



## **Urteil vom 14. Mai 2024**

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Diego Haunreiter.

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch die Rechtsanwältinnen  
lic. iur. LL.M. Claudia Schneider Heusi und/oder  
MLaw Anna Katharina Burri,  
Schneider Rechtsanwälte AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Schweizerische Bundesbahnen SBB,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. Hans Rudolf Trüb und/oder Lucina Herzog,  
Walder Wyss AG,  
Vergabestelle,

**B.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. Christoph Jäger und/oder MLaw Thomas Geiger,  
Kellerhals Carrard Bern KIG,  
Beschwerdegegnerin/Zuschlagsempfängerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen, Projekt "KFMS 2.0 -  
KundenFrequenzMessSystem";  
SIMAP-Meldungsnummer 1376221,  
Projekt-ID 258560.

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

**A.a** Das Kundenfrequenzmesssystem (KFMS) wurde erstmalig im Jahr 2010 im Einladungsverfahren ausgeschrieben. Den Zuschlag für den Betrieb des KFMS erhielt damals die A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin). Ende 2017 wurde der Vertrag mit der Beschwerdeführerin neu verhandelt und freihändig um weitere fünf Jahre bis Ende 2022 verlängert. In den Jahren 2023 und 2024 wurden die Optionen zur Vertragsverlängerung ausgeschöpft. Aktuell ist an 27 Bahnhöfen sowie im Bahnhofsumfeld Europaallee in Zürich ein KFMS im Einsatz. Im Zuge der Neuausschreibung sollen bestehende Bahnhöfe mit Messtechnik ergänzt und weitere Bahnhöfe neu ausgerüstet werden.

**A.b** Die erstmals am 3. Februar 2023 publizierte Neuausschreibung des KFMS wurde am 6. April 2023 abgebrochen (SIMAP-Meldungsnummer 1327875). Zur Begründung wurde in der Abbruchsverfügung festgehalten, dass das Projekt provisorisch abgebrochen werde, weil eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich werde.

**A.c** Am 12. Juni 2023 schrieben die Schweizerische Bundesbahnen SBB (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "KFMS 2.0 - KundenFrequenzMessSystem" den verfahrensgegenständlichen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Projekt-ID 258560; Meldungsnummer 1340487).

**A.d** In der Folge gingen fristgerecht vier Angebote ein, unter anderem dasjenige der Beschwerdeführerin und dasjenige der B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdegegnerin oder Zuschlagsempfängerin).

**A.e** Am 24. November 2023 publizierte die Vergabestelle auf SIMAP (Meldungsnummer 1376221), dass sie den Zuschlag für die feste Erbringung der Leistungspakete 1 und 2 sowie für die Option zur Erbringung der Leistungspakete 3 bis 6 für besagten Dienstleistungsauftrag an die Beschwerdegegnerin als erstplatzierte Zuschlagsempfängerin erteilt habe und gab als Preisspanne der eingegangenen Angebote Fr. 8'685'334.85 bis Fr. 38'265'452.40 (ohne MWST) an. Die Beschwerdeführerin erhielt als zweitplatzierte den Zuschlag für die Option zur Erbringung der Leistungspakete 1 bis 6. Im Evaluationsbericht hat die Vergabestelle klargestellt, dass sie mit der erstplatzierten Anbieterin den Rahmenvertrag abschliesse.

Sollte die erstplatzierte Anbieterin den Grundauftrag (LP1 und LP2) nicht erfüllen, würde sie gegenüber dieser die Optionen auf Erbringung der Leistungspakete LP3 bis LP6 nicht aktivieren. Stattdessen würde sie mit der zweitplatzierten Anbieterin den Rahmenvertrag und den Einzelvertrag auf Erbringung des Grundauftrages (LP1 und LP2) sowie - nach dessen Erfüllung - auch diejenigen auf Erbringung der Leistungspakete LP3 bis LP6 abschliessen.

Die Aufteilung der sechs Leistungspakete der Ausschreibung ist wie folgt vorgesehen (vgl. Vorakten, 02\_AGU, 2.1 Unterlagen, Anhang 11 Leistungsbeschreibung):

**LP1 - Vorbereitung:** Vorbereitung des Systems des Anbieters für den Proof-of-Concept (PoC), wie auch für die anschliessende Migration

**LP2 - Proof of Concept:** Umsetzung des Funktionsmoduls M1 am Bahnhof Schaffhausen

**LP3 - Migration und Rollout:** Inbetriebnahme der geforderten Funktionsmodule gemäss Terminplanung aller Bahnhöfe. Im ersten Schritt Migration der bestehenden Bahnhöfe und im zweiten Schritt Rollout der zusätzlichen Bahnhöfe

**LP4 - Betrieb, Wartung und Support:** Sicherstellung der Datenlieferung in der geforderten Qualität über die gesamte Vertragsdauer

**LP5 - Bauprojekte und Beratung:** Umsetzung von Bauprojekten, Beratung, Erstellung von Analysen und Studien

**LP6 - Ausserbetriebnahme und Entsorgung:** Ausserbetriebnahme und Rückbau, beziehungsweise Übergabe des Systems nach Beendigung des Vertragsverhältnisses an einen neuen Anbieter".

Zur Begründung des Zuschlagsentscheids hielt die Vergabestelle Folgendes fest (Ziff. 3.3 der Zuschlagsverfügung vom 24. November 2023): "Das Angebot der B.\_\_\_\_\_ war insgesamt das Vorteilhafteste und hat am meisten Punkte erhalten. Ausschlaggebend war insbesondere das Zuschlagskriterium 'Preis', bei dem die Zuschlagsempfängerin eine hohe Punktzahl erreicht hat." Neben den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin wurde noch ein drittes Angebot ausgewertet und das vierte ausgeschlossen.

## **B.**

Gegen diesen Zuschlag erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom

14. Dezember 2023 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie stellt folgende Anträge:

1. "Der Beschwerde sei superprovisorisch und dann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es sei die Vergabeverfügung der Vergabestelle betreffend «KFMS 2.0 KundenFrequenzMessSystem» (SIMAP Projekt-ID 258560) vom 23. November 2023 aufzuheben, das Angebot der Beschwerdegegnerin aus dem Verfahren auszuschliessen und der Beschwerdeführerin als erstplatzierte Zuschlagsempfängerin der Zuschlag zu erteilen.
3. Eventualiter zu Antrag Ziff. 2: Es sei die Vergabeverfügung der Vergabestelle betreffend «KFMS 2.0 – KundenFrequenzMessSystem» (SIMAP Projekt-ID 258560) vom 23. November 2023 aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen und die Vergabestelle anzuweisen, den Ausschluss der Beschwerdegegnerin vertieft zu prüfen sowie den Zuschlag unter Berücksichtigung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen neu zu verfügen.
4. Subeventualiter zu Anträgen Ziff. 2 und 3: Es sei die Vergabeverfügung der Vergabestelle betreffend «KFMS 2.0 – KundenFrequenzMessSystem» (SIMAP Projekt-ID 258560) vom 23. November 2023 aufzuheben und die Vergabestelle anzuweisen, das Vergabeverfahren betreffend «KFMS 2.0 – KundenFrequenzMessSystem» (SIMAP Projekt-ID 258560) abubrechen und ein neues, gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen.
5. Subsubeventualiter zu Anträgen Ziff. 2 bis 4: Es sei festzustellen, dass die Vergabeverfügung der Vergabestelle betreffend «KFMS 2.0 – KundenFrequenzMessSystem» (SIMAP Projekt-ID 258560) vom 23. November 2023 rechtswidrig ist, und die Vergabestelle habe der Beschwerdeführerin einen angemessenen Schadenersatz in der Höhe von mindestens CHF 80'000 zu bezahlen.
6. Es sei die Vergabestelle zu verpflichten, die vollumfänglichen Akten einzureichen und es sei der Beschwerdeführerin Akteneinsicht zu gewähren.
7. Es seien die Angebote der Beschwerdeführerin, die Korrespondenz zwischen ihr und der Vergabestelle sowie alle Akten und Rechtsschriften, welche Informationen zu den Angeboten der Beschwerdeführerin enthalten, gegenüber Dritten – insbesondere der Beschwerdegegnerin – vertraulich zu behandeln.
8. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, zur Beschwerdeantwort sowie zu den Akten der Vergabestelle Stellung zu nehmen und ihre Beschwerde zu ergänzen und anzupassen.

9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle und gegebenenfalls der Beschwerdegegnerin."

Die Beschwerdeführerin stellt sich in der Hauptsache auf den Standpunkt, dass die Ausschreibung in verschiedenen Punkten unklar und widersprüchlich gewesen sei. Zudem habe die Beschwerdegegnerin ein ungewöhnlich niedriges bzw. nicht kostendeckendes Angebot (ein Drittel des Angebotspreises der Beschwerdeführerin und weniger als ein Viertel des Angebotspreises einer dritten Anbieterin) eingereicht und die Vergabestelle habe diesbezüglich keine vertiefte Prüfung vorgenommen.

**C.**

Mit Verfügung vom 18. Dezember 2023 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Des Weiteren wurde der Schriftenwechsel mit Zwischenverfügung vom 21. Dezember 2023 eingeleitet.

**D.**

Mit Eingabe vom 19. Januar 2024 verlangt die Beschwerdegegnerin in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Sie hält im Wesentlichen fest, dass sie ein vergaberechtskonformes Zuschlagsangebot eingereicht habe.

**E.**

Mit Stellungnahme vom 19. Januar 2024 reichte die Vergabestelle die Vorakten ein und beantragt in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Sie stellt sich vorab auf den Standpunkt, es bestünden keine Zweifel am vergabekonformen Angebot der Beschwerdegegnerin und die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend Unklarheiten oder Mängel der Ausschreibungsunterlagen sei verwirkt. Sie erläutert zudem, dass die Vergabestelle mit der Neuausschreibung des KFMS einen Konzeptwechsel von einer Systembeschaffung zu einem Data-as-a-Service-Modell verfolge. Zukünftig sollen gemäss Vergabestelle mit einem Data-as-a-Service-Modell nur noch die benötigten Daten und nicht mehr die gesamte dahinterliegende Infrastruktur (insbesondere die Messgeräte) eingekauft werden. Von diesem Konzeptwechsel verspreche sich die Vergabestelle Kosteneinsparungen.

**F.**

Mit Verfügung vom 26. Januar 2024 stellte das Bundesverwaltungsgericht

die Verfahrensakten den übrigen Verfahrensbeteiligten im von der Vergabestelle vorgeschlagenen Umfang zu. Gleichzeitig gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit, die Begründung der Beschwerde zu ergänzen.

#### **G.**

Mit Eingabe vom 26. Februar 2024 hält die Beschwerdeführerin vollumfänglich an den in der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023 gestellten Anträgen fest. In materieller Hinsicht präzisiert sie ihre bereits in der Beschwerdeschrift vorgetragene Begründung, nimmt zu den beiden Eingaben vom 19. Januar 2024 der Beschwerdegegnerin und der Vergabestelle Stellung, bestreitet "vorsorglich", dass die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfülle und verlangt neu die Auskunft / Befragung verschiedener bei der Vergabestelle tätiger Personen bzw. für die Durchführung der Ausschreibung zugezogener externer Experten.

#### **H.**

Mit ergänzender Stellungnahme vom 15. März 2024 hält die Beschwerdegegnerin in der Hauptsache an ihren in der Beschwerdeantwort vom 19. Januar 2024 gestellten Rechtsbegehren fest und verlangt zudem die Abweisung der in der Beschwerdeergänzung gestellten Beweisanträge betreffend Auskunft / Befragung von bei der Vergabestelle tätigen Personen bzw. für die Durchführung der Ausschreibung zugezogenen externen Experten. Sie hält im Wesentlichen an ihren Ausführungen fest und stellt sich ergänzend auf den Standpunkt, dass sie die Eignungskriterien erfüllt habe.

#### **I.**

Mit als "Duplik" bezeichneter ergänzender Stellungnahme vom 15. März 2024 hält die Vergabestelle an ihren Rechtsbegehren fest und verlangt zudem neu, dass ihr eventualiter zur Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung unter gleichzeitiger Entziehung der superprovisorisch erteilten aufschiebenden Wirkung zu erlauben sei, während der Verfahrensdauer die mit dem Projekt "KFMS 2.0 – KundenFrequenzMessSystem" ausgeschriebenen Leistungen im Zusammenhang mit dem Proof of Concept (PoC) für den Bahnhof Schaffhausen sowie der Migration (inkl. Weiterbetrieb, Wartung und Support) der bestehenden Messobjekte bei der Zuschlagsempfängerin zu beziehen. Neben der Begründung des Prozessantrags nimmt die Vergabestelle insbesondere zu den Beweisanträgen Stellung und führt aus, dass die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien erfülle.

**J.**

Mit Stellungnahme vom 3. April 2024 stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass der partielle Vorbezug von Leistungen gemäss dem Verfahrensantrag der Vergabestelle vom 15. März 2024 sachgerecht sei und dem vergaberechtlichen Beschleunigungsgebot entspreche. Gemäss dem Ausschreibungskonzept werde im Rahmen des Proof of Concept zunächst der Bahnhof Schaffhausen teilweise ausgerüstet und in Betrieb genommen, bevor die eigentliche Auftragsausführung im Sinne der Aus- und Nachrüstung der weiteren Bahnhöfe beginne. Dem partiellen Leistungsvorbezug bei der Beschwerdegegnerin sei daher stattzugeben, sofern der Beschwerde die aufschiebende Wirkung wider Erwarten gewährt würde.

**K.**

Mit Eingabe vom 3. April 2024 beantragt die Beschwerdeführerin die Abweisung des prozessualen Antrags der Vergabestelle vom 15. März 2024. Zur Begründung hält sie an ihrer Ansicht fest, wonach die Voraussetzungen für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegeben seien. Das einzige Ziel des angebehrten Vorbezugs von Teilleistungen sei die Schaffung vollendeter Tatsachen. Ein dringlicher Notbedarf sei nicht gegeben, zumal der Weiterbetrieb und die Sicherheit des bestehenden Systems jederzeit gewährleistet sei. Im Übrigen führt die Beschwerdeführerin aus, dass sich diverse Unklarheiten und Ungleichbehandlungen bezüglich Informationen an die einzelnen Anbietenden im Verlauf des Verfahrens manifestiert hätten. Auch sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör betreffend die Referenzen der Beschwerdegegnerin beschnitten worden, da sie keine Einsicht in anonymisierter Form erhalten habe. Ausserdem zeige die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin immer wieder als Zuschlagsempfängerin auch bei öffentlichen Verfahren bezüglich Leistungen mit Data-as-a-Service-Charakter hervorgehe, dass ihr Angebotspreis entgegen der Ansicht der Vergabestelle für die bisherigen Leistung marktkonform und nicht überhöht sei.

**L.**

Mit Verfügung vom 4. April 2024 hat das Bundesverwaltungsgericht unter anderem darauf hingewiesen, dass von Amtes wegen im Hinblick auf einen möglichen Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung und/oder einen verfahrensabschliessenden Entscheid kein weiterer Schriftenwechsel durchgeführt werde. Weitere Instruktionmassnahmen und/oder Parteieingaben würden vorbehalten bleiben.

**M.**

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 9. April 2024, welche den übrigen Parteien zur Kenntnis zugestellt wurde, hält die Vergabestelle fest, dass die prozessuale Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung spruchreif sei. Bis zu dieser Zwischenentscheid sei ein vorübergehender Leistungsbezug unumgänglich, um die im öffentlichen Interesse liegende termingemässe Ausrüstung der Bahnhöfe mit dem KFMS sicherzustellen.

**N.**

Mit Eingabe vom 16. April 2024 reichten die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin eine Kostennote ein. Das entsprechende Begleitschreiben wurde der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin zur Kenntnis zugestellt.

**O.**

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

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

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

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1) fällt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB).

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



## 2.

**2.1** Das BöB erfasst die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 1 BöB). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 zum BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

**2.2** Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 BAöB sowie dessen Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB), mit Ausnahme von Tätigkeiten, die mit dem Bahnbetrieb nicht unmittelbar zusammenhängen (Art. 4 Abs. 3 BöB). Dabei genügt es, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb funktionell dienen; das Wort "unmittelbar" ist nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4019/2021 vom 25. November 2021 E. 3.2.1 «Produkte zur Aussenreinigung III»).

Die das vorliegende Beschaffungsobjekt bildenden Leistungen dienen unbestrittenermassen dem Bahnbetrieb. Entsprechend fällt die zu beurteilende Vergabe unter diesem Gesichtspunkt in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB)

**2.3** Die Vergabestelle geht in Ziff. 1.8 der SIMAP-Ausschreibung vom 12. Juni 2023 von einem "Dienstleistungsauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 zum BöB dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziff. 1 zum BöB erreichen. Anders als für Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen sowohl nach GPA (vgl. Anhang 1, Annex 4) als auch nach BAöB (vgl. Anhang VI) eine sogenannte Positivliste

(Anhang 3 zum BöB). Die für die Geltung der Staatsverträge in sachlicher Hinsicht massgebliche Dienstleistungs-Positivliste verweist auf einzelne Ziffern der prov. CPC-Klassifikation (Provisional Central Product Classification; vgl. zum Ganzen BVGE 2011/17 E. 5.2.1 ff. "Personalverleih"; Urteile des BVGer B-3580/2021 vom 9. Mai 2022 E. 1.2.4 "Identity and Access Management"; B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). In der Vernehmlassung vom 19. Januar 2024 (Rz. 20) wies die Vergabestelle die vorliegende Beschaffung der prov. CPC-Referenznummer 84 zu ("Datenverarbeitung und verbundene Dienstleistungen" gemäss Ziff. 13 Anhang 3 zum BöB). Die Vergabestelle wies die Beschaffung sodann der CPV (Common Procurement Vocabulary)-Kategorie "72000000 – IT-Dienste: Beratung, Software-Entwicklung, Internet und Hilfestellung" zu (vgl. Ziff. 2.5 der SIMAP-Ausschreibung). Den Gegenstand und Umfang des Auftrags hält die Ausschreibung wie folgt fest (vgl. Ziff. 2.6 der SIMAP-Ausschreibung):

"Die SBB hat für eine sichere, bequeme und effiziente Nutzung der Bahnhöfe zu sorgen. Um dieser Aufgabe nachzukommen, werden Informationen zu Personenflüssen innerhalb der Bahnhöfe benötigt. Diese sind wichtig, um Bahnhöfe zu dimensionieren, optimieren und unterhalten. Die SBB muss die Sicherheit gewährleisten, die Reinigung optimieren, Engpässe bei Durchgängen identifizieren, Personenflüsse richtig lenken und für das richtige Angebot am richtigen Ort sorgen.

Die SBB will mit dieser Ausschreibung Frequenzdaten im Modell Data-as-a-Service beschaffen.

Der Anbieter soll idealerweise ein System einsetzen, welches er bereits möglichst standardisiert anbietet. Im Sinne von Data-as-a-Service ist der Anbieter für die Bereitstellung, die Inbetriebnahme, den Betrieb, die Wartung und die Optimierung des Systems verantwortlich."

Die Einstufung in die erwähnten Kategorien erscheint unter Berücksichtigung des Beschaffungsgegenstands des im vorliegenden Verfahren angefochtenen Zuschlags als zutreffend und wird im Übrigen von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Bei der vorliegenden Beschaffung handelt es sich demnach um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 BöB i.V.m. Ziff. 13 von Anhang 3 zum BöB.

**2.4** Angesichts der Preisspanne der eingegangenen Angebote von Fr. 8'685'334.85 bis Fr. 38'265'452.40 (ohne MWST) übersteigt der Auftragswert den für Dienstleistungen geltenden Schwellenwert von Fr. 640'000.– (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.2 zum BöB).

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

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

### **3.**

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

**3.1** Die Beschwerdeführerin hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung – ihr Angebot wurde im zweiten Platz rangiert und eine Mitbewerberin ist die erstplatzierte Zuschlagsempfängerin – besonders berührt. Sie ist damit formell beschwert.

**3.2** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (vgl. BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn die Beschwerdeführerin glaubhaft macht, dass ihre Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri" m.w.H.; Zwischenentscheide des BVGer B-3374/2019 vom 2. September

2019 E. 4.6 "Produkte zur Innenreinigung III" und B-3196/2016 vom 31. August 2016 E. 5.5 "Unterhaltsreinigung Zollverwaltung").

**3.3** Die Beschwerdeführerin beantragt unter anderem, der Zuschlag sei aufzuheben, das Angebot der Beschwerdegegnerin auszuschliessen und der Zuschlag ihr zu erteilen (Antrag 2 der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023), eventuell die Aufhebung des Zuschlags und die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle mit Anweisung zur Prüfung des Ausschlusses der Beschwerdegegnerin und zur neuen Erteilung des Zuschlags unter Berücksichtigung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (Antrag 3 der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023) und subeventualiter die Aufhebung des Zuschlags und die Anweisung an die Vergabestelle, das Vergabeverfahren abubrechen und ein neues, gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen (Antrag 4 der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023). Sie macht im Wesentlichen geltend, dass die Ausschreibung in verschiedenen Punkten unklar und widersprüchlich gewesen sei, sowie dass die Beschwerdegegnerin ein ungewöhnlich niedriges bzw. nicht kostendeckendes Angebot eingereicht habe, welches von der Vergabestelle diesbezüglich nicht vertieft geprüft worden sei und ausgeschlossen hätte werden müssen.

Würde das Gericht dieser Argumentation folgen, so hätte die Beschwerdeführerin, deren Angebot von der Vergabestelle nicht ausgeschlossen wurde, als mit ihrem Angebot an zweiter Stelle rangierende Anbieterin eine Chance, den Zuschlag auf die feste Erbringung der Leistungspakete 1 und 2 zu erhalten sowie die Option zur Erbringung der Leistungspakete 3 bis 6 verwirklichen zu können. Diese Chance für die Beschwerdeführerin besteht unabhängig davon, ob das Verfahren abgebrochen und ein neues durchgeführt würde oder der Zuschlag unter Berücksichtigung der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen neu oder direkt an sie erteilt würde. Die Beschwerdeführerin hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 "Monte Ceneri" m.w.H.; Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

**3.4** Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben sich ausserdem rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG). Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der

Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG).

**3.5** Auf die Beschwerde ist, unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägungen (vgl. insbes. E. 4.6), einzutreten.

#### **4.**

Die Beschwerdeführerin rügt in der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023, dass die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen unklar und widersprüchlich gewesen seien.

**4.1** Zur Begründung beanstandet sie, dass die geforderten Daten im Wesentlichen mit einem Preis pro m<sup>2</sup> hätten offeriert werden müssen. Dafür wären diverse Informationen zu den konkret zu messenden Bahnhöfen notwendig gewesen, welche von der Vergabestelle im Verlauf des Verfahrens mehrfach vergeblich verlangt worden seien. Zudem würden genügend konkrete und abschliessende Angaben zu verschiedenen technischen Mussanforderungen fehlen.

**4.2** In der Stellungnahme vom 19. Januar 2024 vertritt die Vergabestelle die Auffassung, dass die Rüge betreffend die Ausschreibungsunterlagen verwirkt sei. Wäre die Beschwerdeführerin mit der Methode für die Preisabfrage (Preis pro m<sup>2</sup>) nicht einverstanden gewesen oder fehlten ihrer Ansicht nach Angaben für die Preisberechnung, so hätte sie diese Rüge im Rahmen der Anfechtung der Ausschreibung erheben müssen.

Im Übrigen sei die Preisabfrage pro m<sup>2</sup> vor dem Hintergrund der funktionalen Ausschreibung zu verstehen und verlange von den Anbieterinnen realistische Annahmen und eine zuverlässige Kalkulation.

**4.3** Die Beschwerdegegnerin äussert sich vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht zur von der Beschwerdeführerin gerügten Unklarheit und Widersprüchlichkeit der Ausschreibung.

**4.4** Art. 53 Abs. 1 BöB bestimmt in den Buchstaben a bis i, welche Verfügungen ausschliesslich durch Beschwerde anfechtbar sind, und nennt explizit die Ausschreibung des Auftrags (Bst. a). Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, müssen zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden (Art. 53 Abs. 2 BöB). Es entspricht dem Gebot der Fairness und der Verfahrenseffizienz, dass Einwendungen gegen Anordnungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen mit Beschwerde gegen die Ausschreibung gerügt werden

müssen und eine Anbieterin mit der Beschwerde gegen den Zuschlag keine Anträge mehr vorbringen darf, die sie bereits gegen die Ausschreibung hätte vorbringen können (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851, 1979 [nachfolgend: Botschaft Totalrevision BÖB]).

Mit Art. 53 Abs. 2 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. a BÖB hat der Gesetzgeber im Rahmen der Totalrevision des BÖB die bundesgerichtliche Rechtsprechung ausdrücklich auch für Bundesvergaben massgeblich erklärt, wonach Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung mit der Ausschreibung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen (vgl. Botschaft Totalrevision BÖB, BBl 2017 1851, 1979 f.). Die Rechtsprechung setzt hierfür voraus, dass die Ausschreibungsunterlagen zugleich mit der Ausschreibung zur Verfügung stehen. Soweit eine Anordnung in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, nicht zusammen mit der Ausschreibung angefochten wird, hat dies die Verwirkung der entsprechenden Rüge in einem späteren Rechtsmittelverfahren zur Folge (vgl. BGE 129 I 313 E. 6; Urteil des BGer 2C\_978/2018 vom 8. November 2018 E. 3; Urteile des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 3.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2", B-415/2023 E. 4.4 "Roaming / IMS Plattform 4G", B-1714/2022 vom 19. September 2023 E. 3.3 "Transportwagen", B-3534/2021 vom 17. Mai 2022 E. 4.2 "ALC-O Aussenstelle Emmen" und B-255/2021 vom 30. Juni 2021 E. 2.1 m.w.H. "Remplacement de 5 PS sur la N01"; BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; Urteile des BVGer; TRÜEB/CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 53 N. 11; vgl. MARTIN ZOBL, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 53 N. 7 und 21 ff.).

**4.5** Vorliegend standen die Ausschreibungsunterlagen gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung. In der Ausschreibung selber wird darauf hingewiesen, dass der vollständige Beschaffungsgegenstand den Ausschreibungsunterlagen entnommen werden könne (vgl. Ziff. 2.6), dass Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen möglich seien (vgl. Ziff. 1.3), dass sich die Zuschlagskriterien und die Nachweise zu den Eignungskriterien aus den Unterlagen ergeben würden (vgl. Ziff. 2.10 und 3.8), dass die Ausschreibungsunterlagen auf [www.simap.ch](http://www.simap.ch) gratis bezogen werden könnten (vgl. Ziff. 3.9 und 3.12) sowie dass die Auftraggeberin diesen Auftrag nur an Anbieter vergebe, welche unter anderem die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Teilnahmebedingungen einhalten würden (vgl. Ziff. 4.4). Die Vergabestelle hält präzisierend fest, dass den

Anbieterinnen sämtliche für die Kalkulation notwendigen Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt worden seien. Die Unterlagen hätten unter anderem Pläne enthalten, auf denen für jeden Bahnhof die zu vermessene Fläche in  $m^2$  eingezeichnet gewesen sei (vgl. Stellungnahme der Vergabestelle vom 19. Januar 2024, Rz. 70 und die Angebotsunterlagen).

Die Beschwerdeführerin behauptet weder in der Beschwerde noch in der ergänzten Begründung vom 26. Februar 2024, die Widersprüchlichkeit bzw. Unklarheit der Ausschreibung (bzw. der Ausschreibungsunterlagen) im Zusammenhang mit den Anordnungen zur Preisabfrage (Preis pro  $m^2$ ) und zu den Mussanforderungen sei nicht erkennbar gewesen und erläutert nicht, weshalb sie die Rüge der Widersprüchlichkeit und Unklarheit der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht bereits mit Beschwerde gegen die Ausschreibung erhoben hat. Das Weglassen einer solchen Begründung in der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 26. Februar 2024 ist auch deshalb bemerkenswert, weil die Vergabestelle in der Stellungnahme vom 19. Januar 2024 die Verwirkung der entsprechenden Rüge explizit geltend gemacht hat.

In der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023 hält die Beschwerdeführerin zudem fest, dass sie bei der Vergabestelle im Zusammenhang mit dem zu offerierenden Preis pro  $m^2$  vergeblich weitere Informationen verlangt habe. Sie bringt damit zum Ausdruck, die Bedeutung der Anordnungen in der Ausschreibung (bzw. in den Ausschreibungsunterlagen) im Zusammenhang mit der Methode für die Preisabfrage (Preis pro  $m^2$ ) erkannt zu haben.

Im Übrigen ist für das Bundesverwaltungsgericht die Argumentation der Vergabestelle zur Bedeutung der fraglichen Anordnung nachvollziehbar, wonach die Preisabfrage pro  $m^2$  vor dem Hintergrund der funktionalen Ausschreibung zu verstehen sei und von den Anbieterinnen realistische Annahmen und eine zuverlässige Kalkulation verlange. Für das Bundesverwaltungsgericht ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern die Bedeutung der gleichzeitig mit der Ausschreibung zur Verfügung gestellten Ausschreibungsunterlagen unklar gewesen sein sollte. Die Klarheit der Bedeutung der Ausschreibungsunterlagen zeigt sich auch darin, weil die Anbieterinnen, auch die Beschwerdeführerin, im Stande waren, die entsprechenden Kalkulationen auf Basis einer Preisabfrage pro  $m^2$  durchzuführen.

Dem Gebot der Fairness und Verfahrenseffizienz entsprechend hätte die Beschwerdeführerin ihre Einwendungen gegen Anordnungen in der

Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen zur Preisabfrage pro m<sup>2</sup> und zu den technischen Mussanforderungen, deren Bedeutung erkennbar war, mit Beschwerde gegen die Ausschreibung vorbringen müssen.

**4.6** Indem die Beschwerdeführerin die Ausschreibung vom 12. Juni 2023 und die dazugehörigen Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten hat, sind ihre Rügen, wonach die darin enthaltenen Anordnungen zur Preisabfrage pro m<sup>2</sup> und zu den technischen Mussanforderungen unklar und widersprüchlich seien, verspätet. Soweit die Beschwerdeführerin den Antrag 4 der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023 (die Aufhebung des Zuschlags und die Anweisung an die Vergabestelle, das Vergabeverfahren abubrechen und ein neues, gesetzeskonformes Vergabeverfahren durchzuführen) mit angeblich unklaren und widersprüchlichen Anordnungen in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen begründet, ist auf diesen Antrag nicht einzutreten.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin verlangt in den Rechtsbegehren 2 und 3 den Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin bzw. die vertiefte Prüfung des Ausschlusses durch die Vergabestelle. Zur Begründung führt sie gestützt auf Art. 38 Abs. 3 BöB an, es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Preises die geforderte Leistung nicht gehörig erbringen könne und die Vergabestelle hätte, falls sie die vorgeschriebene vertiefte Prüfung vorgenommen hätte, das Angebot der Beschwerdegegnerin ausschliessen müssen. Der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin beläuft sich auf Fr. 7'237'779.05 und jener der Beschwerdeführerin auf Fr. [...] (vgl. zu den Angebotspreisen unten E. 5.3).

### **5.1**

**5.1.1** Art. 38 BöB mit der Überschrift "Prüfung der Angebote" hält in Abs. 3 Folgendes fest:

"Geht ein Angebot ein, dessen Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, so muss die Auftraggeberin bei der Anbieterin zweckdienliche Erkundigungen darüber einholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden."

Gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB kann die Vergabestelle eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis



streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe unter anderem der folgende Sachverhalt zutrifft:

"Sie reichen ein ungewöhnlich niedriges Angebot ein, ohne auf Aufforderung hin nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden, und bieten keine Gewähr für die vertragskonforme Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen."

**5.1.2** Der Ausdruck in Art. 38 Abs. 3 BöB, ein Angebot das "ungewöhnlich niedrig erscheint", stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. In Rechtsprechung und Doktrin ist anerkannt, dass eine Rechtsmittelinstanz, die nach der gesetzlichen Ordnung mit freier Prüfung zu entscheiden hat, ihre Kognition einschränken darf, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt oder gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde auf Grund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde auf Grund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des sog. "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat. Die Rechtsmittelinstanz weicht in derartigen Fällen nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab und stellt im Zweifel nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle der für die kohärente Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes primär verantwortlichen Vorinstanz (vgl. BGE 135 II 384 E. 2.2.2; 135 II 296 E. 4.4.3; 131 II 680 E. 2.3.2 mit Hinweisen). Bezüglich der Frage, ob ein Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheint, ist der Vergabestelle ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. Urteile des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 "NEB Contournement Le Locle" und B-4117/2023 vom 3. April 2024 E. 6.12 "LSVA III – Erfassungssystem Strasse (ESTR)").

**5.1.3** Sinn und Zweck der Prüfung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, ist primär die Sicherstellung eines fairen Verfahrens. Die Teilnahmebedingungen und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung

müssen hierfür zwingend eingehalten werden (vgl. DI CICCIO DOMENICO, Le prix en droit des marchés publics - Le prix comme valeur du marché et comme critère d'examen de l'offre, AISUF 2022, Rz. 1341 f.).

Ein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Preis stellt an sich kein Problem im Hinblick auf das öffentliche Beschaffungsrecht dar (vgl. Botschaft Totalrevision BöB, BBl 2017 1851, 1953; BVGE 2011/40 E. 4.5 "galerie Airolo-Quinto"), da die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei sind (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos"; Urteile des BGer 2D\_34/2010 vom 23. Februar 2011 E. 2.4 "Baumeisterarbeiten Graubünden – Ausschluss wegen ungewöhnlich tiefer Preise" und 2D\_1/2024 vom 1. März 2024 E. 3.3 "construction d'un bâtiment aux Avanchets" sowie Urteil des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 "NEB Contournement Le Locle"). Nichtsdestotrotz ist die Vergabestelle unter den genannten Bedingungen gemäss Art. 38 Abs. 3 BöB zu zweckdienlichen Erkundigungen verpflichtet ("muss"). Diese Verpflichtung steht im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 4 der altrechtlichen Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (aVöB, AS 1996 518), welcher auf den 1. Januar 2010 in Kraft trat (AS 2009 6149 ff., insb. 6154), der eine Prüfmöglichkeit ("kann") statuierte. Demnach konnte die Auftraggeberin, die ein Angebot erhielt, dessen Preis im Vergleich zu den anderen Angeboten aussergewöhnlich niedrig war, bei der Anbieterin Erkundigungen darüber einholen, ob ein Ausschlussgrund nach Art. 11 des alten Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (aBöB, AS 1996 508) vorlag, wobei Unterangebote in Art. 11 aBöB nicht als Ausschlussgrund erwähnt waren und – wie auch neurechtlich – nicht zwingend zum Ausschluss führten (vgl. BVGE 2017 IV/4 E. 3.3 "Publicom").

Kann eine Anbieterin, die ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, die Erfüllung der Teilnahmebedingungen nicht garantieren oder überzeugend versichern oder etwaige Zweifel daran ausräumen, dass die Leistung zu dem angebotenen Preis gemäss der Ausschreibung erbracht wird, kann ihr Angebot in Anwendung von Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB ausgeschlossen oder aus diesem Grund, nicht aber wegen des niedrigen Preises, schlechter bewertet werden (vgl. BGE 143 II 553 E. 7.1 "Seewasserwerk Moos"). Das öffentliche Beschaffungsrecht verbietet also nicht die Vergabe eines Auftrags zu einem Preis unterhalb der Gestehungskosten der Leistung, sofern vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass der Auftrag korrekt ausgeführt wird; dies gelte sogar auch dann, wenn ein Angebot zahlreiche Positionen zu 0 Franken enthält (vgl. Urteil des Kantonsgerichts

Wallis A1 16 85 vom 16. September 2016 E. 4.2). Es geht also für die Vergabestelle im Wesentlichen darum, zu überprüfen, ob die Anbieterin tatsächlich in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen (vgl. Urteil des BVGer B-2686/2022 vom 16. Januar 2023 E. 3.2 "NEB Contournement Le Locle" m.w.H.). Bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot reicht es nicht aus, die Anbieterin zu fragen, ob sie die offerierten Preise bestätigt, sondern sie muss aufgefordert werden, diese allenfalls weitergehend zu begründen, und wenn keine zufriedenstellende Antwort auf solche Fragen erfolgt, kann sie als Folge davon ausgeschlossen werden (BGE 141 II 353 E. 8.3.2 "Krankenhaus Riviera Chablais"; 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; 130 I 241 E. 7.3 f. "trenchée couverte A9").

**5.1.4** Der allfällige Ausschluss einer Offerte mit einem "ungewöhnlich niedrigen" Preis bleibt gemäss Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. c BÖB explizit fakultativ. Der Ausschluss liegt im Ermessensspielraum der Vergabebehörde. In jedem Fall müsste ein Ausschluss unabhängig von dessen Grund mit den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und des Verbots von übermässigem Formalismus zu vereinbaren sein (vgl. Urteil des BGer 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 3 m.w.H. "Bauarbeiten N5-Umfahrung Biel").

**5.1.5** Zur Frage, wann der Gesamtpreis im Vergleich zu den anderen Angeboten ungewöhnlich niedrig erscheint, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Beschaffungsrechtsrevision nichts legiferiert, womit mithin auf die in der Praxis bestehenden Anhaltspunkte abgestellt werden kann. Ein "ungewöhnlich niedriges Angebot" kann als eine Offerte aufgefasst werden, die das Vorliegen eines Unterangebots vermuten lässt (vgl. BVGE 2017 IV/4 E. 3.2 "Publicom"). Unterangebote, d.h. Angebote, in denen ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter seinen Gestehungskosten liegt, sind nach dem Beschaffungsrecht des Bundes wie bereits erwähnt grundsätzlich zulässig, sofern die Teilnahmebedingungen und Eignungskriterien erfüllt sind (vgl. BVGE 2011/40 E. 4.5 "gallerie Airolo-Quinto") und stellen, wie bereits erwähnt, per se noch kein vergaberechtliches Problem dar. Unzulässig sind hingegen unlautere Angebote im Sinne des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241). Unlauter ist ein Angebot, wenn ein Unternehmen die Differenz zu kostendeckenden Preisen mit illegalen Mitteln deckt, etwa durch Verletzung von Gesamtarbeitsverträgen oder durch Verwendung von Einsparungen, die aus Steuer- und Abgabehinterziehungen resultieren. Der Ausschluss eines ungewöhnlich tiefen Angebots kann zudem im

Einzelfall geboten sein, wenn infolge Preisumlagerungen von Einheits- in Pauschalpreispositionen der öffentlichen Hand ein erhebliches Vergaberisiko entsteht. Ein Ausschluss einer Anbieterin ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn vertiefte Abklärungen zum Ergebnis führen, dass sie effektiv nicht in der Lage ist, die verlangten Leistungen zum angebotenen Preis zu erbringen bzw. die Auftragsmodalitäten zu erfüllen (vgl. Botschaft Totalrevision BöB, BBI 2017 1851,1953).

In der kantonalen Rechtsprechung wird teilweise anhand einer prozentual festgelegten Schwelle bestimmt, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot zu vermuten ist. Ein ungewöhnlich niedriges Angebot wäre danach insbesondere dann anzunehmen, sofern der Angebotspreis zu einem bestimmten Prozentsatz unterhalb eines Durchschnittspreises der eingegangenen Angebote läge (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Genf ATA/1389/2019 vom 17. September 2019 E. 7; Urteile des Kantonsgerichts Waadt MPU.2020.0002 vom 31. Juli 2020 E. 5, MPU.2020.0019 vom 11. Dezember 2020 E. 3 und MPU.2019.0003 vom 19. Juni 2019 E. 2). Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geht nicht von einem arithmetischen Kriterium zur Ermittlung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises aus, sondern verlangt, dass die Vergabestelle die Seriosität des zweifelhaften Angebots unter Prüfung aller Gesichtspunkte, die sich auf die betreffende Ausschreibung und die Angebotsbedingungen beziehen, festzustellen hat (vgl. Urteile des EuGH vom 15. September 2022 C-669/20 Veridos, Rn 34 ff. m.w.H. sowie vom 27. November 2001 C-285/99 und C-286/99 Lombardini und Mantovani, Rn. 67 ff.).

**5.1.6** Art. 38 Abs. 3 BöB geht für die Bestimmung eines ungewöhnlich tiefen Preises vom Vergleich mit den anderen Angeboten aus. Im vorliegenden Verfahren ist die besondere Konstellation zu berücksichtigen, dass nur drei Angebote bewertet wurden und damit nur zwei andere preisliche Referenzpunkte bestehen, die gegenseitig und vergleichend abzuwägen wären und der Identifikation eines ungewöhnlich niedrigen Angebots dienlich sein könnten. Zudem muss die Rechtslage berücksichtigt werden, dass Unterangebote nicht per se gestützt auf Art. 38 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB zum Ausschluss führen, sofern die Prüfung durch die Vergabestelle ergibt, dass die Anbieterin in der Lage ist, den Auftrag entsprechend den gestellten Bedingungen und Anforderungen zu erfüllen. Selbstverständlich kommt ein Ausschluss auch dann nicht in Frage, wenn die Vergabestelle in korrekter Ausübung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes zum Ergebnis gelangt, dass nicht von einem Unterangebot auszugehen ist (vgl. oben E. 5.1.3 f. sowie nachfolgend E. 5.3 ff.).

## 5.2

**5.2.1** Zur Begründung des behaupteten ungewöhnlich niedrigen Preises des Angebots der Beschwerdegegnerin (Fr. 7'237'779.05 zuzüglich 20%) führt die Beschwerdeführerin an, dieser Preis betrage weniger als ein Drittel ihres Angebotspreises (Fr. [...] zuzüglich 20%) und sogar weniger als ein Viertel des Angebotspreises der dritten Anbieterin (Fr. [...] zuzüglich 20% [vgl. zu allem den Hinweis der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023, Rz. 54 und die Angebotsunterlagen, Anhang 05, "Bemerkungen seitens der SBB"]). Der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin sei auch im Vergleich zu einer im Voraus getätigten Schätzung des Auftragswerts der Vergabestelle in Höhe von Fr. 18'000'000.- ungewöhnlich niedrig. Ferner sei der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin auch nicht kostendeckend, was sich anhand einer groben Zusammenstellung der Investitions- und Betriebskosten für das verlangte Projekt aufzeigen lasse. Anlässlich der Präsentation der Offertöffnungsprotokolle bzw. des Debriefings habe die Vergabestelle zudem bestätigt, dass die Preisunterschiede der eingegangenen Angebote krass seien. Bei einem solch tiefen Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin sei davon auszugehen, dass die geforderte Leistung nicht gehörig erbracht werden könne. Die Vergabestelle habe es jedoch unterlassen, die in einem solchen Fall vorgeschriebenen vertieften Prüfungen vorzunehmen, insbesondere auch hinsichtlich einer allfällig unzulässigen Quersubventionierung oder möglicher kartellrechtlich problematischer Verhaltensweisen. Hätte sie eine vertiefte Prüfung vorgenommen, hätte sie zum Schluss kommen müssen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin auszuschliessen sei.

**5.2.2** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei qualitativ hochstehend und es bestünden keine Zweifel an dessen Vergaberechtskonformität. Die Vergabestelle habe nicht von einem ungewöhnlich tiefen Angebot ausgehen müssen, da es sich um eine funktionale Ausschreibung mit Ausrichtung auf ein Data-as-a-service-Modell handle (vgl. E. 5.4.4). Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung oder einen Verstoss gegen das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (SR 251). Die Budgetplanung der Vergabestelle, aus welcher die Beschwerdeführerin einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis abzuleiten versuche, beruhe auf den bisherigen Vertragskonditionen und den Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin. Die Prüfung, ob die Anbieterinnen die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung

verstanden hätten und in der Lage seien, diese in der geforderten Qualität zu erfüllen, habe die Vergabestelle im Rahmen der Fragerunde, der Anbieterpräsentation, der Bereinigungsrunden, der Referenzen sowie des mit der Offerte eingereichten Proof of Concept für den Bahnhof Schaffhausen durchgeführt und sich durch entsprechende Vertragsklauseln abgesichert.

**5.2.3** Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Beschaffung und Auswertung von Informationen zum Belegungsgrad und zu den Personenflüssen im öffentlichen Raum im Data-as-a-Service-Modell zu ihren Kernkompetenzen zählten, sie über eine Standardlösung, basierend auf ihrer eigenen Cloud-Infrastruktur, verfüge und von Skaleneffekten profitieren könne. Zudem sei ihr Angebot kostendeckend, die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen seien eingehalten und es würden keine Quersubventionierung oder Kartellrechtsverstösse vorliegen. Ausserdem handle es sich um eine funktionale Ausschreibung, womit unterschiedliche Herangehensweisen und Lösungen gewählt werden könnten, welche zu unterschiedlichen Preisen führten.

**5.2.4** Ausgehend von diesen Parteistandpunkten ist mit der entsprechenden Zurückhaltung (vgl. E. 5.1.2) zu prüfen, ob die Einschätzung der Vergabestelle, wonach der Angebotspreis der Offerte der Beschwerdegegnerin nicht ungewöhnlich niedrig erscheint, vertretbar ist, womit eine Nachfragepflicht entfielen und auch keine Grundlage für einen (fakultativen) Ausschluss des Angebots der Beschwerdegegnerin bestünde.

**5.3** Die veranschlagten Kosten für die Leistungspakete LP3 "Migration und Rollout" und LP4 "Betrieb, Wartung und Support" entsprechen bei den drei Anbieterinnen, deren Angebote nicht ausgeschlossen wurden, im Wesentlichen den offerierten Gesamtpreisen von Fr. 7'237'779.05, Fr. [...] bzw. Fr. [...]. Die veranschlagten Kosten für die Leistungspakete LP3 und LP4 sind für die Höhe des jeweiligen Gesamtangebotspreises also entscheidend. Für das Leistungspaket LP5 wird bei allen Angeboten zusätzlich pauschal 20% von den offerierten Preisen hinzugerechnet (vgl. die Angebotsunterlagen, Anhang 05, "Bemerkungen seitens der SBB"). Hieraus ergibt sich die von der Vergabestelle in der Zuschlagsverfügung vom 24. November 2024 genannte Preisspanne von Fr. 8'685'334.85 bis Fr. 38'265'452.40.

Der Preisunterschied zwischen den Angeboten der Beschwerdegegnerin (Fr. 7'237'779.05), der Beschwerdeführerin (Fr. [...]) sowie zur dritten Anbieterin (Fr. [...]) ist auffällig gross. Trotzdem kann nicht allein deshalb

automatisch von einem ungewöhnlich niedrigen Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin ausgegangen werden. In der vorliegenden Ausschreibung bestehen lediglich drei Angebotspreise, weshalb ein Vergleich aufgrund der geringen Anzahl preislicher Referenzpunkte wenig aussagekräftig sein könnte. Möglicherweise weist der deutliche Preisunterschied zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und demjenigen der dritten Anbieterin auch darauf hin, dass die angebotenen Preise aufgrund von unterschiedlichen Lösungswegen im Rahmen einer funktionalen Beschaffung gar nicht vergleichbar sind.

## **5.4**

**5.4.1** Die Beschwerdeführerin geht aufgrund einer eigenen von ihr durchgeführten Berechnung, insbesondere unter Berücksichtigung der Beilagen 16 und 17 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 19. Januar 2024 betreffend Budgetplanung, davon aus, dass die Vergabestelle den Auftragswert im Voraus, hochgerechnet auf eine Vertragslaufzeit von 10 Jahren, auf rund Fr. 18'000'000.- geschätzt habe (vgl. die Ergänzung der Beschwerdebegründung der Beschwerdeführerin vom 26. Februar 2024, Rz. 19). Die Höhe dieser Schätzung ist nicht umstritten. Die Beilage 16 enthält eine von der Vergabestelle erstellte Budgetplanung betreffend KFMS für die Jahre 2024 bis 2028 und die Beilage 17 enthält eine auf die Budgetplanung bezugnehmende E-Mail der Vergabestelle vom 5. Mai 2023.

In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin vor, aus den Ausschreibungsunterlagen sei ersichtlich, dass die Vergabestelle für die Bewertung des Preises eine Preisspanne von 100% gewählt habe (Angebote, die 100% oder mehr teurer als das tiefste Angebot seien, würden keine Punkte erhalten). Die Beschwerdeführerin weist sodann darauf hin, dass ein Angebotspreis in der Höhe des von der Vergabestelle im Voraus geschätzten Auftragswerts nach der von ihr vorgesehenen Preisspanne und unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdegegnerin keine Punkte erreichen würde, was den ungewöhnlich niedrigen Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin ihrer Ansicht nach belege.

**5.4.2** Die Vergabestelle entgegnet, ihre Budgetplanung beruhe auf den bisherigen Vertragskonditionen und den Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin. Die Ergebnisse der vorliegenden Ausschreibung zeigten, dass die bisherigen Preise der Beschwerdeführerin nicht marktkonform gewesen seien. Die Schätzung der Vergabestelle sei daher kein geeigneter Massstab für den von der Beschwerdegegnerin angebotenen Preis, zumal die

Werte auf dem umfassenderen Leistungsumfang der abgebrochenen ersten Ausschreibung beruhen. Mit der Neuausschreibung sei der Beschaffungsgegenstand deutlich reduziert worden, indem auf eine Kundensegmentierung nach Alter, Geschlecht, Grösse oder "mitgeführten Gegenständen" verzichtet worden sei. Dass die Budgetplanung für die Vergabestelle nicht verbindlich sei, sondern auch unterschritten werden könne und solle, sei Sinn und Zweck des Beschaffungswettbewerbs. Die gewählte Preisspanne von 100% zeige nur, dass die Vergabestelle mit grösseren Preisunterschieden gerechnet habe. Die exakte Preisspanne der künftig einzugehenden Angebote könne keine Vergabestelle verlässlich bestimmen.

**5.4.3** In den Angebotsunterlagen (Anhang 02, "Erfüllung Zuschlagskriterien", Ziff. 3.1 und 3.2) wird zu den Preisen für die Leistungspakete LP3 und LP4 festgehalten, dass das günstigste Angebot die maximale Anzahl Punkte erhalte, Angebote, die 100% oder mehr über dem günstigsten Angebot liegen würden, erhielten 0 Punkte und die dazwischen liegenden Preise würden eine linear berechnete Punktzahl erhalten. Die Vergabestelle hat sich damit für ein "linear gekürztes Preisbewertungssystem" entschieden. Dabei wird die Preisspanne und damit der Nullpunkt vorgängig und unabhängig von den im Ausschreibungsverfahren eingehenden Höchstpreisen festgelegt (vgl. zum linear gekürzten Preisbewertungssystem Urteil des BVGer B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 5.5 "Produkte zur Aussenreinigung II" m.w.H.).

**5.4.4** Die Parteien gehen im vorliegenden Fall von einer funktionalen Ausschreibung aus. Die Beschwerdeführerin hält in der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 26. Februar 2024 in Rz. 18 explizit fest: "Es ist richtig, dass es sich vorliegend um eine funktionale Ausschreibung handelt [...]". Einschränkend bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die zu verwendende Technologie, eine Sensorenmessung, faktisch vorgegeben gewesen sei.

Bei einer funktionalen Ausschreibung wird das Beschaffungsziel beschrieben, ohne dass der Gegenstand und Umfang der Leistung abschliessend und genau umschrieben würden. Die technische Lösung muss vom Anbieter selbst erarbeitet werden. Je komplexer der Auftragsgegenstand ist, desto eher stellt sich die Frage, ob die Ausschreibung funktional ausgestaltet werden könnte. Eine solche Ausgestaltung ist sinnvoll, wenn auf Anbieterseite Kreativität und Innovation gefragt ist. Auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung sind gewisse Mindestangaben unverzichtbar (vgl. Urteil des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 7.5.1.3 und



7.5.3.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" m.w.H; B-743/2007 vom 16. Dezember 2011 E. 2.2.3.1 "trattamento acque Monte Generi" m.w.H.).

Die Vergabestelle hat in casu in der Leistungsbeschreibung (Angebotsunterlagen, Anhang 11) technische Spezifikationen vorgegeben. Die Rechtsprechung hat, wie soeben erwähnt, anerkannt, dass gewisse Mindestangaben auch im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung unverzichtbar sind. Im vorliegenden Fall ist wesentlich, dass neben den Mindestanforderungen und selbst wenn die zu verwendende Technologie faktisch vorgegeben gewesen wäre, aus der Leistungsbeschreibung Gestaltungsspielräume der Anbieterinnen hervorgehen. Ziff. 4.4.1 der Leistungsbeschreibung hält im Zusammenhang mit dem Leistungspaket LP4 explizit fest, dass es im Ermessen des Anbieters liege, wie er sein System auslege und betreiben möchte, sofern die Anforderungen der Ausschreibung erfüllt würden. Auch im Leistungspaket LP3 "Migration und Rollout" waren verschiedene Varianten vorhanden, aus welchen die Anbieterinnen wählen und Gestaltungsspielräume ausnutzen konnten. Die Vergabestelle führt präzisierend aus, die Anbieterinnen hätten beispielsweise Spielräume bei der Wahl der Infrastruktur bestehend aus lokalen und zentralen Hardware-Komponenten, der Wahl des Algorithmus zur Auswertung der Rohdaten sowie bei der Gestaltung der Reportingtools für die Datenbereitstellung. Die Beschwerdeführerin hält in der Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023 (Rz. 16) sodann, in Übereinstimmung mit dem Gegenstand und Umfang des Auftrags (vgl. Ziff. 2.6 der SIMAP-Ausschreibung vom 12. Juni 2023, vorne E. 2.3), selber fest, dass der Anbieter bei einem Data-as-a-Service-Modell für die Konzipierung und Wahl der Technologie, Bereitstellung, die Inbetriebnahme, den Betrieb, die Wartung und die Optimierung des Systems vollumfänglich alleine verantwortlich sei. Auch vor dem Hintergrund des Data-as-a-Service-Modells wird deutlich, dass die Anbieterinnen über grosse Gestaltungsspielräume verfügen. Insgesamt ist der Standpunkt der Vergabestelle nicht zu beanstanden, wonach in der vorliegenden Ausschreibung mit der Bereitstellung der benötigten Frequenzdaten (Data-as-a-Service) das Beschaffungsziel vorgegeben gewesen, jedoch keine detaillierte Leistungsbeschreibung vorgeschrieben worden sei, sondern lediglich technische, wirtschaftliche und funktionsbedingte Eckwerte bestanden hätten.

**5.4.5** Mit einer Preisspanne von 100% geht bereits aus den Angebotsunterlagen hervor, dass die Vergabestelle mit grossen Preisunterschieden gerechnet hat, wie sie im Rahmen einer funktionalen Ausschreibung aufgrund unterschiedlicher Vorgehensweisen der Anbieterinnen ohne

Weiteres vorkommen können (vgl. Urteil des BVGer B-4117/2023 vom 3. April 2024 E. 6.12 "LSVA III – Erfassungssystem Strasse (ESTR)"). Kleinere Preisunterschiede bis 100% hätten gestützt auf das angewandte "linear gekürzte Preisbewertungssystem" im betreffenden Zuschlagskriterium noch zu einer teilweisen Punktevergabe geführt und erst deutliche Preisunterschiede ab 100% wurden mit 0 Punkten beurteilt. Der Standpunkt der Vergabestelle, dass das angewandte Preissystem grundsätzlich sachgerecht sei, bietet nach dem Gesagten und auch mangels gegenteiliger Vorbringen und Anhaltspunkte keinen Grund zur Beanstandung (vgl. auch nachfolgend E. 5.5 zu den weiteren Zuschlagskriterien). Ob das angewandte Preissystem mit der 0-Punktebewertung bei einer 100%igen Abweichung immer noch als sachgerecht zu qualifizieren ist, obwohl die Preisdifferenzen noch erheblich grösser als 100% ausfielen, hängt davon ab, ob die Vergabestelle plausibel und ermessenskonform begründen kann, dass und aus welchen Gründen sie trotz der grossen Preisdifferenz nicht von einem ungewöhnlich tiefen Angebot im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BöB ausgehen musste.

**5.4.6** Dass ein Angebotspreis in der Höhe des von der Vergabestelle geschätzten Auftragswerts unter Berücksichtigung des Angebotspreises der Beschwerdegegnerin mit 0 Punkten zu bewerten wäre, könnte für sich alleine und ohne weitere Erklärungen als Indiz für ein ungewöhnlich niedriges Angebot der Beschwerdegegnerin gewertet werden. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Vergabestelle glaubhaft erläutert, dass ihre Schätzung auf den bisherigen Vertragskonditionen und den Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin basiert habe und dass die 100% Preisdifferenzregel auch als Hinweis für erwartete grössere Preisdifferenzen zu verstehen ist. So wurde das "alte" KFMS 2010 im Einladungsverfahren eingeführt. Aus den Beilagen 16 und 17 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 19. Januar 2024, auf deren Grundlage die Beschwerdeführerin den von der Vergabestelle geschätzten Auftragswert von Fr. 18'000'000.- errechnet hat, geht explizit hervor, dass die verfahrensgegenständliche Budgetplanung der Vergabestelle (Beilage 16 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 19. Januar 2024) lediglich eine Schätzung darstellt. Die Vergabestelle stellte in der Budgetplanung Grundlagendaten zusammen, die keineswegs den Anspruch hatten, einen Mindest- oder Maximalpreis festzulegen. In der Beilage 16 ist sogar explizit folgender Vorbehalt angebracht: "Vorbehältlich effektiv eingesetzter Technologie, effektivem Rollout (Bahnhöfe, Mengenbereiche und Messgrössen) und effektiver Umsetzungstermine". Zudem legt die Budgetplanung die Kalkulationsbasis offen. Demnach bestätigen sich die Ausführungen der Vergabestelle, wonach die Budgetplanung

insbesondere auf der Grundlage der aktuellen Preise des heutigen Providers erstellt wurde. Auch in der Beilage 17 wird festgehalten, dass die Budgetplanung aufgrund der verfügbaren Informationen und einiger Annahmen berechnet worden sei. Die Schätzung der Vergabestelle dürfte nach dem Gesagten tatsächlich mehrheitlich auf den Kosten, welche unter den bisherigen Rahmenbedingungen anfallen, beruhen.

Unbestritten ist, dass die bisherigen Rahmenbedingungen aus dem Jahr 2010 stammen und die Beschwerdeführerin davon ausgeht, dass die damalige Technologie im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung weiterhin relevant sei. Sie hält in diesem Zusammenhang fest (Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023, Rz. 24), dass mit dem bestehenden System der Beschwerdeführerin, welches bei der Vergabestelle aktuell bereits seit 2010 erfolgreich im Einsatz sei, ein grosser Teil der verlangten Daten erlangt werden könne und ein Technologiewechsel respektive eine Technologieergänzung nicht erforderlich und auch nicht zielführend sei. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin und ihrer weitgehend rein appellatorischer Kritik, ist es für das Bundesverwaltungsgericht jedoch zumindest vorstellbar, auch weil es sich schwerpunktmässig um eine funktionale Ausschreibung handelt, dass mit einer anderen Anbieterin eine im Vergleich zu 2010 erheblich fortschrittlichere und auch erheblich kostengünstigere Technologie zur Anwendung kommen könnte, unabhängig davon, ob der Angebotspreis der Beschwerdeführerin für die bisherigen Leistungen unter dem "alten" KFMS marktkonform ist oder nicht. Auf die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang beantragte Edition von Akten bisheriger Vergaben an die Beschwerdeführerin, mit welcher sie die Marktkonformität ihrer Preise, unter anderem hinsichtlich des "alten" KFMS, aufzeigen möchte, kann daher verzichtet werden.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass, wie die Vergabestelle ausführt, ihre Budgetplanung noch auf einem im Vergleich zur vorliegenden Ausschreibung erweiterten Aufgabenverständnis der abgebrochenen Ausschreibung vom 3. Februar 2023 (vgl. Sachverhalt A.b) basierte. Die Beschwerdeführerin setzt sich damit nicht substantiiert auseinander, sondern hält in diesem Zusammenhang sogar fest, dass im Vergleich zur abgebrochenen Ausschreibung der geforderte Datenumfang in der vorliegenden Ausschreibung stark reduziert worden sei (Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2023, Rz. 23). Die Begründung der Vergabestelle, wonach im Vergleich zum "alten" KFMS aus dem Jahr 2010 vom Systemwechsel von einer Systembeschaffung zu einem Data-as-a-Service-Modell eine erhebliche Kosteneinsparung einhergeht, ist ebenfalls nachvollziehbar. Es ist daher nicht

verwunderlich, dass die Schätzung, die noch auf dem alten System aus dem Jahr 2010 basiert und somit nicht eins-zu-eins von einem Data-as-a-Service-Modell, wie in der vorliegenden Ausschreibung, ausgeht, wesentlich höher ausfiel, als der tiefste Angebotspreis im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung.

**5.4.7** Nach dem Gesagten ist vertretbar, dass die Vergabestelle den Angebotspreis der Beschwerdegegnerin trotz des grossen Preisunterschiedes zu ihrer eigenen Schätzung noch nicht als "ungewöhnlich niedrig" im Sinne eines Unterangebots beurteilt hat. Allein, dass sich die Vergabestelle verschätzt haben könnte, würde das Angebot der Beschwerdegegnerin, das die Grundlagen, auf welcher diese Fehleinschätzung beruht, nicht übernimmt, noch nicht zu einem ungewöhnlich tiefen Angebot im Sinne der Bestimmung von Art. 38 Abs. 3 BöB machen. Dies jedenfalls, solange die tatsächliche Preisdifferenz, mithin die Verneinung der Qualifikation als Unterangebot von der Vergabestelle nachvollziehbar begründet wird.

**5.5** Vor dem Bundesverwaltungsgericht hält die Vergabestelle zudem fest, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin trotz des offerierten Preises vergabekonform sei. Die Beschwerdegegnerin habe die Einhaltung der Teilnahmebedingungen mittels Selbstdeklaration bestätigt, die Erfüllung der Eignungskriterien schriftlich zugesichert sowie mittels ISO-Zertifikaten und weiteren Unterlagen nachgewiesen. Ausserdem habe sich die Vergabestelle im Rahmen der Anbieterpräsentation, der Bereinigungsrunde sowie der Referenzobjekte einlässlich vergewissert, dass die Beschwerdegegnerin die Modalitäten der Auftragserfüllung richtig verstanden habe. Am Beispiel des Bahnhofs Schaffhausen hätten die Anbieterinnen aufzeigen müssen, wie sie einen neuen, d.h. aktuell noch nicht ausgerüsteten Bahnhof, messtechnisch konzipieren würden. Dazu seien sie aufgefordert worden, u.a. einen Projektplan und einen technischen Beschrieb bestehend aus der gewählten Messtechnik und Anzahl Messgeräte, Einbauorte etc. als Bestandteil ihrer Offerte einzureichen und das Ergebnis an der Anbieterpräsentation vorzustellen. Das seitens der Beschwerdegegnerin eingereichte und vorgestellte Proof of Concept für den Bahnhof Schaffhausen habe die Vergabestelle überzeugt und habe in jeder Hinsicht den gestellten Anforderungen entsprochen. Im Rahmen der Anbieterpräsentation und Bereinigungsrunde habe sich der Eindruck der Vergabestelle verfestigt, dass die Beschwerdegegnerin die Auftragsmodalitäten verstanden und ein stimmiges Lösungskonzept erarbeitet habe. Die Beschwerdegegnerin sei in der Lage gewesen, die in diesem Rahmen gestellten Verständnisfragen kompetent zu beantworten. Ferner sei eine Plausibilisierung der Angebote,

einschliesslich demjenigen der Beschwerdegegnerin, über die Anzahl der schätzungsweise benötigten Messgeräte erfolgt.

Die Vergabestelle hat für das Bundesverwaltungsgericht überzeugend dargelegt, dass sie keinen Anlass gehabt hatte, an der Verlässlichkeit der von der Beschwerdegegnerin angebotenen Preise zu zweifeln. Die Ausführungen der Vergabestelle belegen, weshalb ihrer Ansicht nach mit dem Angebot der Beschwerdegegnerin kein erhebliches Vergaberisiko verbunden ist und weshalb sie sich mit der im Rahmen der Angebotsüberprüfung erfolgten Kontrolle zufrieden geben durfte.

Dass die Beschwerdegegnerin für die Vergabestelle nachvollziehbar darlegen konnte, dass sie die offerierte Leistung zu erbringen vermag, bestätigt sich auch aufgrund der Bewertung ihres Angebotes durch die Vergabestelle anhand der Zuschlagskriterien, die nicht wesentlich tiefer ausgefallen ist als jene der Beschwerdeführerin. Hierzu sind folgende Angaben aus den Unterlagen zum Debriefing mit der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen:

"Die wesentlichen Gründe für die Nichtqualifikation auf den 1. Platz sind die folgenden:

- Punktegewinn bei der Qualität: +15,10 Punkte
- Punkteverlust bei den vertraglichen Aspekten: -1,10 Punkte
- Punkteverlust beim Preis: -78,11 Punkte
- Totale Punktedifferenz: -64,11 Punkte"

Insgesamt waren für die Zuschlagskriterien maximal 300 Punkte zu vergeben, 150 Punkte für die Qualität, 15 Punkte für den Vertrag und 135 Punkte für den Preis. Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdegegnerin unter den Qualitätskriterien zwar schlechter bewertet als dasjenige der Beschwerdeführerin. Doch hält sich der Punktverlust der Beschwerdegegnerin im Zuschlagskriterium Qualität gegenüber der Beschwerdeführerin mit 15,10 Punkten (rund 10% des Punktemaximums) in Grenzen, zumal die Beschwerdeführerin mit 143,05 Punkten nahe am Punktemaximum liegt. Im Vergleich zum Angebot der dritten Anbieterin wird das Angebot der Beschwerdegegnerin im Zuschlagskriterium Qualität sogar leicht besser bewertet (rund 3 Punkte).

Für das Bundesverwaltungsgericht bestehen keine konkreten Anhaltspunkte, dass die Beurteilung der Vergabestelle, wonach die Offerte der Beschwerdegegnerin genügend darlege, dass sie die offerierten Preise einzuhalten vermag, unter den gegebenen Umständen rechtsfehlerhaft wäre.

Nach Ansicht der Vergabestelle ist mit dem Angebot der Beschwerdegegnerin kein erhebliches Vergaberisiko verbunden. Dies zeigt sich auch darin, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdegegnerin in den Qualitätskriterien nur unwesentlich schlechter bewertet hat als jene der Beschwerdeführerin und insofern von der Lösung des Angebots der Beschwerdegegnerin überzeugt ist. Für die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die im Rahmen der Ausschreibung geforderte Leistung gehörig erbringen kann, darf sich die Vergabestelle in erster Linie auf die konkrete Beurteilung des Angebots der Beschwerdegegnerin stützen. Die Herangehensweise der Vergabestelle, dass sie zur Prüfung der Angebote zusätzlich ein Proof of Concept für den Bahnhof Schaffhausen verlangt hat, welches im Rahmen der Leistungspakete LP1 und LP2 zunächst in einem ersten Schritt überprüft wird, bevor sie die Optionen auf Erbringung der Leistungspakete LP3 bis LP6 in einem zweiten Schritt aktiviert oder selbst die LP1 und LP2 an den nächst Platzierten vergibt (vgl. vorne Sachverhalt A.e), ist ebenfalls auf eine gehörige Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung ausgerichtet und verstärkt die Verlässlichkeit des Angebots der Beschwerdegegnerin. Die Herangehensweise der Vergabestelle und ihre Kontrollelemente im vorliegenden Verfahren laufen im Ergebnis sogar auf Abklärungen hinaus, wie sie von Art. 38 Abs. 3 BöB im Falle eines Unterangebots verlangt wären.

Im Übrigen darf erwähnt sein, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt und sich der Anbieter damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung (Art. 44 Abs. 1 Bst. a, d und g sowie Abs. 2 Bst. a und e BöB). Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter seinen Vertragspflichten nachkommt, solange, wie vorliegend, keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3 "Monte Ceneri"; Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2022 vom 27. März 2023 E. 6.3.1 «Instandstellung Hauenstein Basistunnel»).

Zusammenfassend ist der Schluss der Vergabestelle im Rahmen der Beurteilung der konkreten Offerten, dass kein ungewöhnliches oder ungewöhnlich niedriges Angebot der Zuschlagsempfängerin vorliege, nach dem zuvor Gesagten und mangels konkreter gegenteiliger Anhaltspunkte nicht zu beanstanden.

## 5.6

**5.6.1** Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht stellt sich die Beschwerdeführerin auch auf den Standpunkt, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht kostendeckend sein könne. Zur Begründung führt sie eine "grobe Zusammenstellung" der Investitions- und Betriebskosten an. Sie geht dabei von folgenden Parametern aus:

- Investitionskosten alleine für die Sensoren und die damit verbundenen Kosten für das gesamte Projekt von Fr. [...] - ([...] Sensoren à Fr. [...]).
- Kosten für Software und Daten-Plattform: Der Standard sei 15-25% der Investitionssumme pro Jahr. Eine konservative Berechnung mit 10% der Investitionskosten pro Jahr ergebe bei einer Vertragslaufzeit von 10 Jahren Fr. [...].
- Die Sicherstellung des Betriebes könne aufgrund der technischen Mussanforderungen sowie der Erfahrung aus dem heutigen System hochgerechnet werden und würde für eine Vertragslaufzeit von 10 Jahren rund Fr. [...] (Fr. [...] pro Jahr [...]) betragen.

Insgesamt ergebe dies Fr. [...] für die Investition und den Betrieb der ausgedescribten Leistung, wobei diese Berechnung der Kosten zugleich ein absolutes, theoretisches und unrealistisches Minimum darstelle. Hinzugechnet werden müssten nach Ansicht der Beschwerdeführerin noch die Kosten für Entwicklungen, Anpassungen an neue Sicherheitslücken aller Komponenten, Netzwerksicherheit, Qualitätsnachweise, Schnittstellen, Updates, Hardware- und Netzwerkausfälle, Teuerung, allenfalls der Ersatz der Hardware, weil die Garantie in der Regel zwei Jahre betrage und die Kosten für die Demontage, welche im Angebotspreis der Beschwerdegegnerin bereits enthalten sei. Die Beschwerdeführerin ist ausserdem der Ansicht, dass der Systemwechsel zu einem Data-as-a-Service-Modell keine Kosten einspare. Für die Auftraggeberin sei ein solches Modell ein "Sorglospaket" mit fixen Kosten, was in dieser Form immer teurer sei.

**5.6.2** Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, es hätte für sie keinerlei Hinweise gegeben, wonach die Beschwerdegegnerin ein Angebot mit einem Gesamtpreis unter den Gestehungskosten angeboten hätte. Die Zusammenstellung der angeblichen Investitions- und Betriebskosten der Beschwerdeführerin sei irreführend und nicht allgemeingültig. Die von der Beschwerdeführerin geschätzte Anzahl Sensoren sei mit [...] zu hoch. Das KFMS könne bereits mit [...] Sensoren in der geforderten Qualität betrieben

werden. Effiziente Prozesse und Fachwissen würden bei der Installation, Konfiguration, Kalibrierung und Inbetriebnahme die Investitionskosten weiter senken. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin seien die Kosten für die Software und die Plattform, welche sie mit 10% der Investitionskosten veranschlagt habe, nicht linear von der Anzahl Sensoren abhängig. Vielmehr würden dies Fixkosten darstellen und die Kosten pro zusätzlichen Sensor seien minimal. Weiter habe die Beschwerdeführerin die Kosten für den Betrieb und die Wartung von [...] Sensoren aufgrund ihrer Erfahrung mit dem derzeitigen System linear auf [...] Sensoren hochgerechnet, was nach Ansicht der Vergabestelle nicht sachgerecht sei. Ferner ist die Vergabestelle der Ansicht, dass die von der Beschwerdeführerin zugrunde gelegten Kosten insgesamt auf der Kosten- und Preisstruktur nach dem bisherigen KFMS basieren würden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei die Umstellung auf ein Data-as-a-Service-Modell mit Kosteneinsparungen verbunden. Dies deshalb, weil im Vergleich zur Systembeschaffung die der Datenaufbereitung und dem Reporting zugrunde liegende Infrastruktur nicht eigens für die Vergabestelle entwickelt und betrieben werden müsse, weshalb gemäss Ausschreibung ein System präferiert worden sei, welches die Anbieterin bereits möglichst standardisiert anbiete. Data-as-a-Service-Modelle in den Bereichen Kundenfrequenzmessung und Videoüberwachung gehörten zur Kernkompetenz der Beschwerdegegnerin, die entsprechend von Skaleneffekten profitieren könne.

**5.6.3** Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, ihr Angebot beinhalte eine angemessene Gewinnmarge und halte alle ausgeschriebenen Vorgaben ein. Die Kostenzusammenstellung der Beschwerdeführerin treffe nicht zu, sei hypothetisch und gebe keinen Aufschluss über das Angebot der Beschwerdegegnerin. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin müsse sie keine neue Software und Daten-Plattform entwickeln, sondern könne auf bestehende Infrastrukturen und Data-as-a-Service-Lösungen aufbauen. Die sich daraus ergebenden Skalierungseffekte würden nicht die Entwicklung, sondern vor allem auch den Betrieb der Software und Datenplattform aus dem eigenen Rechenzentrum betreffen.

**5.6.4** Die Vergabestelle hat ihr Verständnis nachvollziehbar dargelegt, wonach die Beschwerdeführerin die Kostenzusammenstellung auf Basis der Erfahrungswerte und Kosten des bestehenden Systems kalkuliert habe und im Gegensatz zur Beschwerdegegnerin nicht über die notwendige Erfahrung und Standardisierung im Bereich von Data-as-a-Service-Modellen verfüge. Vor diesem Hintergrund ist die Kostenzusammenstellung der Beschwerdeführerin, die unbestrittenermassen vom bisherigen KFMS aus



dem Jahr 2010 und den dortigen Erfahrungswerten ausgeht, für die vorliegende Beschaffung wenig überzeugend. Es ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts von der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin plausibel dargetan, dass der Systemwechsel zu einem Data-as-a-Service-Modell, falls die hierfür benötigte Infrastruktur bereits weitgehend zur Verfügung steht, wovon die Vergabestelle im Hinblick auf das Angebot der Beschwerdegegnerin ausgeht, zu Skaleneffekten und damit Kosteneinsparungen, auch bezüglich der benötigten Infrastruktur, führen kann. Die Kostenzusammenstellung der Beschwerdeführerin vermag nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts aus den genannten Gründen nicht zu belegen, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin nicht kostendeckend sein kann. Es bleibt somit dabei, dass nach dem bisher Gesagten keine Anhaltspunkte vorhanden sind, wonach die Vergabestelle den Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin als ungewöhnlich niedrig hätte beurteilen müssen.

## **5.7**

**5.7.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich ferner auf den Standpunkt, die Vergabestelle habe eine allfällige Quersubventionierung des Angebots der Beschwerdegegnerin nicht geprüft. Unter Bezugnahme auf BGE 143 II 425 E. 4.3, 4.5 und 5.3 führt sie zur Begründung an, dass die privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates bzw. eines staatlichen Unternehmens wettbewerbsneutral sein müsse und nicht wettbewerbsverzerrend sein dürfe. Die Wettbewerbsneutralität staatlichen Unternehmerhandelns könne in Frage gestellt sein, wenn der Staat nicht vergleichbaren Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterstünde. Daraus ergebe sich, dass eine Quersubventionierung des Wettbewerbsbereichs eines staatlichen Unternehmens aus seinem Monopolbereich unzulässig sei, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und sie deshalb geeignet sei, den freien Wettbewerb zu verfälschen. Falls eine staatliche Unternehmung ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreiche, bestehe die Pflicht der Vergabestelle zur Prüfung, ob allenfalls eine unzulässige Quersubventionierung vorgesehen sei oder ob eine solche ausgeschlossen werden könne. Die Beschwerdegegnerin sei zu 100% eine Tochtergesellschaft der C. \_\_\_\_\_, welche wiederum mit einem Aktienanteil von 51% der Schweizerischen Eidgenossenschaft bzw. dem Bund gehöre.

**5.7.2** Die Vergabestelle führt aus, dass es sich bei der Beschwerdegegnerin nicht um eine öffentlich-rechtliche Institution handle, sondern um eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft, die aktienrechtlich gegenüber

ihren Aktionären zur Gewinnmaximierung verpflichtet sei. Im Gegensatz zu BGE 143 II 425 gäbe es im vorliegenden Fall aus den Preisblättern der Beschwerdegegnerin keine Anhaltspunkte dafür, dass bestimmte Aufwendungen zu niedrig angesetzt oder im Angebot überhaupt nicht berücksichtigt würden. Es bestünden keine Hinweise darauf, dass das Angebot die Selbstkosten der Beschwerdegegnerin unterschreite.

**5.7.3** Die Beschwerdegegnerin hält fest, sie sei eine privatrechtliche, gewinnstrebige Aktiengesellschaft, auch wenn sie im mehrheitlichen Eigentum des Bundes stehe. Eine Finanzierung aus einer anderen Konzernaktivität oder der Grundversorgung liege nicht vor. Im BGE 143 II 425 sei es um die Universität Zürich als nicht gewinnstrebige, öffentliche Bildungseinrichtung gegangen, welche zumindest zu grossen Teilen durch öffentliche Gelder finanziert sei. Zudem sei aus den in jenem Fall zu beurteilenden Preiskalkulationen hervorgegangen, dass der Aufwand des Projektverantwortlichen nicht zu den Projektkosten gerechnet worden sei. Es hätten also konkrete Anhaltspunkte bestanden, welche für eine Verbilligung des Angebots durch öffentliche Gelder gesprochen und eine Abklärungspflicht der Vergabestelle bewirkt hätten.

**5.7.4** Unternehmerisch tätige Subjekte mit staatlichem Hintergrund können in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit von Unterangeboten aufgrund ihrer Ungleichheit in Bezug auf das unternehmerische Risiko bzw. die Möglichkeit der Quersubventionierung nicht mit privaten Anbietern gleichgestellt werden, welchen es nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht verwehrt ist, Unterangebote einzureichen (vgl. E. 5.1.3 hiervor). In der Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts ist anerkannt, dass die Offerte einer staatlichen Anbieterin, die auf einer unzulässigen Quersubventionierung beruht und deshalb geeignet ist, den Wettbewerb auf dem fraglichen Beschaffungsmarkt zu verfälschen, gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verstösst. Allein das Vorliegen eines Unterangebots genügt aber noch nicht für dessen Ausschluss. Solange beispielsweise der Fehlbetrag nicht auf unzulässige Weise mit Steuermitteln oder Erträgen aus dem Monopolbereich gedeckt wird, kann im Einzelfall ein Angebot zulässig sein, das unter den Selbstkosten liegt. Zudem besteht in der Regel keine unzulässige Wettbewerbsverzerrung, wenn die Offerte aufgrund rechtmässig ausgerichteter staatlicher Subventionen (mit-) beeinflusst wird (vgl. zum Ganzen BGE 143 II 425 E. 4.5).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann sich aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes die Pflicht der Vergabebehörde ergeben,

weitergehende Abklärungen zu treffen, falls sich im Verlauf des Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben. Insoweit könne die Vergabestelle gestützt auf die Mitwirkungspflicht der Anbieterin weitere Erklärungen, Bescheinigungen und Erläuterungen verlangen, dass ein Fehlbetrag im Vergleich zu den Selbstkosten im Angebot nicht mit unzulässigen Quersubventionen gedeckt werde (vgl. BGE 143 II 425 E. 5.3). Das Verfahren gestaltet sich damit zweistufig; zunächst muss die Vergabestelle einen Anhaltspunkt für eine Quersubventionierung erkennen. Danach hat sie die nötigen Abklärungen zu treffen, um die Frage zu beantworten, ob eine unzulässige Quersubventionierung vorliegt oder nicht (vgl. Urteil des BVGer A-5776/2019 vom 9. Dezember 2020 E. 4.6.3).

**5.7.5** Nach dem zuvor Gesagten müssen für eine unzulässige Quersubventionierung Anzeichen oder Anhaltspunkte bestehen, etwa aufgrund eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, welches ein Unterangebot vermuten liesse. Im vorliegenden Fall ist, wie zuvor aufgezeigt, nicht zwingend von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BöB auszugehen, das gegenüber der Vergabestelle eine weitergehende Abklärungspflicht bewirken könnte. Die Vorinstanz hatte keinen Anlass, Abklärungen hinsichtlich einer allfälligen unzulässigen Quersubventionierung vorzunehmen und ist bzw. war hierzu auch nicht verpflichtet. Daran vermag auch der beschwerdeführerische Verweis auf den Entscheid des Bundesgerichtes in BGE 143 II 425 E. 5.3 nichts zu ändern. Das Bundesgericht führt in diesem Urteil aus, dass weitergehende Abklärungen zu treffen seien, falls sich im Verlauf eines Vergabeverfahrens konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ergeben würden. Namentlich stehe es der Vergabebehörde im Sinne einer effizienten Verfahrensführung frei, die staatliche Anbieterin zur Einreichung eines geeigneten Nachweises oder von Erklärungen darüber aufzufordern, dass sie über eine Marktbetätigungserlaubnis verfüge und ein Fehlbetrag im Angebot nicht mit unzulässigen Quersubventionen erfolge. Nichts anderes ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018). Eine Untersuchungspflicht bestünde nach dieser Rechtsprechung insoweit, als sich konkrete Anzeichen bzw. Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung bzw. für einen damit verbundenen Fehlbetrag im Angebot zeigten. Die Beschwerdeführerin hat neben dem in E. 5.3 ff. widerlegten Vorwurf des angeblich ungewöhnlich niedrigen Preises des Angebots der Beschwerdegegnerin keine weiteren Anhaltspunkte für eine unzulässige Quersubventionierung substantiiert geltend gemacht, noch sind

solche für das Bundesverwaltungsgericht ersichtlich. Aus der Offerte ist beispielsweise nicht offensichtlich erkennbar, dass gewisse offerierte Leistungen preislich nicht abgebildet worden wären. Demnach hatte die Vergabestelle im vorliegenden Fall keinen Anlass, den Angebotspreis der Beschwerdegegnerin über die ohnehin gemachten Kontrollen hinaus zu prüfen, zumal die Qualität des Angebots der Beschwerdegegnerin in den Zuschlagskriterien wie bereits erwähnt nicht deutlich tiefer als jene der Beschwerdeführerin bewertet worden ist.

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Vergabestelle auch mit Bezug auf angebliche Quersubventionierungen nicht verpflichtet sehen musste, weitere Erkundigungen zum Angebotspreis der Beschwerdegegnerin einzuholen.

**5.7.6** Die Beschwerdeführerin stellt sich auch auf den Standpunkt, es könne nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass das Verhalten der Beschwerdegegnerin, die zu einer grossen Unternehmensgruppe gehöre, im Zusammenhang mit dem ungewöhnlich niedrigen Angebot kartellrechtlich problematisch sei. Mit der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin ist festzuhalten, dass aufgrund der Zugehörigkeit der Beschwerdegegnerin zu einer "grossen Unternehmensgruppe" nicht per se von kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen auszugehen ist (vgl. auch BGE 143 II 425 E. 4.4.3 und Urteil des BVGer B-2932/2011 vom 22. August 2011 E. 4). Die Beschwerdeführerin kann aus der Zugehörigkeit der Beschwerdegegnerin zu einer "grossen Unternehmensgruppe" nichts zu ihren Gunsten ableiten und auf ihr Vorbringen ist nicht weiter einzugehen, zumal sie daneben keine konkreten Anhaltspunkte oder Verhaltensweisen anführt, die kartellrechtlich problematisch sein könnten.

**5.8** Die Beschwerdeführerin verlangt zu den Fragen, ob die Vergabestelle Zweifel am Angebotspreis der Beschwerdegegnerin gehabt habe, ob die Preisunterschiede der eingegangenen Angebote von der Vergabestelle als krass eingestuft worden waren und ob sie im Rahmen der Bereinigung eine Annäherung der Preise erwartet habe, Auskunft bzw. die Befragung von bei der Vergabestelle tätigen Personen. Die Vergabestelle hält dazu fest, dass sich die Überraschung der Vergabestelle bzw. ihrer Mitarbeiter, wenn überhaupt, auf die Erkenntnis bezogen habe, dass über Jahre hinweg überhöhte Preise verlangt worden seien.

In antizipierter Beweiswürdigung kann auf die von der Beschwerdeführerin beantragten Parteibefragungen und Zeugenaussagen zu den genannten

Themen verzichtet werden. Die Befragungen würden im vorliegenden Verfahren keinen entscheiderelevanten Mehrwert bringen, weil für die Beurteilung, ob ein ungewöhnlich niedriges Angebot vorliegt, nicht die Reaktion von Angehörigen der Vergabestelle anlässlich der Anbieterpräsentation oder der Bereinigungsgespräche massgebend erscheint. Die beantragte Befragung scheint vor diesem Hintergrund nicht geeignet, um damit die vorgängige Beurteilung in E. 5 bis 5.7 umzustossen.

**5.9** Zusammenfassend konnte die Beschwerdeführerin keine stichhaltigen Anhaltspunkte vorbringen, wonach die Vergabestelle bei ihrer Beurteilung, der Preis des Angebots der Beschwerdegegnerin sei unter den gegebenen Umständen nicht als ungewöhnlich niedrig einzustufen, den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum überschritten hätte. Die Vergabestelle war daher nicht verpflichtet, weitere (zusätzliche) zweckdienliche Erkundigungen im Sinne von Art. 38 Abs. 3 BöB einzuholen, ob die Teilnahmebedingungen eingehalten sind und die weiteren Anforderungen der Ausschreibung verstanden wurden. Es bestand bzw. besteht somit auch kein Anlass zur Prüfung, ob das Angebot der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB auszuschliessen ist.

## **6.**

**6.1** In der Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 26. Februar 2024 bestreitet die Beschwerdeführerin "vorsorglich", dass die Beschwerdegegnerin die Eignungskriterien tatsächlich erfülle. Zur Begründung führt sie an, dass die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin wiederholt auf deren Erfahrung mit Video-Überwachung hingewiesen hätten, aber ihre Rechtschriften nicht auf die Erfahrungen der Beschwerdegegnerin mit Sensormessungen verweisen würden. Die Ausschreibung fordere vergleichbare Referenzen, wobei Lösungen mit Video-Überwachung nicht gültig offeriert werden könnten. Falls die Beschwerdegegnerin tatsächlich als Referenzprojekte nur Video-Überwachungen angegeben habe, dann könnte das betreffende Eignungskriterium nicht als erfüllt betrachtet werden und die Beschwerdegegnerin hätte ausgeschlossen werden müssen. Zudem habe sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Eingabe vom 15. März 2024 auf Erfahrungen eines Subunternehmers berufen, obwohl gemäss Ausschreibung Referenzen eines Subunternehmers nicht zulässig seien. Aus diesem Grund müsse die Beschwerdeführerin Kenntnisse über den Inhalt der Referenzen der Beschwerdegegnerin haben.

**6.2** Die Vergabestelle führt aus, nur weil die Beschwerdegegnerin auch über Erfahrung mit Frequenzmesssystemen im Bereich der Videoüberwachung verfüge, bedeute dies nicht, dass ihr Erfahrungen und Referenzen mit Sensoren fehlen würden. Beide Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin würden sich auf Sensorik-Lösungen beziehen.

**6.3** Die Beschwerdegegnerin führt aus, sie habe wie gefordert zwei vergleichbare Projekte mit im KFMS-Bereich gängigen [...] Sensoren bei unterschiedlichen Kunden in öffentlichen Gebäuden und Räumen als Referenzen eingereicht. Sie erbringe für die betreffenden Kunden sämtliche Dienstleistungen wie Konzept, Planung, Installation und Betrieb und erfülle damit die ausgeschriebenen Eignungsanforderungen. Die Beschwerdegegnerin setze auch im vorliegenden KFMS-Projekt auf die Messtechnik des Herstellers [...]. Sie übernehme dabei, wie in der Ausschreibung ermöglicht, die bisher im Einsatz stehenden [...] Sensoren und rüste auch die neu hinzukommenden Bahnhöfe mit dieser Messtechnik aus.

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

Eignungskriterien dienen unter anderem dazu, den Kreis der Anbieterinnen auf diejenigen Unternehmen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erfüllen (vgl. BVGE 2017 IV/3 E. 4.3.1 "Mobile Warnanlagen"; 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse I"; Urteil des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 2.2 "A1 / Weiningen"). Der Vergabestelle kommt sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 564 ff.). Die Nichterfüllung der Eignungskriterien führt zum Ausschluss des Anbieters, sofern sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch erweist (vgl. Urteile des

BGer 2C\_665/2015 vom 26. Januar 2016 E. 1.3.3 "Engineered Materials Arresting System Piste 28"; 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 3.3 "CT-Ersatz Radiologie"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.10.5 "Bahnstromversorgungsanlagen").

Das vorliegend einschlägige Eignungskriterium EK 3.1 "Erfahrung in der Einführung und im Betrieb einer marktfähigen Frequenzmesssystem-Standardlösung" schreibt unter anderem Folgendes vor:

"In den vergangenen vier (4) Jahren hat das anbietende Unternehmen seine Frequenzmesssystem-Standardlösung bei mindestens zwei (2) unterschiedlichen Kunden im EU/EFTA Raum eingeführt und betreibt diese produktiv.  
[...].  
Kundenreferenzen von Subunternehmen sind nicht zugelassen.  
[...]."

**6.5** Die Beschwerdeführerin spezifiziert keine Textstellen, aus denen hervorgeht, dass die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin lediglich auf deren Erfahrung mit Videoüberwachungen, jedoch nicht mit Sensormessungen, hingewiesen haben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann aus den Rechtsschriften der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin nicht geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin keine Referenzprojekte zur Sensorenmessung eingereicht hätte. So halten die Vergabestelle in der Stellungnahme vom 19. Januar 2024 in Rz. 59 und die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort vom 14. Dezember 2023 in Rz. 10 fest, dass Data-as-a-Service-Modelle in den Bereichen Kundenfrequenzmessung und Videoüberwachung zu den Kernkompetenzen der Beschwerdegegnerin gehörten. Die Beschwerdegegnerin führt im Anschluss daran aus, dass sie z.B. zahlreiche Frequenzmessungsprojekte und zudem auch vergleichbare (technisch noch komplexere) Videoüberwachungsprojekte mit aktuell gesamthaft über [...] Sensoren und Kameras betreibe. Zusammenfassend lieferten die Rechtsschriften der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin nicht über Erfahrung mit Sensoren verfügen könnte, sondern weisen darauf hin, dass sie daneben auch über Erfahrung mit Videoüberwachung verfügt.

Aufgrund der ungeschwärzten Akten kann das Bundesverwaltungsgericht bestätigen, dass die Beschwerdegegnerin gemäss ihren eigenen Angaben im Referenzprojekt 1 unter anderem auf [...] Sensoren zurückgreift und im Referenzprojekt 2 Sensoren für die verlangte Messung benützt (Angebot der Beschwerdegegnerin, "AGU Anhang 03 Nachweise").

Unabhängig davon, ob Referenzen mit Video-Überwachung in der vorliegenden Ausschreibung zulässig wären oder nicht, hat die Beschwerdegegnerin, wie sie selber und auch die Vergabestelle ausführt, mit den eingereichten Referenzen ihre Erfahrung in der Einführung und im Betrieb einer marktfähigen Frequenzmesssystem-Standardlösung mit Sensoren aufgezeigt. Es erübrigt sich daher, die von der Beschwerdeführerin offerierte Befragung / Auskunft von bei der Vergabestelle tätigen Personen bzw. für die Durchführung der Ausschreibung zugezogenen externen Experten zu den Fragen vorzunehmen, ob Lösungen mit Video-Überwachung gültig hätten offeriert werden können und ob ein Kundenfrequenzmesssystem und die Videoüberwachung unterschiedliche, voneinander unabhängige Themen seien.

**6.6** Den Vorwurf, dass sich die Beschwerdegegnerin unzulässigerweise auf die Erfahrung eines Subunternehmers berufen habe, begründet die Beschwerdeführerin mit folgender Textpassage aus der Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 15. März 2024 (Rz. 7):

"Für die bahnhofspezifischen Themen der Installation und des Betriebs setzt die Beschwerdegegnerin auf eine Projektleitung (...), welche für und mit der SBB bereits solche Projekte mit vielen Zählsensoren in zahlreichen Bahnhöfen umgesetzt hat und die örtlichen sowie betrieblichen Gegebenheiten wie Messkonzepte und dafür benötigte Messpunkte sowie betriebliche Störfaktoren (Vandalismus, Verschmutzung, Störungsmanagement, usw.) kennt und die Auswirkungen auf dieses Projekt dadurch bestens einschätzen kann. Im Bereich bahnhofspezifische Analysen, wie diese von der Vergabestelle gefordert werden, setzt die Beschwerdegegnerin zudem auf eine Spezialistin (...), welche (...) vergleichbare Analysen mit derselben Technologie in Bahnhöfen umgesetzt hat (...). Die angegebenen Partner sind zulässigerweise als Subunternehmen eingebunden."

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin bezieht sich die zitierte Textstelle nicht auf die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Referenzprojekte und es kann daraus nicht geschlossen werden, dass sie sich für ein Referenzprojekt unzulässigerweise auf die Erfahrung einer Subunternehmerin beruft. Die dem Gericht ungeschwärtzt zur Verfügung stehenden Akten bestätigen, dass sich die Beschwerdegegnerin im Rahmen des Eignungskriteriums EK 3.1 "Erfahrung in der Einführung und im Betrieb einer marktfähigen Frequenzmesssystem-Standardlösung" nicht auf die Erfahrung einer Subunternehmerin beruft.

**6.7** Die Auffassung der Vergabestelle ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden, dass sich die Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin auch auf Sensorik-Lösungen beziehen würden. Die Vergabestelle hat nicht



vergaberechtswidrig gehandelt, wenn sie das Eignungskriterium EK 3.1 als durch die Beschwerdegegnerin erfüllt betrachtet.

## 7.

**7.1** In der Eingabe vom 3. April 2024 bringt die Beschwerdeführerin mit einem pauschalen Verweis auf ihre bisherigen Eingaben vor, dass sich im Verlauf des Vergabeverfahrens unter anderem Ungleichbehandlungen bezüglich Informationen an die einzelnen Anbietenden manifestiert hätten. So sei sie im Rahmen der Angebotsbereinigung von der Vergabestelle explizit aufgefordert worden, auf dem Preisblatt den Preis für das Leistungspaket LP2 ("Proof-of-Concept") mit den "effektiven Kosten" anzugeben. Da die Vergabestelle von der Beschwerdegegnerin nicht verlangt habe, ihre effektiven Kosten auszuweisen, stelle dies eine Ungleichbehandlung der Anbietenden dar und verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (vgl. Beschwerdeschrift vom 14. Dezember 2024, Rz. 93 f.). Aus den der Beschwerdeführerin zugestellten Dokumenten des vorinstanzlichen Verfahrens sei zudem erkennbar, dass wichtige Fragen, die kostenrelevant seien, der Beschwerdeführerin, jedoch nicht der Beschwerdegegnerin, anlässlich des Bereinigungsgesprächs mitgeteilt worden seien. So gebe es im geschwärzten Bereinigungsprotokoll der Beschwerdegegnerin keine Anhaltspunkte dafür, dass ihr die gleichen Informationen im Zusammenhang mit den Bereinigungspunkten "Firma, ID 1, Anh. 11/TS-2 (Prüfung der Muss- und Kann-Kriterien für den Proof of Concept) und ID 2, Anh. 11/TS 29 (Mindestdauer einer M2-Fläche / Vorzeitige Verschiebung der Fläche)" wie der Beschwerdeführerin mitgeteilt worden seien (vgl. Ergänzung der Beschwerdebegründung vom 26. Februar 2024, Rz. 37).

**7.2** Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine Angebotsbereinigung kann aber im Rahmen von Art. 39 BöB stattfinden, etwa wenn erst dadurch der Auftrag oder die Angebote geklärt oder letztere objektiv vergleichbar gemacht werden können (Art. 39 Abs. 2 Bst. a BöB). Dabei können Gegenstand von Bereinigungen sämtliche Teile der Ausschreibungsunterlagen sowie der Angebote sein (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-3196/2022 vom 27. März 2023 E. 6.2.2 "Instandstellung Hauenstein Basistunnel" m.w.H.).

Gemäss Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen kann eine Bereinigung der Angebote insbesondere bei komplexen Leistungen nötig werden. Die Bereinigung solle unter anderem der Klärung von Missverständnissen und der Füllung echter Lücken in den Ausschreibungsunterlagen dienen (vgl. Botschaft Totalrevision BöB, BBI 2017 1851, 1953 f.). Der Bereinigungsbedarf kann je nach Offerte unterschiedlich sein, doch hat die Bereinigung nach einem einheitlichen Massstab zu erfolgen (Zwischenentscheid des BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.5.1 "Abluftventilatoren Nordumfahrung Zürich").

**7.3** Die von der Beschwerdegegnerin offerierten Kosten für das Leistungspaket LP2 waren in ihrem Angebot bereits enthalten, weshalb die Vergabestelle keinen Anlass hatte, diese Angabe wie bei der Beschwerdeführerin nachträglich einzufordern. Die von der Beschwerdeführerin bemängelten zwei Bereinigungspunkte "Firma, ID 1, Anh. 11/TS-2 (Prüfung der Muss- und Kann-Kriterien für den Proof of Concept)" und "ID 2, Anh. 11/TS 29 (Mindestdauer einer M2-Fläche / Vorzeitige Verschiebung der Fläche)" betreffen Aspekte, welche nicht durch die Vergabestelle vorgebracht wurden, sondern stellen gemäss Bereinigungsprotokoll eine "Frage/Thema/Bemerkung/Kommentar" der Beschwerdeführerin dar. Dass die genannten zwei Bereinigungspunkte mit der Beschwerdegegnerin nicht besprochen wurden, erstaunt nicht. Denn die Beschwerdegegnerin stellte im genannten Zusammenhang keine Frage und machte keine Bemerkung. Der Bereinigungsbedarf ist, wie bereits erwähnt, nicht für jede Offerte identisch. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf und es ist für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht ersichtlich, dass und inwiefern die "Antwort/Bestätigung/Bereinigung" der Vergabestelle in den verfahrensgegenständlichen Bereinigungspunkten über eine blosser Erläuterung der Ausschreibungsbedingungen hinausgegangen ist, die bereits ohnehin allen Anbietenden bekannt waren. Die Antwort der Vergabestelle im Bereinigungspunkt "Anh. 11/TS-2 (Prüfung der Muss- und Kann-Kriterien für den Proof of Concept)" lautet: "Wenn möglich werden alle geforderten und als erfüllt deklarierten Kriterien geprüft". Jene im Bereinigungspunkt "Anh. 11/TS 29 (Mindestdauer einer M2-Fläche / Vorzeitige Verschiebung der Fläche)": "Es ist davon auszugehen, dass die ausgerüsteten Flächen längerfristig von Interesse sind. Eine vorzeitige Verschiebung gibt es in diesem Sinne nicht, da keine Mindestdauer vorgegeben ist. Es kann aber sein, dass M2 Flächen auch zu einem späteren Zeitpunkt ausgerüstet werden und somit für eine kürzere Dauer betrieben werden."

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat ihr die Vergabestelle nach dem Gesagten im Rahmen der Angebotsbereinigung keine Nachteile auferlegt, welche für die Beschwerdegegnerin nicht gegolten hätten, zumal die Antworten der Vergabestelle dazu dienen, möglichen Missverständnissen auf Seiten der Beschwerdeführerin vorzubeugen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde durch die Vergabestelle nicht verletzt.

## **8.**

Die Beschwerdeführerin beantragt, dass ihr, soweit aufgrund der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin möglich, vollumfänglich Einsicht in die Akten zu gewähren sei. Insbesondere verlangt sie Einsicht in die Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin.

**8.1** Der Beschwerdeführerin ist gemäss Art. 57 Abs. 2 BöB im Beschwerdeverfahren auf Gesuch hin Einsicht in die Bewertung ihres Angebots und in weitere entscheidrelevante Verfahrensakten zu gewähren, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten und die Vergabestelle hat den vertraulichen Charakter der Angaben der Anbieterinnen zu wahren (vgl. Art. 51 Abs. 4 Bst. b und Art. 11 Bst. e BöB; Urteile des BVGer B-1929/2022 vom 19. Dezember 2022 E. 12.1.2 "Sanierung Waffenplatz Wangen a.A." und B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 7.1 "Einstöckige S-Bahn-Triebzüge" je m.w.H.). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (vgl. Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 11.2 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

**8.2** Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens teilweise entsprochen. Die Beschwerdeführerin erhielt mit Verfügung vom 26. Januar 2024 Einsicht in die gemäss Vorschlag der Vergabestelle teilweise geschwärzte Version der Verfahrensakten (inkl. unter anderem das geschwärzte "Bereinigungsprotokoll" der Beschwerdegegnerin, die geschwärzte "Fragensammlung für

Präsentation" und der geschwärzte Mailverkehr der Vergabestelle mit den Anbieterinnen), woraus unter anderem der Austausch der Vergabestelle mit der Beschwerdegegnerin ersichtlich ist. Zudem betreffen insbesondere die Referenzprojekte der Beschwerdegegnerin ihr unternehmerisches Know-how und Geschäftsgeheimnisse, weshalb der Beschwerdeführerin die Referenzprojekte nicht offenzulegen sind.

**8.3** Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin ist deshalb, soweit es durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht ohnehin gegenstandslos geworden ist, abzuweisen.

## **9.**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Zuschlag an die Beschwerdegegnerin aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist. Das Feststellungsbegehren (Antrag 5 der Beschwerdeschrift) konnte unter den gegebenen Umständen keine selbständige Tragweite erlangen und an einem Entscheid darüber besteht kein schutzwürdiges Interesse mehr, weshalb es als gegenstandslos betrachtet werden kann. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

## **10.**

**10.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**10.2** Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Die Verfahrenskosten werden daher im vorliegenden Fall auf Fr. 18'000.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**10.3** Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin ist zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten des Beschwerdeverfahrens zusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin haben keine Honorarnote eingereicht. Demnach ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anbetracht des Umfangs und der Komplexität des Falls erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– für die Beschwerdegegnerin als angemessen.

Die Vergabestelle ist als verfügende Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE nicht entschädigungsberechtigt.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 18'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin mit Fr. 4'000.– zu entschädigen.

**4.**

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Diego Haunreiter

**Rechtsmittelbelehrung:**

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

Versand: 17. Mai 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 258560; Gerichtsurkunde)