publizierten Gewichtung (Wirtschaftlichkeit 60 %; Qualität 40 %). Letztere sei zum Nachteil der gemäss Erstbewertung führenden Beschwerdeführerin verfälscht worden, und zwar in relevanter Weise, da der Vorsprung der Zuschlagsempfängerin am Ende insgesamt nur 0.15 Punkte betragen habe.

Die Beschwerdeführerin beruft sich damit wiederum sinngemäss auf die Rechtsprechung zum Vergaberecht, wonach ein Verstoß gegen das Transparenzprinzip vorliegt, wenn die gewählte Preisbewertungsmethode der publizierten Gewichtung nicht genügend Rechnung trägt (detailliert BVGE 2018/3 E. 7.3 f. m.H.).

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

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

**5.2.4** Die Beschwerdeführerin weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz die zur Benotung der Erstangebote verwendete Skala nach der ersten Verhandlungsrunde teilweise modifiziert und die ersten (wie die folgenden) Nachofferten danach bewertet hat. Die Note richtet sich nach

dem erzielten Net Present Value (NPV), der sich aufgrund der Werte der verschiedenen Wirtschaftlichkeitskriterien einschliesslich der Mindestmiete ergibt. Die Notenskala wurde hinsichtlich der Bandbreite (NPV-Werte) der einzelnen Noten wie folgt angepasst:

<b>Erstbewertung</b>	Note 5	Note 4	Note 3	Note 2	Note 1
NPV	$n_5$	$n_4$	$n_3$	$n_2$	$n_1$
<b>ab Runde 1</b>	Note 5	Note 4	Note 3	Note 2	Note 1
NPV	$1.18n_5$	$1.15n_4$	$1.10n_3$	$1.00n_2$	$0.77n_1$

**5.2.5** Des Weiteren fällt aufgrund des Bewertungs- und Verhandlungsverlaufs (siehe Tabelle in E. 4.3.11) in der Tat auf, dass sich die Note Wirtschaftlichkeit der Beschwerdeführerin nach der ersten Verhandlungsrunde, obgleich sie ihre kalkulierte Gesamtmindestmiete um rund Fr. 65 Mio. (auf Fr.  $y_1$  Mio.) erhöhte, leicht verminderte (von 4.2 auf 4.1).

Indessen ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die Bewertungsskala für beide Anbieterinnen in gleicher Weise geändert wurde. So hat die Zuschlagsempfängerin in der ersten Verhandlungsrunde ihre bewertete Gesamtmindestmiete um rund Fr. 78 Mio. (von Fr.  $x$  Mio. auf Fr.  $x_1$  Mio.) noch stärker gesteigert als die Beschwerdeführerin und konnte dennoch ihre Note lediglich von 3.5 auf 3.7 steigern (E. 4.3.11). Entsprechend fiel auch das erste, erheblich verbesserte Nachangebot der Zuschlagsempfängerin notenmässig beschränkt ins Gewicht und die Änderung der Notenstufen traf sie ebenso wie die Beschwerdeführerin.

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

mit ihrem ersten Angebot deutlich mehr Mindestmiete als die Zuschlagsempfängerin offeriert habe (Fr. y Mio. gegenüber Fr. x Mio.), habe sie die Reduktion stärker getroffen.

In dieser Hinsicht trifft es zwar zu, dass ab der ersten Verhandlungsrunde für dieselbe Note ein höherer NPV-Wert bzw. eine höhere Mindestmiete erforderlich war. Dies traf jedoch nach der Erstbewertung der Offerten während der gesamten Nachverhandlungen in gleicher Weise für beide Anbieterinnen (und für alle Erhöhungen) zu. Beide Anbieterinnen wurden stets nach derselben Notenskala bewertet. Gesamthaft betrachtet hat die Beschwerdeführerin eine leicht höhere Mindestmiete offeriert und auch eine leicht höhere Note erhalten, weshalb insgesamt nicht der Eindruck entsteht, dass die Beschwerdeführerin bei der Bewertung der optimierten Angebote benachteiligt wurde. Im Gegenteil hat die Vorinstanz in der sog. dritten Verhandlungsrunde zu Gunsten der Beschwerdeführerin eine zusätzliche Steigerung der Mindestmiete einseitig in die Bewertung einbezogen, was aus Sicht der Zuschlagsempfängerin unter dem Gleichbehandlungsaspekt fraglich erscheint, vorliegend aber nicht geprüft werden muss. Auch war es die Zuschlagsempfängerin, die ihre Mindestmiete während der Verhandlungen, d.h. unter der angepassten, flacheren Skala mit weniger Notenpunkten pro gebotem Betrag, um eine insgesamt klar höhere Summe (rund Fr. 58 Mio.) als die Beschwerdeführerin gesteigert hat.

Des Weiteren hat die Vorinstanz nachvollziehbare objektive Gründe für die Modifikation der Notenschritte angeführt. Insbesondere ihre Erläuterung, dass aufgrund der höher als erwartet ausgefallenen Nachofferten die Notenschritte 1 - 5 zwecks Aussagekraft der Bewertung hätten adaptiert werden müssen, überzeugt angesichts dessen, dass die Wirtschaftlichkeit bzw. die Mindestmiete – im Unterschied zur Qualität – im Fokus der Nachverhandlungen stand. Wäre die anfängliche Notenskala ohne Ausdehnung bzw. Abflachung der Notenstufen beibehalten worden, wäre den mehrfach erhöhten Mindestmieten – und damit auch dem zu 60 % gewichteten Kriterium der Wirtschaftlichkeit – mangels aussagekräftiger Punkteabstufung bzw. Differenzierung im oberen Notenbereich immer weniger und schliesslich keine Unterscheidungskraft mehr zugekommen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass beide Anbieterinnen durch ihre Schlussofferten mit Mindestmieten von Fr.  $x_2$  Mio. bzw. Fr.  $y_2$  Mio. bzw. den (höheren) NPV-Werten über bzw. an der Schwelle zur Höchstnote 5 (NPV von  $n_5$ ) der *ursprünglichen* Skala lagen, oberhalb welcher kein Notenunterschied mehr möglich gewesen wäre und alle Angebote die Höchstnote erreicht hätten. Ab einer gewissen Höhe der Mieten wäre mithin just die Qualität, die zu

Gunsten der Zuschlagsempfängerin ausschlaggebend war, zu Lasten der Beschwerdeführerin zum alleinentscheidenden Kriterium geworden und hätte effektiv eine höhere Gewichtung als 40 % erlangt.

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

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

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

**5.3.1** Aus den Akten ergibt sich zwar, dass die Lose 1 - 5 bei der Erstbewertung insgesamt 82.1 %, in der ersten Verhandlungsrunde neu 99.9 % bzw. 100 % der gesamten Gewichtung ausmachten. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar darlegt, liegt diese Anpassung aber darin begründet, dass die (nicht Teil des Streitgegenstands bildenden) Lose 6 und 7 und das nicht vergebene Los 8 nicht mehr zusammen mit den Losen 1 - 5 bewertet wurden. In den Ausschreibungsunterlagen behielt sich die Vorinstanz gemäss ihren Erläuterungen zur Bewertung der Zuschlagskriterien auch explizit vor, den Zuschlag je nach wirtschaftlichen Konditionen für eine oder mehrere Loskombinationen oder das Gesamtpaket zu vergeben (Ziff. 3.5.3 der Bestimmungen zum Verfahren vom 22. Februar 2017). Folgerichtig veränderten sich mit der separaten Bewertung der Lose 6 - 8 auch die prozentualen Gewichtungen der Lose 1 - 5.

**5.3.2** Die Beschwerdeführerin kritisiert vor diesem Hintergrund weiter, dass die Gewichte der Lose 1 - 5 nicht proportional auf 100 % hochgerechnet worden seien, sondern die Lose 3 und 4 in den Nachverhandlungen ein ungleich stärkeres Gewicht erlangt hätten. Die Verschiebung der Gewichte habe der Zuschlagsempfängerin in vorsätzlicher Verletzung des Gleichbehandlungsgebots 0.07 Notenpunkte mehr eingebracht als ihr selbst.

Die Vorinstanz bringt vor, dass die Notenskala vor Eingang der Offerte anhand der Erwartungen festgelegt worden sei. Die eingereichten Angebote hätten im Rahmen der ersten Nachverhandlungsrunde teilweise (je nach Lose) über den Erwartungen der Vorinstanz gelegen, so dass ohne Anpassung in Teilergebnissen eine Überperformance vorgelegen hätte. Daher sei die ursprüngliche Notenskala inkl. Notenschritte (sog. Range) entsprechend angepasst worden. Hätte man, wie von der Beschwerdeführerin vorgeschlagen, nach Wegfall der Vergabe der Lose 6 - 8 die Gewichtungen der noch zu vergebenden Lose 1 - 5 proportional auf 100 % hochgerechnet, so hätte auch ein Anbieter mit einem geringeren wirtschaftlichen Angebot die bessere Note erlangen können, was von keinem Anbieter als faire Bewertung erachtet worden wäre. Die hypothetischen Berechnungen der Beschwerdeführerin hätten keinerlei Beweiskraft. Es handle sich um reine Mutmassungen, denn die Beschwerdeführerin rechne nur mit Bezug auf die Mindestmiete, kenne weder das Bewertungstool in seinen Einzelheiten noch die Parameter (wie z.B. den Diskontierungszins) und somit auch die Wechselwirkungen nur sehr rudimentär. Gerade auch die Wechselwirkungen seien für die Bewertung elementar.

Die Gewichtungen der Lose wurden indessen ab der ersten Verhandlungsrunde, ebenso wie zuvor, für beide Anbieterinnen in derselben Weise vorgenommen. Es ist aus den Akten weder ersichtlich noch nachvollziehbar gerügt, inwieweit die Veränderung in der Losstruktur der Zuschlagsempfängerin entscheidende Vorteile vermittelt hätte. Insbesondere überzeugt nicht, dass die Beschwerdeführerin eine notenmässige Besserstellung aus der hypothetischen Anwendung der angepassten Gewichtungen auf die Notenwerte der Erstbewertung ableiten will, obwohl die angepasste Losstruktur auf die Bewertung der ersten (und der folgenden) Nachofferten mit veränderten Zahlen verwendet wurde.

Ausserdem würde die geltend gemachte Benachteiligung von 0,07 Notenpunkten den Gesamtvorsprung der Zuschlagsempfängerin (0,15 Punkte) nicht wettmachen, weshalb die Beschwerdeführerin aus der Gewichtungen der Lose, vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen, keine ergebnisentscheidende Benachteiligung herleiten kann. Nach dem Ausgeführten erweist sich das – bedingt – beantragte Expertengutachten zu den quantitativen Auswirkungen der beanstandeten Bewertungsanpassungen als nicht notwendig.



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

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

**5.4.2** Der beschriebene Notenverlauf beruht indessen, worauf die Vorinstanz zutreffend hinweist, nicht auf einer Änderung der Qualitätskriterien oder deren Gewichtung. Dieser Befund ergibt sich auch aus den Akten, insbesondere aus dem Vergleich der vorläufigen Notenblätter der Erstbewertung mit denjenigen nach der Angebotspräsentation, welche der Beschwerdeführerin im Rahmen des Akteneinsichtsverfahrens auch betreffend Gewichtungen der (Unter-)Kriterien offengelegt wurden. Es handelt sich vielmehr um eine überarbeitete Bewertung unter Fortführung derselben Bewertungskriterien und prozentualen Gewichtungen, welche für beide Anbieterinnen gemäss den genannten Akten einheitlich verwendet wurden und im Einklang mit den publizierten Angaben in den Ausschreibungsunterlagen stehen. Die Notenveränderung gründet gemäss den objektiv nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz insbesondere in den Angebotspräsentationen vom 4. September 2017, anlässlich derer sie neue Erkenntnisse hinsichtlich der qualitativen Aspekte der Offerten gewonnen hat. Die Angebotspräsentationen, einschliesslich der Gelegenheit zur Erläuterung qualitativer Aspekte des Angebots, wurden im Übrigen bereits in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen (Ziff. 3.2.3 der Verfahrensbestimmungen), so dass nicht ersichtlich ist, weshalb sie keinen Einfluss auf die Bewertung hätten haben dürfen.

Demnach ist auch beim Zuschlagskriterium der Qualität, entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin, keine rechtswidrige, nachträgliche Änderung des Bewertungssystems zu ihrem Nachteil auszumachen.

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

Auswahlentscheids bzw. der Zuschlagsverfügung (Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.4.2; allgemein: BGE 143 III 65 E. 5.2). Die Vorinstanz ist jedoch nicht verpflichtet, die Parteien bereits während des Verfahrens über vorläufige Zwischenbewertungen zu informieren und diese näher zu begründen. Soweit die Beschwerdeführerin bemängelt, dass die Vorinstanz die qualitativen Verbesserungen ihres Angebots im Laufe des Verfahrens nicht in die Bewertung einbezogen habe bzw. ihr Angebot nicht anhand objektiver Kriterien bewertet habe, ist dieser Einwand mit der Rüge der unvollständigen bzw. willkürlichen Schlussevaluation zu prüfen (E. 7.3).

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

## **6.**

Sodann ist streitig, ob die Vorinstanz durch Informationen im Rahmen der Angebotsverhandlungen rechtswidrig mit Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin umgegangen ist.

**6.1** Die Beschwerdeführerin wirft ihr vor, sie habe vertrauliche Informationen über Konkurrenzangebote ausgetauscht. Insbesondere habe die Vorinstanz die Zuschlagsempfängerin über ihren Rückstand informiert und den Anbieterinnen Beträge genannt, um welche sie ihre Mindestmieten erhöhen müssten. Durch diese Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen habe sie den aus dem Gebot von Treu und Glauben fließenden Grundsatz der Vertraulichkeit verletzt.

**6.2** Die Vorinstanz wendet im Wesentlichen ein, sie habe keine Geschäftsgeheimnisse preisgegeben. Es treffe sie zudem nicht dieselbe Pflicht zur Vertraulichkeit wie eine Vergabestelle im Beschaffungsrecht. Insbesondere seien die von der Beschwerdeführerin monierten Informationsweitergaben ("eine Offerte liege tiefer als die andere" bzw. "eine Erhöhung um einen bestimmten Betrag wäre erforderlich, um auf den ersten Rang zu kommen") keine Geschäftsgeheimnisse.

**6.3** Im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens darf die Vergabestelle bei Verhandlungen, soweit diese zulässig sind, den beteiligten Anbietern bis zum Zuschlag "keine Informationen über Konkurrenzangebote" abgeben (Art. 26 Abs. 5 aVöB in der vorliegend relevanten Fassung vom

11. Dezember 1995; zum Ganzen: CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Verhandlungen im Vergaberecht, Begriffe und Rechtsgrundlagen, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 229 Rz. 25 m.H.). Wie ausgeführt, ist diese Verordnungsbestimmung auf das hier zu beurteilende Verfahren der Konzessionsvergabe indes nicht anwendbar. Allerdings unterliegt das Konzessionsverfahren dem VwVG, weshalb für Verhandlungen des Auswahlverfahrens mangels abweichender Spezialregelung auf Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG zurückgegriffen werden kann (vgl. Akteneinsichtsentscheid im vorliegenden Verfahren vom 12. Juni 2019 E. 5.1.1). Die Anwendung dieser Regelung, welche wesentliche private Geheimhaltungsinteressen als Schranke des Einsichtsrechts vorsieht, gewährleistet, dass die konzessionsvergebende Behörde ohne Zustimmung der Betroffenen keine Geschäftsgeheimnisse aus Offerten anderer Konkurrenten preisgeben darf (vgl. zum insoweit damit kongruierenden Grundsatz der Vertraulichkeit im Vergaberecht: Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.5.3.1 ff.). Diese Grenzen der Offenlegung dürfen sinngemäss auch bei der Durchführung mündlicher Nachverhandlungen über Angebotsbestandteile nicht umgangen werden.

**6.4** Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin zwar im Rahmen der Nachverhandlungsrunde ungefähre Wertangaben genannt, um welche Beträge sie ihre Mindestmiete zur Wahrung ihrer Chancen erhöhen müssten (E. 4.3.2, E. 4.3.5). Diese Angaben bezogen sich aber auf ihre eigenen Offerten, wogegen die Vorinstanz keine Geschäftsgeheimnisse aus dem Angebot der jeweiligen Konkurrentin mitgeteilt hat. Die relativen Wertangaben liessen auch mittelbar keine Rückschlüsse auf Angebotsbestandteile aus der Konkurrenzofferte zu. Diese ergibt sich einerseits daraus, dass die genannten Beträge keine Differenzbeträge zwischen den angebotenen Mindestmieten darstellten, sondern eine Erhöhung im Kontext einer (einstweiligen) Gesamtbeurteilung der Angebote ausdrückten (vgl. Protokoll der Instruktionsverhandlung vom 11. Dezember 2020, S. 21 f.). Die Bewertung der Angebote beinhaltete dabei, wie erwähnt, neben der Wirtschaftlichkeit auch qualitative Aspekte und das Kriterium der Wirtschaftlichkeit bestand nicht nur aus der umsatzunabhängigen Mindestmiete (der notenentscheidende gewichtete NPV setzt sich neben der Mindestmiete auch aus dem diskontierten Mietertrag gemäss der Prognose des Anbieters sowie dem diskontierten Mietertrag nach der Prognose der Vorinstanz zusammen; vgl. Auszüge aus dem Excel-Tool). Andererseits zeigt sich anhand der Besprechung vom 13. September 2017 zwischen Vertretern der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz, dass die offerierte Miete der Konkurrenz nicht bekanntgegeben

wurde. Gemäss den Akten vermutete die Beschwerdeführerin gestützt auf die ihr mitgeteilte Wertangabe (Erhöhung um rund Fr. [...] Mio. auf rund Fr. [...] Mio.), dass ihre Konkurrentin aktuell Fr. [...] Mio. geboten habe, und äusserte diese Vermutung auch gegenüber der Vorinstanz. Zum einen aber traf diese Vermutung gerade nicht zu, da das Angebot der Zuschlagsempfängerin deutlich unter diesem Betrag lag (E. 4.3.5). Zum andern führte die Vorinstanz anlässlich der Besprechung aus, sie nenne keine Preise bzw. Hinweise auf Konkurrenten, weise aber daraufhin, dass alle Kriterien zur Beurteilung hinzugezogen würden.

**6.5** Demgemäss ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht rechtswidrig mit Geschäftsgeheimnissen umgegangen ist.

## **7.**

Des Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe sich bei der Schlussbewertung von sachfremden Kriterien leiten lassen und sei in Willkür verfallen. Sie habe ihr finales Angebot in Bezug auf die Werbeflächen für Eigenwerbung, den einmaligen Infrastrukturbeitrag und die Qualität nicht oder nur unvollständig in die Bewertung einbezogen. Die Beschwerdeführerin sehe sich in ihrem Eindruck bestätigt, dass sie – jedenfalls in den Nachverhandlungen – gleichsam nur noch als Preistreiberin für die Zuschlagsempfängerin, der auch bisherigen Mandatsinhaberin APG, benutzt worden sei, ohne noch echte Chancen auf den Zuschlag der Fremdwerbeflächen gehabt zu haben. Die Zuschlagsempfängerin habe zudem ihre Erfahrungen als bisherige Mandatsinhaberin einpreisen können und somit sehr wohl von positiven Effekten aus dem laufenden Mandat profitiert.

**7.1** Der konzessionsvergebenden Behörde steht in den Schranken der Rechtsordnung ein erheblicher Ermessensspielraum bei der Auswahl der Bewerber und der Bewertung der Angebote nach den Vergabekriterien zu. Die Behörde hat das ihr eingeräumte Ermessen pflichtgemäss, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Anwendung der Zuschlagskriterien auf die Angebote, einschliesslich der Angemessenheit, grundsätzlich zwar frei zu prüfen. Es auferlegt sich dabei jedoch, insbesondere aufgrund des spezifischen Fachwissens der Behörde, in ständiger Praxis eine gewisse Zurückhaltung. Uneingeschränkt prüft es dagegen insbesondere, ob sich die Vorinstanz bei der Auswahl von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen, den Sachverhalt korrekt festgestellt hat, die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte

geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2009/64 E. 5.1, 5.4; Urteil des BVGer A-7762/2008 vom 10. Dezember 2009 E. 5.1).

## 7.2

**7.2.1** In Bezug auf das Zuschlagskriterium der Wirtschaftlichkeit beanstandet die Beschwerdeführerin, sie habe der Vorinstanz mit der Nachofferte vom 22. September 2017 für deren Eigenwerbung Werbeflächen zum Marktwert von insgesamt Fr. [...] auf ihren Plattformen (z.B. 20Minuten) offeriert. Die Vorinstanz habe dies in der Bewertung nicht berücksichtigt, obschon die SBB-Eigenwerbung gemäss den der Ausschreibung beigelegten Vertragsentwürfen einen Bestandteil der Zusammenarbeit ausmache und sich der Werbeflächenbeitrag zuschlagsrelevant ausgewirkt hätte, da er im Verhältnis zur Mindestmiete einen erheblichen Betrag darstelle und [...] Notenpunkte hätte einbringen müssen. Ebenso wenig habe die Vorinstanz den von ihr offerierten, einmaligen Infrastrukturbeitrag von Fr. [...] (Übernahme der Rail eBoards) in die Evaluation einbezogen. Dabei übergehe sie, dass die Zuschlagsempfängerin als bisherige Nutzerin entstandene Synergien nutzen könne, d.h. das Werbeträgermaterial, das während der Vertragslaufzeit im Eigentum des Vertragspartners stehe und linear abzuschreiben sei, zum Nulltarif einplanen könne, während andere Anbieter Umsetzungsrisiken aufgrund des Umbaus der Werbeträger bei der Mindestmiete einkalkulieren müssten.

**7.2.2** Die Vorinstanz führt aus, die genannten Angebotselemente seien geprüft worden, hätten aber aufgrund deren Ausgestaltung und Verknüpfung mit (nicht akzeptierbaren) Bedingungen im Ergebnis zu keiner besseren Bewertung geführt. So habe die Beschwerdeführerin die nachofferierten Werbeflächen für Eigenwerbung von einer – mit den Ausschreibungsbestimmungen unvereinbaren – Option einer vorzeitigen Verlängerung der Vertragslaufzeit um weitere zehn Jahre abhängig gemacht, was die Vorinstanz aus Gründen der Gleichbehandlung nicht habe berücksichtigen können. Abgesehen davon, dass es sich dabei nur um ein Angebot mit einem theoretischen Mediawert, welcher nicht Bestandteil der Ausschreibung und insofern auch nicht bewertbar gewesen sei, gehandelt habe, hätte dieses Angebot darüber hinaus nur zum Zug kommen sollen, sofern die Jahresmiete das Niveau der garantierten Mindestmiete überstiege. Weil überhaupt fraglich gewesen sei, ob sich diese zusätzliche Bedingung jemals realisieren würde, sei dieser Teil des Angebots nicht im Sinne einer Notenverbesserung in die Bewertung einbezogen worden. Hinsichtlich des

Infrastrukturbeitrags wendet die Vorinstanz ein, dass dieser auch eine reduzierte Miete und entsprechend eine Punktereduktion bedeutet hätte. Zudem habe sie sich, wie in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten (Spezialbestimmungen zu Los 4), aufgrund des Risikos für den Unterhalt entschieden, das Eigentum an der betreffenden Infrastruktur (grosse digitale Werbeflächen; Los 4) zu behalten, weshalb die Offertoption mit Eigentum der Werbeträger beim Anbieter nicht mehr weiterverfolgt und damit auch bei der Bewertung nicht berücksichtigt worden sei.

**7.2.3** Aus Gründen der Gleichbehandlung der Anbieterinnen hat die Bewertung der Angebote im Einklang mit der Ausschreibung, d.h. gemäss den publizierten Zuschlagskriterien zu erfolgen. Die Definition der zuschlagsrelevanten (Haupt- und Unter-)Kriterien steht dabei im Ermessen der Vorinstanz. Die hier zur Diskussion stehenden erweiterten Angebotselemente, bestehend in der Überlassung eigener Plattformen für Eigenwerbung und im infrastrukturbezogenen Beitrag, figurieren in der Ausschreibung nicht als selbständige Unterkriterien der Wirtschaftlichkeit (vgl. Ziff. 3.5.3.1 der Bestimmungen zum Verfahren vom 22. Februar 2017 [Mindestmiete, Mietertragsprognose, Abgabesatz in Prozent des Umsatzes]; hierzu E. 5.1.2). Insofern durfte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, dass den betreffenden Angebotsbestandteilen hinsichtlich des Hauptkriteriums der Wirtschaftlichkeit grundsätzlich keine Relevanz zukommt. Im Übrigen trifft es nicht zu, dass die Vorinstanz die Nachofferte der Beschwerdeführerin vom 22. September 2017 von vornherein ungeprüft liess. Wie die Vorinstanz nachvollziehbar darlegte, hätte die Verknüpfung der offerierten Werbeflächen für Eigenwerbung mit den Bedingungen, dass die Jahresmiete das Niveau der garantierten Mindestmiete übersteige und dass der Beschwerdeführerin ein vertragsverlängerndes Optionsrecht eingeräumt werde, eine Berücksichtigung dieses Angebotselements ohnehin verunmöglicht. Auch hätte sich der Infrastrukturbeitrag nach der Einschätzung der Vorinstanz im Gegenteil reduzierend auf das Unterkriterium der Mindestmiete und die Benotung ausgewirkt. Mit Blick auf die Ausschreibung erscheint es daher nicht willkürlich und nicht sachfremd, dass diese Elemente sich nicht notenerhöhend auf die abschliessende Evaluation des Angebots der Beschwerdeführerin ausgewirkt haben. In Bezug auf die behaupteten Vorteile der bisherigen Mandatsinhaberin bringt die Beschwerdeführerin vor, dass in der Offerte der Zuschlagsempfängerin kaum Unterschiede zwischen dem ersten Vertragsjahr (für alle anderen Anbieter das "Startjahr") und den Folgejahren zu erkennen seien. Sie folgert daraus, dass die APG sich mit den besonderen Risiken und Aufwendungen im ersten Vertragsjahr als nicht bzw. kaum konfrontiert betrachtete. Inwiefern die

Beschwerdeführerin diesbezüglich eine Verletzung des Bewertungssystems durch die Vorinstanz herleiten möchte bzw. aus diesen Umständen eine unvollständige, willkürliche Schlussevaluation resultiert, ist nicht ersichtlich. Diese Rüge erweist sich damit als unbegründet.

**7.3** Hinsichtlich der Bewertung der Qualität bemängelt die Beschwerdeführerin insbesondere, dass die Vorinstanz ihre mit Nachofferte vom 15. September 2017 eingereichten Angebotsänderungen nie einer Evaluation zugeführt habe, obwohl es sich um eine weitreichende Erweiterung ihres Konzepts betreffend Bahnhöfe gehandelt habe.

**7.3.1** Die Vorinstanz führt dagegen aus, die Angebotsänderungen seien in die Bewertung einbezogen worden. Die Nachofferte habe jedoch nicht überzeugt, weshalb sich die Benotung nicht verändert habe, wobei die Anpassungen zu Gunsten der Beschwerdeführerin auch nicht negativ berücksichtigt worden seien. Die geltend gemachte Konzepterweiterung habe nur marginale Auswirkungen auf den Mehrumsatz gehabt.

**7.3.2** In dieser Hinsicht wendet die Beschwerdeführerin zwar zunächst ein, die Vorinstanz argumentiere, obschon es um die Angebotsqualität gehe, mit wirtschaftlichen und somit sachfremden Aspekten (Umsatz). Der Beschwerdeführerin ist jedoch entgegenzuhalten, dass das "Geschäftskonzept" gemäss den Ausschreibungsunterlagen ein zu 25 % gewichtetes Qualitätskriterium und die "[d]etaillierte Umsatzplanung" ein Unterkriterium davon bildet (E. 5.1.2). Demzufolge erweist sich die Begründung der Vorinstanz nicht als sachfremd. Sie steht vielmehr im Einklang mit den Ausschreibungsunterlagen und liefert eine im Ermessensspielraum der Vorinstanz liegende Erklärung, weshalb die Nachofferte zu keiner Steigerung der Note beigetragen hat.

**7.3.3** Darüber hinaus hat die Vorinstanz mit Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 17. November 2017 im Detail begründet, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Qualität eine tiefere Note als dasjenige der Zuschlagsempfängerin erreicht hat. So sei beim Zuschlagskriterium "Geschäftskonzept" das Konkurrenzangebot hinsichtlich des Umsatzes plausibler berechnet gewesen, während das Angebot der Beschwerdeführerin sehr hohe Umsatzerwartungen beinhaltet habe, die nicht in sämtlichen Losen als realistisch erachtet worden seien. Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Innovationen" seien diese im Angebot der Beschwerdeführerin betreffend Umsetzbarkeit und Kosten-Nutzen-Analyse zu wenig differenziert und produktespezifisch aufgezeigt worden. Das Angebot der

Zuschlagsempfängerin dagegen habe pro Los jeweils fünf unterschiedliche und produktspezifische Innovationen enthalten, die umsetzbar seien und einen effektiven Mehrwert versprechen. Beim Zuschlagskriterium "Erfahrung" seien pro Los drei vergleichbare Referenzaufträge verlangt worden. Die Beschwerdeführerin habe in fünf Losen dieselben Referenzen angegeben, welche nicht bei allen Losen gleichermassen gut gepasst hätten. Die Zuschlagsempfängerin habe pro Produkt jeweils drei individuelle und mit den Losen vergleichbare Referenzen eingereicht, die weitaus vielfältiger und bezüglich Leistungsvolumen grösser gewesen seien. Diese Gründe hätten zu Abzügen bei der Punktevergabe geführt. Daraus habe sich eine erhebliche Differenz in der Bewertung der qualitativen Kriterien ergeben (Beschwerdeführerin: 3.55 Punkte; Zuschlagsempfängerin: 4.13 Punkte). Neben der schriftlichen Begründung vom 17. November 2017 hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin eine Gegenüberstellung der Bewertung der beiden Angebote ausgehändigt, woraus nicht nur die Gesamtnote und die Noten für die Zuschlagskriterien "Wirtschaftlichkeit" und "Qualität" ersichtlich waren, sondern für jedes der fünf Lose auch die Teilnoten für die einzelnen, in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Unterkriterien zur Qualität.

**7.3.4** Dementsprechend hat sich die Vorinstanz, anders als gerügt, bei der Bewertung der Qualität nicht von sachfremden Überlegungen leiten lassen, sondern hat den Notenunterschied zwischen der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin willkürfrei anhand objektiver Kriterien dargelegt. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin fehlen somit, wie schon bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit, Anzeichen für eine nicht sachgerechte oder nicht neutral vorgenommene Bewertung. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht entsprechend kein Anlass, in den Handlungsspielraum der Vorinstanz bei der Evaluation der Angebote einzugreifen.

**7.3.5** Ebenfalls ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass die Vorinstanz die Mindestanforderungen ihrer aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 35 Abs. 1 VwVG) erfüllt hat. Sie hat die wesentlichen Überlegungen genannt, gestützt auf welche sie den Zuschlag erteilt hat, und sie hat der Beschwerdeführerin damit eine sachgerechte Anfechtung des Zuschlags ermöglicht (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2; Urteil des BVerger A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 6.4.2). Entsprechend dringt die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht durch.



**8.**

Überdies rügt die Beschwerdeführerin unter verschiedenen Aspekten eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren. Die Vorinstanz vertritt die Ansicht, das Verfahren sei gerecht, transparent und unparteiisch abgelaufen.

**8.1** Art. 29 Abs. 1 BV garantiert den Anspruch auf "gleiche und gerechte Behandlung" vor Verwaltungsinstanzen. Die Beschwerdeführerin verweist namentlich darauf, dass der Anspruch den Grundtatbestand der einzelnen, spezifischen verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien bilde und grundlegender Ausdruck des prozessualen Fairnessgrundsatzes sei; insofern sei er auch Auffangtatbestand für Konstellationen, welche keinem spezifischen Teilgehalt (wie z.B. dem Verbot der Rechtsverweigerung) zugeordnet werden könnten. Gemäss Bundesgericht wolle der Anspruch namentlich sicherstellen, dass sich alle Verfahrensbeteiligten mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen könnten (mit Verweis auf BGE 139 I 121 E. 4.2.1; 133 I 1 E. 5.3.1; vgl. auch GEROLD STEINMANN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 39 und 41).

**8.2** Indessen decken sich die unter dem Titel der Verfahrensfairness erhobenen Kritikpunkte der Beschwerdeführerin (Verletzung der Pflicht zur vertraulichen Behandlung von Geschäftsgeheimnissen, Informationsasymmetrie in den Nachverhandlungen, keine Verhandlungen über qualitative Aspekte des Angebots bzw. keine Erhöhung der Qualitätsbenotung) im Wesentlichen mit den bereits behandelten Rügen. Insofern kann zunächst auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden, wonach das Verfahren in den beanstandeten Punkten nicht in Benachteiligung der Beschwerdeführerin abliefe. Auch darüber hinaus fehlen Umstände, welche die Durchführung des Auswahlverfahrens als unfair erscheinen lassen. Die Beschwerdeführerin konnte sich nicht weniger wirksam als die Zuschlagsempfängerin am Ausschreibungsverfahren beteiligen.

Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin das Verfahren mit dem Argument als unfair kritisiert, der Vorbehalt von Nachverhandlungen in der Ausschreibung habe einen Freipass zur Umgehung des objektiven Bewertungsverfahrens gebildet und die Verhandlungen seien auf einzelne Anbieterinnen (sog. Shortlist-Verfahren) beschränkt worden. Die Beschwerdeführerin wurde zur Angebotspräsentation eingeladen und durfte, wie die Zuschlagsempfängerin, an den Verhandlungen teilnehmen, was sie auch ohne Vorbehalte getan hat. Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb

sie unfair benachteiligt worden wäre, weil andere (dritte) Anbieter keine Gelegenheit zur Optimierung ihrer Angebote erhielten. Die Vorinstanz hat sich in den Ausschreibungsunterlagen (Bestimmungen zum Verfahren vom 22. Februar 2017, Ziff. 3.1.11) ausdrücklich vorbehalten, diejenigen Anbieter, die "eine reelle Chance auf einen Zuschlag" hätten, zu Verhandlungen einzuladen, wobei kein Anspruch darauf bestehe. Diese Beschränkung, welche Anbieter von den Verhandlungen ausschliesst, die im Lichte der Zuschlagskriterien auch nach Verhandlungen keine Aussicht auf den Zuschlag hätten, orientiert sich nicht an einem sachfremden bzw. unfairen Kriterium (vgl. PETER GAUCH, in: BR 1999, S. 53 Ziff. 4; zur streitigen Zulässigkeit von sog. Shortlist-Verfahren für Verhandlungen im Beschaffungsrecht: Zwischenentscheid des BVGer B-5504/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 9.4.3 mit Hinweis auf verschiedene Lehrmeinungen).

#### **9.**

Schliesslich kann hinsichtlich der Rüge der fehlenden Dokumentation des Verfahrensablaufs auf den Akteneinsichtsentscheid vom 12. Juni 2019 (insb. E. 11) verwiesen werden. In Bezug auf die Verhandlungen wurde die Rüge zudem vorstehend schon (E. 4.6) behandelt.

#### **10.**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich zu prüfen, ob das Beschwerdebegehren um Neuausschreibung zulässig ist bzw. auf die Vorbringen der Vorinstanz in Bezug auf die fehlende Rechtsstellungsverbesserung der Beschwerdeführerin durch ein neues Ausschreibeverfahren einzugehen. Gleiches gilt für die Ausführungen der Vorinstanz bezüglich des fehlenden Rechtsschutzinteresses der Beschwerdeführerin, einen Rückweisungsantrag zwecks Behebung von Mängeln des bestehenden Verfahrens zu stellen.

#### **11.**

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 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei einem Streitwert über Fr. 5'000'000.– beträgt die Gebühr in der Regel zwischen Fr. 15'000.– und Fr. 50'000.– (Art. 4 VGKE). Sie ist vorliegend unter Berücksichtigung der Komplexität der Materie und des Verfahrensaufwands – einschliesslich desjenigen für

den Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, die Zwischenverfügung zur Akteneinsicht vom 12. Juni 2019 und für den Teilentscheid vom 18. Februar 2020 – auf den Betrag von (total) Fr. 30'000.– festzusetzen.

**11.1** Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als in der Hauptsache unterliegend, weshalb ihr zunächst die auf Fr. 20'000.– zu veranschlagenden Verfahrenskosten für den Endentscheid aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Weiter ist zu bestimmen, wer die Verfahrenskosten für den Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 (Zuständigkeit und vorsorgliche Massnahmen), für die Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 betreffend Akteneinsicht und für den Teilentscheid vom 18. Februar 2020 betreffend neue Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin zu tragen hat.

Mit dem Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 erachtete sich das Bundesverwaltungsgericht als für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig, womit es ein diesbezügliches Gegenbegehren der Vorinstanz abwies. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen (Verbot von Vollzugsvorkehrungen) wurde abgewiesen. Ebenfalls abgewiesen wurde der Antrag der Vorinstanz auf vollumfänglichen Entzug der aufschiebenden Wirkung; hingegen wurde es der Vorinstanz erlaubt, die ausgeschriebenen Fremdwerbeflächen für die Dauer des vorliegenden Verfahrens der Zuschlagsempfängerin zur Verfügung zu stellen. Sodann wurde der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sie zu verpflichten, die Akten der Lose 1 - 5 und 8 auch betreffend alle nachrangierten Anbieter des Ausschreibungsverfahrens einzureichen, abgewiesen. Gesamthaft betrachtet ist von einem hälftigen Obsiegen bzw. Unterliegen der Beschwerdeführerin auszugehen. Dementsprechend sind der Beschwerdeführerin für diesen Zwischenentscheid Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 2'000.– aufzuerlegen.

Mit Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise gutgeheissen und der Beschwerdeführerin Einsicht in diverse Aktenstücke in teilweise abgedeckter Form gewährt. Der Antrag auf Einsicht in den Übergangsvertrag wurde ebenso wie das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen bzw. um ein Verbot von Investitionen in die Infrastruktur abgewiesen. Die Kosten für diese Zwischenverfügung werden auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Das teilweise Obsiegen ist mit 3/5 zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu

veranschlagen, weshalb ihr für diese Zwischenverfügung weitere Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– (entsprechend 2/5) aufzuerlegen sind.

Mit Teilentscheid vom 18. Februar 2020 wurde auf den Antrag der Beschwerdeführerin, die Konzession für die Loskombination 1 - 5 sei ihr auf Basis der ersten Offerte, eventualiter auf Basis der Schlussofferte zu erteilen, nicht eingetreten. Damit ist die Beschwerdeführerin als überwiegend unterliegend zu betrachten, weshalb sie die gesamten Verfahrenskosten von Fr. 1'000.– für diesen Teilentscheid zu tragen hat.

Insgesamt sind der Beschwerdeführerin somit Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 25'000.– (Fr. 20'000.– + Fr. 2'000.– + Fr. 2'000.– + Fr. 1'000.–) aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat keine Verfahrenskosten zu tragen.

**11.2** Ausgangsgemäss ist der unterliegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin in Bezug auf den Endentscheid keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Indessen ist der Beschwerdeführerin für den Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018, bei welchem sie hälftig obsiegend ist, und für die Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019, bei welcher sie im Umfang von 3/5 obsiegt hat, eine reduzierte Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz zuzuerkennen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist das Honorar aufgrund der Beteiligung von zwei Rechtsanwältinnen zu reduzieren.

Unter Berücksichtigung der eingereichten Honorarnote vom 29. Januar 2021 ist die (reduzierte) Parteientschädigung für den Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 auf Fr. 3'400.– festzusetzen. Hinsichtlich der Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 (betreffend Akteneinsicht und -edition) ist die (reduzierte) Parteientschädigung auf Fr. 33'250.– festzusetzen.

Somit ist der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 36'650.– (Fr. 3'400.– + Fr. 33'250.–) zuzusprechen.

Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Vorinstanz hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung, da sie als Behörde im Sinne der erwähnten Bestimmung zu betrachten ist (vgl. Zwischenentscheid im vorliegenden Verfahren vom 16. Mai 2018 E. 2, insb. E. 2.2.2 ff. zur Funktionstheorie und E. 2.4.2 zur Zweistufentheorie;

ferner für das Vergaberecht: GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 25'000.– auferlegt. Nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils wird der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 30'000.– zur Bezahlung dieser Verfahrenskosten verwendet und der Restbetrag von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine reduzierte Parteientschädigung von insgesamt Fr. 36'650.– für den Zwischenentscheid vom 16. Mai 2018 und für die Zwischenverfügung vom 12. Juni 2019 zugesprochen. Der Vorinstanz wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Errass

Davide Giampaolo

**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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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. August 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (vorab per E-Mail, postalischer Versand per Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (vorab per E-Mail, postalischer Versand per Gerichtsurkunde);
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise [Dispositiv]; postalischer Versand per A-Post).