



Urteil vom 18. Mai 2022

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Michael Lips
und/oder Andrea P. Rohrer,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüb
und/oder Dr. iur. Martin Zobl,
Vergabestelle

und

Y. _____ AG,
vertreten durch Fürsprecher Marc Metzger
und/oder Rechtsanwalt Stipe Jozic,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt

"Beschaffungsprojekt Einstöckige S-Bahn-Triebzüge",
SIMAP-Projekt-ID 200990.

Sachverhalt:**A.**

Am 15. November 2019 publizierten die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Division Personenverkehr (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen) eine Vorankündigung betreffend das Projekt «SBB Projekt BEST (Beschaffung einstöckiger Standard-Triebzug)» (Projekt-ID 196345 Meldungsnummer 1105943). Darin wurden interessierte Anbieter aufgefordert, sich für einen Informationsaustausch zu melden. Sodann wurde ein Informationsaustausch mit acht interessierten Anbieterinnen durchgeführt.

B.

B.a Am 18. Mai 2020 schrieb die Vergabestelle unter dem Projekttitel «Beschaffungsprojekt Einstöckige S-Bahn-Triebzüge» einen Lieferauftrag im selektiven Verfahren aus (Projekt-ID 200990, Meldungsnummer 1122643). Gemäss Ziff. 2.6 der Ausschreibung umfasste die Beschaffung in der Grundbestellmenge insgesamt 194 Triebzüge sowie eine Optionsmenge von 316 weiteren Triebzügen und optionale Serviceverträge. Die Grundbestellmenge wurde in der Folge auf insgesamt 286 Triebzüge für den Regionalverkehr erhöht und die optionale Bestellmenge auf 224 weitere Triebzüge reduziert (vgl. Beilage 6 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021: Angebotsunterlage vom 20. November 2020, Ziff. 1.2). Gemäss Ziff. 5 der Präqualifikationsunterlage waren moderne, einstöckige, elektrische Triebzüge für den Regionalverkehr gesucht, welche eine geringstmögliche Neuentwicklung erfordern. Gegenstand der Ausschreibung war kein neukonzipiertes Fahrzeug. Vielmehr sollten die zukünftigen Triebzüge auf einem von den Antragstellern bereits im Betrieb erprobten Produkt einer Fahrzeugfamilie (Plattformfahrzeug) beruhen (vgl. Präqualifikationsunterlage Ziff. 5 gemäss Beilage 3 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021).

B.b Das Beschaffungsverfahren war in zwei Stufen unterteilt. In der ersten Stufe wurde eine Präqualifikation der Antragsteller vorgenommen (Präqualifikationsverfahren). Im Rahmen der Eignungs- bzw. Auswahlkriterien wurden die Erfahrung und spezifische Marktausrichtung der Antragsteller geprüft. Sie hatten hierfür die Kerneigenschaften ihres Plattformfahrzeuges darzulegen. Das Plattformfahrzeug des Antragstellers hatte bestmöglich den bestehenden Angebots-, Infrastruktur- und Fahrplankonzepten der zuständigen Behörden zu entsprechen. In der zweiten Stufe wurde unter den

präqualifizierten Antragstellern gemäss den Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt. Den präqualifizierten Antragstellern wurden die Angebotsunterlagen nach entsprechendem Entscheid zugestellt. In den Angebotsunterlagen wurden die Bedingungen und der Ablauf der zweiten Stufe beschrieben. Die produktspezifischen Anforderungen der Beschaffungspartner bildeten den Schwerpunkt der zweiten Stufe (vgl. Ziff. 4.6 der Ausschreibung).

B.c Nach Prüfung der Auswahlkriterien wurden drei von fünf Antragsstellern zur Angebotseinreichung für die zweite Stufe des Verfahrens eingeladen, darunter die X. _____ AG und die Y. _____ AG. Am 2. bzw. 20. November 2020 wurde ihnen die Angebotsunterlage (AGU) bzw. eine aktualisierte Version derselben zugestellt. Am 31. März 2021 teilte die Vergabestelle den Anbieterinnen eine Änderung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen mit. Alle drei Anbieterinnen reichten am 23. April 2021 fristgerecht ein Angebot ein (vgl. Angebotsunterlage [AGU] vom 20. November 2020, Ziff. 5.4 und Vorakten Ordner 12 «Öffnung der Angebote»).

B.d Sowohl mit der X. _____ AG als auch mit der Y. _____ AG wurden in der Zeitspanne von Juni-August 2021 zwei Bereinigungsrounds durchgeführt, wobei die dritte Anbieterin ausdrücklich auf eine zweite Runde verzichtete (vgl. hinten E. 4.5.2). Alle drei Anbieterinnen reichten in der Folge je ein angepasstes Angebot ein (vgl. Vorakten, Ordner 19).

B.e Mit Verfügung vom 5. Oktober 2021 teilte die Vergabestelle der X. _____ AG unter Beilage der Gesamtbewertung mit, dass sie der Y. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin, Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag erteilt habe. Zur Begründung führte die Vergabestelle an, das mit insgesamt 750 Punkten obsiegende Angebot überzeuge vor allem durch die Angaben im Zuschlagskriterium 1 «Wirtschaftlichkeit» und ebenfalls im Subzuschlagskriterium 2.1 «Projektplan».

B.f Am 12. Oktober 2021 fand ein Debriefing zwischen der Vergabestelle und der X. _____ AG statt.

C.

Gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2021 erhob die zweitplatzierte X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 25. Oktober 2021 eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

- «1. Es sei der Zuschlag der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) an die Zuschlagsempfängerin betreffend "Beschaffung Einstöckige S-Bahn-Triebzüge" (SIMAP Projekt-ID 200990) vom 5. Oktober 2021 aufzuheben.
2. Es sei das Angebot der Zuschlagsempfängerin vom Submissionsverfahren auszuschliessen und der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen.
3. Eventualiter zu Ziffer 2: Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) zurückzuweisen und es sei die Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) zu verpflichten, für die Beschaffung der in Ziffer 1 erwähnten 286 einstöckigen S-Bahn-Triebzüge den Anbietern die Möglichkeit zu geben, unter Berücksichtigung der geänderten Muss-Anforderung zur Zuverlässigkeit mit einer Angebotsfrist von mindestens vier Monaten ein neues Angebot zu den Zuschlagskriterien Zuschlagskriterium 1, Subkriterien 1.1 - 1.4, Zuschlagskriterium 2, Subkriterien 2.1 und 2.3, Zuschlagskriterium 3, Subkriterien 3.1 und 3.3, Zuschlagskriterium 4, Subkriterium 4.2 abzugeben.
4. Eventualiter zu Ziffer 2: Es sei die Sache zur Neuurteilung an die Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) zurückzuweisen und es sei die Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) zu verpflichten, für die Beschaffung der in Ziffer 1 erwähnten 286 einstöckigen S-Bahn-Triebzüge den Anbietern die Möglichkeit zu geben, mit einer Angebotsfrist von mindestens sechs Wochen (bei gleichzeitiger Gutheissung von Rechtsbegehren Ziff. 3 innert angemessener Frist im Rahmen der teilweisen Wiederholung des Verfahrens) ein neues Angebot (BAFO) abzugeben zum Zuschlagskriterium 1, Subkriterien 1.2 - 1.4.
5. Eventualiter zu Ziffer 2: Es sei die Sache zur Neuurteilung der Bewertung (i) der Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Energiekosten und Trassenpreisen (Zuschlagskriterium 1, Subkriterium 1.3), (ii) des Projektplans der Beschwerdeführerin (Zuschlagskriterium 2, Subkriterium 2.1), (iii) der Angebote anhand des von der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) verwendeten Reifegradmodells (Zuschlagskriterium 2, Subkriterium 2.2), sowie (iv) der technischen Entwicklungsfähigkeit (Zuschlagskriterium 4, Subkriterium 4.2) der im Angebot der Beschwerdeführerin offerierten Fahrzeuge und Fahrzeugkomponenten, an die Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) zurückzuweisen.
6. Es seien die Submissionsakten beizuziehen und der Beschwerdeführerin zur Einsicht zuzustellen.
7. Es sei der vorliegenden Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) damit bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu untersagen, jegliche Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Abschluss eines auf die unberechtigte Vergabe folgenden Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin, zu treffen.
8. Eventualiter zu Ziff. 7, für den Fall, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin bereits verfrüht abgeschlossen wurde:
 - a. es sei der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme superprovisorisch zu verbieten, Handlungen unter dem Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin vorzunehmen; und
 - b. es sei der zwischen der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) und der Zuschlagsempfängerin geschlossene Vertrag über die Bestellung von 286 einstöckigen S-Bahn-Triebzügen aufzuheben.
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin (recte: Vergabestelle) und, soweit sie sich am vorliegenden Prozess beteiligt, solidarisch der Zuschlagsempfängerin.»

In der Hauptsache wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle im Wesentlichen vor, sie habe zwei Verfahrensfehler begangen und damit in zweifacher Hinsicht gegen mehrere Ziele und Grundsätze des Vergaberechts verstossen, nämlich gegen die Verbindlichkeit der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen, das Transparenzgebot, die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel und gegen die «Bezuschlagung» des wirtschaftlich günstigsten Angebots.

Zum einen habe die Vergabestelle die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere die Angebotsunterlage (im Folgenden: AGU; Ziff. 5.2) in unzulässiger Weise ausgelegt, indem sie die Möglichkeit, im Anschluss an die Bereinigungs- und Verhandlungsrunden eine «Best and Final Offer» (im Folgenden: BAFO) abzugeben, lediglich auf das Subkriterium (SubK) 1.1 beschränkt und nicht auf alle vier SubK vom Zuschlagskriterium (ZK) 1 zugelassen habe.

Zum anderen habe die Vergabestelle die Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen dreieinhalb Wochen vor Angebotsabgabetermin und nach bereits durchgeführter Frage-und-Antwort-Runde herabgesetzt und somit rechtswidrig geändert. Die Herabsetzung der Anforderungen an die Zuverlässigkeit widerspreche den Pünktlichkeitszielen der Vergabestelle, verändere die optimale Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit, lasse sich auf keinen sachlichen Grund stützen und könne - unter Missachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Anbieter - nur der Privilegierung der Zuschlagsempfängerin gedient haben. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass die Zuschlagsempfängerin – im Unterschied zu ihr – die ursprünglichen Muss-Anforderungen nicht erfüllt habe, weshalb ihr Angebot vom Submissionsverfahren auszuschliessen gewesen wäre. Ein solcher Verfahrensfehler müsse zur Aufhebung des Zuschlags und zur Anwendung der ursprünglichen Muss-Anforderung an die Zuverlässigkeit führen. Weil die Beschwerdeführerin nicht nur die alte, sondern auch die neue Muss-Anforderung erfülle, sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Selbst wenn die nachträgliche Herabsetzung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit als zulässig zu betrachten wäre, so hätte die Vergabestelle den Anbieterinnen die Frist für die Überarbeitung der Angebote verlängern müssen. Denn es sei technisch ausgeschlossen, in nur dreieinhalb Wochen ein Angebot neu so zu optimieren, dass es bei der Wirtschaftlichkeit besser abschneide und dafür gegebenenfalls Abstriche bei der Zuverlässigkeit mache. Durch die unterlassene Verlängerung der Angebotsfrist habe die Vergabestelle einen weiteren Verfahrensfehler begangen.

Ausserdem bringt die Beschwerdeführerin verschiedene Bewertungsrügen vor. Sie macht diesbezüglich geltend, die Vergabestelle habe mehrfach ihr Ermessen in rechtsfehlerhafter Weise ausgeübt und dadurch Bundesrecht verletzt. Die Vergabestelle habe das angebotene Fahrzeug der Beschwerdeführerin bzw. der Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Energiekosten und der Trassenpreise (ZK 1, SubK 1.3) rechtsfehlerhaft zu schlecht bzw. zu hoch bewertet. Auch habe sie den Projektplan der Beschwerdeführerin (ZK 2, SubK 2.1), den Reifegrad der von ihr angebotenen Fahrzeugkomponenten (ZK 2, SubK 2.2) und die technische Entwicklungsfähigkeit der von ihr angebotenen Fahrzeuge und Fahrzeugkomponenten (ZK 4, SubK 4.2) rechtsfehlerhaft zu tief bewertet.

Zur Untermauerung ihrer Darstellungen reicht die Beschwerdeführerin 28 Beilagen ein und stellt zudem diverse Beweisanträge (Gutachten, Parteibefragungen).

D.

Mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2021 wurden der Vergabestelle bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung superprovisorisch alle Vollzugsvorkehrungen untersagt, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Im Weiteren wurde die Vergabestelle aufgefordert, bis zum 12. November 2021 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, innert gleicher Frist ebenfalls eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen einzureichen.

E.

Mit Eingabe vom 3. November 2021 hat die Zuschlagsempfängerin erklärt, ihre Parteirechte im vorliegenden Verfahren wahrnehmen zu wollen. Sodann hat sie um Zustellung der Beilagen inkl. Beilagenverzeichnis der Beschwerde vom 25. Oktober 2021 gebeten sowie die separate Stellung der prozessualen und materiellen Anträge in Aussicht gestellt. Als Folge davon wurden ihr mit Verfügung vom 4. November 2021 die Beschwerdebeilagen in der für sie bestimmten Version übermittelt.

F.

Mit Verfügung vom 10. November 2021 wurde den Verfahrensbeteiligten der Wechsel der Instruktionsrichterin angezeigt. Zugleich wurden die in der Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2021 angesetzten Fristen für die Einreichung einer Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen bzw. der Vorakten abgenommen und eine neue Frist auf den 15. Dezember 2021 angesetzt. Dabei erhielten die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin die Gelegenheit, in ihren Eingaben auch zur Hauptsache Stellung zu nehmen.

G.

Am 12. November 2021 reichte die Vergabestelle das Vergabedossier (ausschliesslich auf USB-Sticks) und eine Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen inkl. Beilagen 1-30 in einer ungeschwärzten Version (für das Gericht) und einer geschwärzten Version (für die übrigen Verfahrensbeteiligten) ein.

G.a In der Hauptsache schliesst die Vergabestelle auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Betreffend das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin beantragt die Vergabestelle, die Akteneinsicht sei, über die mit der Stellungnahme zugestellten Beilagen hinaus, erst nach dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu gewähren und nur soweit keine überwiegenden Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Im Weiteren sei auf die Einholung der von der Beschwerdeführerin beantragten technischen Gutachten und Parteibefragungen einstweilen zu verzichten.

G.b

G.b.a Die Vergabestelle erachtet die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend eine unzulässige Beschränkung der Preisofferte auf die Investitionskosten für unbegründet. Sowohl mit der Beschwerdeführerin als auch mit der Zuschlagsempfängerin seien von Juni bis August 2021 zwei mehrtägige Bereinigungsrounds durchgeführt worden. Verhandlungen im Sinne von reinen Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrounds seien demgegenüber nicht vorgesehen gewesen und eine BAFO sei in den Ausschreibungsunterlagen wörtlich nicht erwähnt worden. Ein bedingungsloser und genereller Anspruch auf Einreichung einer vollständig neuen Preisofferte unabhängig von Änderungen des Leistungsgegenstands könne aus ihrer

Sicht weder aus der Ausschreibung noch aus Ziff. 5.2 AGU und ebenso wenig aus der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 abgeleitet werden. Insbesondere Ziff. 5.2 AGU habe die Möglichkeit der Anbieterinnen, ihre Angebote nachträglich abzuändern, klar beschränkt. Die nachträgliche Abänderung der Angebote und die Unterbreitung einer neuen Preisofferte seien zwar möglich gewesen, jedoch nur sofern und soweit die Ausschreibungsunterlagen und der Werklieferungsvertrag [im Folgenden: WLV] im Rahmen der Angebotsbereinigung geändert worden seien und solche Anpassungen eine Änderung der Angaben im Preisblatt gemäss Beilage 10.1 (Investitionskosten gemäss SubK 1.1) nach sich gezogen hätten. Die Vergabestelle habe auch zu Beginn der Angebotsbereinigung erneut darauf hingewiesen, dass keine uneingeschränkte neue Preisofferte eingereicht werden könne. Die beschränkte Möglichkeit nachträglicher Offertanpassungen sei ausschreibungskonform umgesetzt worden. Sämtlichen Anbieterinnen sei in einem ersten Schritt im Rahmen der beiden Bereinigungsrunden Gelegenheit gegeben worden, die unter SubK 1.2 bis 1.4 bewerteten Angaben anzupassen. Auch die Beschwerdeführerin habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Sodann hätten die Anbieterinnen nach Abschluss der Bereinigungen und aufgrund der erfolgten Änderungen des WLV die Investitionskosten, die im Rahmen von SubK 1.1 bewertet worden seien, neu berechnen und offerieren können. Diejenigen Punkte, die eine Änderung der Angebotsunterlagen bzw. des WLV erfahren hätten, ergäben sich aus den Feststellungen in den Bereinigungsprotokollen. Durch die Anpassungsmöglichkeiten habe das neue Angebot der Beschwerdeführerin um insgesamt 91 Punkte besser bewertet werden können als das ursprüngliche Angebot, wohingegen das Angebot der Beschwerdegegnerin im Rahmen der Angebotsbereinigung 38 Punkte eingebüsst habe.

G.b.b Die Vergabestelle macht weiter geltend, die von ihr vorgenommene Korrektur der Muss-Anforderungen beruhe auf sachlichen Gründen. Die ursprünglich fehlerhafte Definition der Muss-Anforderungen hänge damit zusammen, dass Anhang 4 zum WLV (insbesondere Ziff. 15.3.2.1 Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen) und Anhang 18 bzw. die Definition von SubK 2.3 (Zusicherung betreffend Zuverlässigkeit) nicht korrekt miteinander abgeglichen worden seien. Das habe zur unlogischen und widersprüchlichen Situation geführt, dass Anbieterinnen im Rahmen der Bewertung des SubK 2.3 Punkte hätten erzielen können, ohne überhaupt die Muss-Anforderungen zu erfüllen. Deshalb habe sich eine Anpassung der Muss-Anforderungen an die «Untergrenze» des Bewertungskriteriums SubK 2.3 aufgedrängt. Entgegen der Behauptungen der Beschwerdeführerin habe diese Korrektur zu keiner Veränderung der Balance zwischen

Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit geführt, zumal die Bewertung des SubK 2.3 nicht verändert worden sei. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin habe die Zuschlagsempfängerin selbst im Zeitpunkt der Erstofferte die ursprünglichen strengen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen erfüllt. Damit sei die Rüge der Beschwerdeführerin widerlegt, wonach die Anpassung der Muss-Anforderungen zu einer unzulässigen Privilegierung der Zuschlagsempfängerin geführt habe. Vielmehr wäre die Beschwerdeführerin bei den ursprünglichen Muss-Anforderungen auszuschliessen gewesen. Folglich habe sie kein praktisches Rechtsschutzinteresse an der Beibehaltung der ursprünglichen Muss-Anforderungen und am Ausschluss der Zuschlagsempfängerin, weshalb auf die diesbezüglichen Rügen und Anträge nicht einzutreten sei. Ungeachtet der Beschwerdelegitimation erfolgten die Rügen der Beschwerdeführerin verspätet und seien treuwidrig. Denn die Beschwerdeführerin habe weder während den Bereinigungsrunden noch im Rahmen der Angebotspräsentation geltend gemacht, dass sie wegen der erfolgten Anpassung weitere Angaben und Dokumente habe ändern müssen. Umso überraschender sei für die Vergabestelle, dass die Beschwerdeführerin diese Rüge erst im Beschwerdeverfahren erhoben habe. Bei dieser Ausgangslage könne auf die von der Beschwerdeführerin beantragten Parteibefragungen oder technischen Gutachten verzichtet werden.

G.b.c Schliesslich weist die Vergabestelle sämtliche Bewertungsrügen der Beschwerdeführerin im Rahmen der Subkriterien SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreise), SubK 2.1 (Projektplan), SubK 2.2 (Reifegrad) und SubK 4.2 (technische Entwicklungsfähigkeit) zurück. Die Vergabestelle habe die vorgenommene Bewertung der genannten Kriterien nachvollziehbar begründet und sich stets im Rahmen des ihr zuerkannten Ermessens bewegt. Weitere Beweiserhebungen würden sich daher auch diesbezüglich erübrigen.

H.

Mit Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 12. November 2021 beantragt die Beschwerdegegnerin, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen und dem Akteneinsichtsgesuch sei nur insoweit stattzugeben, als dieses keine Geschäftsgeheimnisse verletzt. Ferner beantragt sie, ihr nach erfolgter Einsicht in die Vergabeakten gemäss den Vorschlägen der Vergabestelle bzw. nach Konkretisierung der Einsichtsbegehren durch die Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme bzw. Ergänzung ihrer Anträge zu geben und

den Entscheid über die Akteneinsicht in das Hauptverfahren zu verschieben. In der Hauptsache beantragt sie die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 15. November 2021 hat das Bundesverwaltungsgericht die Stellungnahme der Vorinstanz (in der geschwärzten Version) und diejenige der Beschwerdegegnerin zu den prozessualen Anträgen inkl. Beilagen den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt und weiter festgehalten, dass die gemäss Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung vom 10. November 2021 angesetzte Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort zur Hauptsache bestehen bleibt.

J.

Mit Eingabe vom 23. November 2021 verzichtet die Vergabestelle einstweilen auf weitere Ausführungen zum Materiellen. Insbesondere verweist sie für die Begründung ihrer Rechtsbegehren auf ihre Stellungnahme zu den prozessualen Anträgen vom 12. November 2021 und behält sich ergänzende Ausführungen im Rahmen allfälliger weiterer Schriftenwechsel ausdrücklich vor.

K.

Mit Beschwerdeantwort vom 24. November 2021 hält die Beschwerdegegnerin an den bereits gestellten Rechtsbegehren fest. Sie erachtet die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verfahrensfehler und Bewertungsrügen für offensichtlich unbegründet.

L.

Mit Verfügung vom 25. November 2021 hat das Bundesverwaltungsgericht je einen Stick der Vergabeakten in der Version für die Beschwerdeführerin bzw. für die Beschwerdegegnerin der betreffenden Partei geschickt. Zeitgleich wurden je ein Doppel der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. November 2021 sowie der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin vom 24. November 2021 (inkl. Beilagenverzeichnis und Beilage 1) den Verfahrensbeteiligten je wechselseitig zur Kenntnis zugestellt.

M.

Mit innert einmal erstreckter Frist eingereichter Replik vom 17. Dezember 2021 ergänzt die Beschwerdeführerin ihre bereits gestellten Rechtsbegehren. Für den Fall, dass sich im Rahmen der Akteneinsicht ergeben sollte,

dass die Evaluation unter Mitwirkung befangener Personen stattgefunden hat, beantragt sie die erneute Durchführung der Evaluation unter Ausschluss solcher Personen. Im Weiteren sei die Vergabestelle zu verpflichten, die Namen aller an der Evaluation der Offerten beteiligten Personen offenzulegen und die diesbezüglichen Unterlagen erneut – ohne Schwärzungen – einzureichen und der Beschwerdeführerin unter Ansetzung einer Frist zur Ergänzung der Replik zuzustellen. Die Beschwerdeführerin beharrt auf der Notwendigkeit der Abnahme der von ihr in der Beschwerde beantragten Beweismittel.

M.a Die Beschwerdeführerin erachtet die nachträgliche Beschränkung der neuen Preisofferte auf die Investitionskosten gemäss SubK 1.1 nach wie vor für unzulässig. Die Unzulässigkeit ergebe sich bereits aus der Argumentation der Vergabestelle, wonach Anpassungen bei den SubK 1.2-1.4 gänzlich losgelöst von solchen bei SubK 1.1 vorgenommen und evaluiert werden sollten. Damit übersehe die Vergabestelle, dass jede Änderung am Leistungsgegenstand sich auf jedes der SubK als Ganzes auswirke und die Auswirkungen nur im jeweiligen SubK adäquat berücksichtigt werden könnten. Das lasse sich am Beispiel der Anpassungen der Türsysteme veranschaulichen. Die Behauptung der Vergabestelle, die SubK 1.2-1.4 liessen sich unabhängig bewerten, sei deshalb unzutreffend und mit der vorgegebenen Struktur der Angebote nicht vereinbar. Ferner ergebe sich die Unzulässigkeit der Beschränkung der neuen Preisofferte aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der Formulierungen in den Ausschreibungsunterlagen in guten Treuen habe davon ausgehen dürfen, die neue «Preisofferte» beziehe sich auf alle Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1. Der Interpretation der Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 5.2 AGU) und der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 durch die Vergabestelle könne daher nicht gefolgt werden. Vertrauensrechtlich genüge, dass eine neue Preisofferte angekündigt worden sei. Die Einwände der Vergabestelle, der Begriff «BAFO» erscheine nicht in den Ausschreibungsunterlagen bzw. sie habe der Beschwerdeführerin eingangs der ersten Angebotsbereinigung erklärt, dass keine uneingeschränkte neue Preisofferte eingereicht werden könne, seien demnach unerheblich. Gleiches gelte ebenfalls für das Argument, dass die Beschwerdeführerin ihre Bewertung im Laufe der Bereinigungsrunden habe verbessern können.

M.b Die Beschwerdeführerin hält an ihren Rügen bezüglich grundloser und sachwidriger Änderung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen (ad ZK 2, SubK 2.3) fest und bezeichnet die entsprechenden Entgegnungen der anderen Verfahrensbeteiligten als nicht stichhaltig. Erstens

habe kein Widerspruch zwischen den ursprünglichen Muss-Anforderungen und den Zuverlässigkeitszielen gemäss AGU bestanden. Denn ein Anbieter, der nur eine Muss-Anforderung nicht erfülle, werde noch vor einer umfassenden Bewertung seiner Offerte vom Verfahren ausgeschlossen und könne daher auch keine Punkte erhalten. Und selbst bei den geänderten Muss-Anforderungen sei es weiterhin möglich, ein Angebot beim SubK 2.3 mit Punkten zu bewerten, obwohl es die Muss-Anforderungen nicht erfülle. Zweitens hätten die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin nicht belegt, dass die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen erfüllt habe. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin beim SubK 2.3 keine Punkte erhalten habe, stelle ein gewichtiges Indiz gegen die Nichterreicherung dieser Muss-Kriterien dar. Drittens habe die Vergabestelle keinen Nachweis dafür erbracht, dass ein zwingend zu korrigierender Fehler vorgelegen habe. Es bleibe weiterhin unerfindlich, wie sich eine Herabsetzung der Anforderungen an die Zuverlässigkeit mit den Pünktlichkeitszielen der Vergabestelle vertragen solle. Viertens sei die Bestreitung der Legitimation der Beschwerdeführerin durch die anderen Verfahrensbeteiligten unzutreffend, denn diese hätte die ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen erfüllen können, falls dies verlangt gewesen wäre. Fünftens sei der Vorwurf treuwidrigen Verhaltens insofern haltlos, als nach der Rechtsprechung von einer Anbieterin nicht verlangt werden könne, sich gegen in letzter Minute erfolgte Änderungen gerichtlich zu wehren und dadurch den Unmut der Vergabestelle nach sich zu ziehen. Sechstens hält die Beschwerdeführerin die Zeitspanne zwischen der geänderten Muss-Anforderung und der Angebotsabgabe als viel zu kurz, um die Fahrzeugkonfiguration an die geänderten Werte anzupassen.

M.c Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin die Bewertung der Offerten in den von ihr beanstandeten Subkriterien erneut als rechtsfehlerhaft an. Im Zusammenhang mit den Bewertungsrügen steht der Antrag der Beschwerdeführerin auf erweiterte Akteneinsicht, insbesondere auf die Offenlegung der Namen der Personen, welche die Offerte bewertet haben und Zustellung der fehlenden Unterlagen betreffend die SubK 4.1, 4.3 und 4.4.

N.

Mit innert einmal erstreckter Frist eingereichter Duplik vom 28. Januar 2022 (in einer Version zuhanden des Gerichts und einer zuhanden der Parteien) bestätigt die Vergabestelle die bereits gestellten Anträge.

N.a In formeller Hinsicht erklärt sich die Vergabestelle in Ziff. 15 der Duplik bereit, eine Liste mit den Namen der an der Evaluation beteiligten Personen offenzulegen. Sie begründet die gewählte Vorgehensweise damit, dass die in den Vergabeakten vorgenommenen Schwärzungen aus technischen Gründen nicht einzeln rückgängig gemacht werden könnten und das Gericht die Möglichkeit habe, die Liste anhand der ungeschwärzten Vergabeakten zu überprüfen. Im Weiteren erläutert die Vergabestelle die Gründe für das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Fehlen der Vergabeakten betreffend die SubK 4.1, 4.3 und 4.4 (vgl. hinten E. 7.2). Aus Sicht der Vergabestelle ist der relevante Sachverhalt erstellt, womit sich weitere Beweismassnahmen erübrigen würden.

N.b In materieller Hinsicht wirft die Vergabestelle der Beschwerdeführerin vor, diese stütze sich weiterhin auf keine fundierten Argumente.

N.b.a Soweit die Beschwerdeführerin davon ausgehe, dass sie am Ende der Offertbereinigung nochmals eine integral überarbeitete Offerte hätte einreichen dürfen, widerspreche dieser Anspruch nicht nur den beschaffungsrechtlichen Grundsätzen, sondern auch den klaren Vorgaben der Vergabestelle. Eine Anpassung der offerierten Preise und Kosten sei nur möglich gewesen, soweit Anpassungen am Leistungsgegenstand bzw. den vertraglichen Bedingungen erfolgt seien. Die Vergabestelle habe bewusst keine Preisverhandlungen bzw. Abgebotsrunden vorgesehen, da Abgebotsrunden den mit der Angebotseingabe offerierten Preisen jede Verbindlichkeit genommen und das Verfahren ungebührlich verlängert hätten. Im Weiteren erachtet die Vergabestelle die heutigen Behauptungen der Beschwerdeführerin, es wäre weitergehender Anpassungsbedarf angefallen, (namentlich bezüglich der Türsysteme), dem erst mit einer finalen Preisofferte hätte begegnet werden können, für nicht stichhaltig, falsch und unglaubwürdig. Aus einer Reihe konkreter Beispiele leitet die Vergabestelle ab, dass sie den Anbieterinnen im Rahmen der Bereinigung stets die Möglichkeit zur Anpassung weiterer Beilagen gewährt habe, soweit die Anpassungen einen konkreten Zusammenhang zur vorgenommenen Bereinigung aufgewiesen hätten. Auch die Beschwerdeführerin habe von dieser Möglichkeit rege Gebrauch gemacht, ausgenommen bei den Türsystemen. Schliesslich beteuert die Vergabestelle ihre Auffassung, wonach die Beschwerdeführerin ihren Anspruch auf Einreichung einer umfassenden Preisofferte nicht aus der Ausschreibung, den Ausschreibungsunterlagen und der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 ableiten könne. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin in ihrer Replik ausdrücklich die Tatsache anerkannt, dass sowohl die SubK 1.2 bis 1.4 in einem ersten Schritt als auch das

SubK 1.1 in einem zweiten Schritt neu hätten kalkuliert und offeriert werden können.

N.b.b Die Vergabestelle hält an ihrer Argumentation fest, dass sie mit der Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele einen offensichtlichen Widerspruch zwischen den Werten gemäss ursprünglichen Muss-Anforderungen und denjenigen gemäss den Bewertungskriterien beseitigt habe. Für die Anpassung sei entscheidend gewesen, dass es keinen Sinn mache, Punkte zu verteilen, wenn nicht einmal die Muss-Anforderungen erfüllt seien. Die Korrektur im Sinne der Angleichung der Muss-Anforderungen an die Untergrenze des SubK 2.3 sei mehrere Wochen vor Ende der Angebotsfrist allen Anbieterinnen gleichzeitig und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bekanntgemacht worden. Soweit die Beschwerdeführerin anhand des von ihr angeführten Beispiels aufzuzeigen versuche, dass es auch mit den angepassten Zuverlässigkeitszielen noch möglich wäre, beim SubK 2.3 Punkte zu erhalten, ohne die Muss-Anforderungen zu erfüllen, könne sie mit ihren rein hypothetischen und praxisfremden Argumenten an der sachlichen Begründetheit der Korrektur nichts ändern. Nachdem das Angebot der Zuschlagsempfängerin – im Unterschied zu demjenigen der Beschwerdeführerin – die ursprünglichen Muss-Anforderungen eingehalten habe, erweise sich der Vorwurf der Beschwerdeführerin betreffend eine Privilegierung der Beschwerdegegnerin ohnehin als unbegründet. Vielmehr sei es die Beschwerdeführerin gewesen, die von der Anpassung profitiert habe. Wären die ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte beibehalten worden, hätte ihr Angebot ausgeschlossen werden müssen. Ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin sei deshalb nicht erkennbar und auf die Rüge der Privilegierung der Beschwerdegegnerin könne nicht eingetreten werden. Für die sachliche Begründetheit und Nachvollziehbarkeit der Korrektur der Muss-Anforderungen spreche auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin hiergegen während des Vergabeverfahrens keine Einwände erhoben habe. Vor dem Hintergrund, dass sie in den zahlreichen Interaktionen mit der Vergabestelle kein Wort dazu verloren habe, was auffällig mit ihren vielen anderen Interventionen (gemäss Rz. 148 f. in der Duplik) in Widerspruch stehe, erscheine die Rüge der Beschwerdeführerin auch als treuwidrig und verspätet. Schliesslich weist die Vergabestelle den Vorwurf der Kurzfristigkeit der Korrektur der Ausschreibungsunterlagen zurück. Die Anpassung sei gegenüber allen Anbieterinnen gleichzeitig angekündigt worden und unter Wahrung der Vergabegrundsätze erfolgt. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum all-

fälligen Optimierungspotential ihrer Fahrzeuge seien vor diesem Hintergrund unerheblich. Selbst wenn diese als substantiiert zu betrachten wären, hätte ihr dies keine wesentlichen Punktegewinne eingebracht.

N.b.c Bezüglich der Bewertungsrügen stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Replik kein Argument vorgetragen habe, das die Ermessensausübung der Vergabestelle als rechtsfehlerhaft erscheinen lasse.

O.

Mit innert einmal erstreckter Frist eingereichter Duplik vom 28. Januar 2022 (in einer ungeschwärzten Version zuhanden des Gerichts und der Vergabestelle sowie in einer geschwärzten Version zuhanden der Beschwerdeführerin) erneuert die Beschwerdegegnerin ihr Rechtsbegehren auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei und ergänzt ihre prozessualen Anträge in dem Sinne, dass die Beweisanträge der Beschwerdeführerin bezüglich der angebotenen Parteibefragungen und technischen Gutachten sowie der beantragten Edition von Plan- und Angebotsentwürfen abzulehnen seien, eventualiter dass über diese Beweisanträge nach dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung zu entscheiden sei. Bezüglich der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verfahrensfehler und Bewertungsrügen übernimmt die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen die Argumente der Vergabestelle und schliesst auf Unbegründetheit der Beschwerde.

P.

Auf Aufforderung der Instruktionsrichterin vom 2. Februar 2022 hat die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 7. Februar 2022 einer teilweisen Offenlegung der Beilage 41 zur Duplik der Vergabestelle vom 28. Januar 2022 (Beilage 18.1 zum WLV der ersten Offerte der Zuschlagsempfängerin mit den angebotenen Zuverlässigkeitswerten) zugestimmt und aufgrund des vertraulichen Charakters des Beweismittels zwei eigene Abdeckungsvorschläge (Anlage 1 und 2) eingereicht.

Q.

Mit Verfügung vom 9. Februar 2022 wurde der Beschwerdeführerin die Eingabe der Zuschlagsempfängerin vom 7. Februar 2022 übermittelt und Einsicht in die Beilage 41 zur Duplik der Vergabestelle in der geschwärzten Version gemäss Anlage 2 der erwähnten Eingabe gewährt. Ausserdem erhielt sie Gelegenheit zur Stellungnahme zur Duplik der Vergabestelle und

der Beschwerdegegnerin, je vom 28. Januar 2022 und in der für die Beschwerdeführerin bestimmte Version, sowie zur Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 7. Februar 2022.

R.

Mit Triplik vom 23. Februar 2022 hält die Beschwerdeführerin an den mit der Replik vom 17. Dezember 2021 eingereichten Rechtsbegehren und prozessualen Anträgen fest und verweist im Wesentlichen auf ihre Ausführungen in ihrer Beschwerde bzw. Replik.

R.a Die Beschwerdeführerin wiederholt ihre Einwände betreffend die unzulässige Verweigerung einer umfassenden neuen Preisofferte und unzulässige Beschränkung der nachträglichen Preisofferte auf die Investitionskosten gemäss SubK 2.1. Sie beteuert, dass sie die Formulierung in Ziff. 5.2 der AGU nur so habe verstehen dürfen und müssen, dass eine neue umfassende Preisofferte über alle vier Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 zugelassen werde. Insofern stelle Ziff. 5.2 AGU eine Ausnahme vom Grundsatz der Stabilität der Angebote dar. Die Möglichkeit einer umfassenden neuen Preisofferte auch über die nicht besprochenen Elemente der Offerte sei von eminenter Bedeutung gewesen, weil sich die anlässlich der Angebotsbereinigung besprochenen Punkte auch auf zahlreiche andere Elemente der Offerte und auf die Preisgestaltung insgesamt ausgewirkt hätten. Der Hinweis der Vergabestelle, wonach die Anbieter gleich zu Beginn der Angebotsbereinigung über die Unzulässigkeit von uneingeschränkten neuen Preisofferten informiert worden seien, sei zu spät erfolgt und nur deshalb nötig gewesen, weil die AGU durchaus im Sinne der Beschwerdeführerin hätten ausgelegt werden dürfen und müssen. Die Möglichkeit der Anpassung der SubK 1.2-1.4 in einer ersten Phase und des SubK 1.1 in einer zweiten vermöge nichts am Umstand zu ändern, dass der Beschwerdeführerin entgegen der Ankündigung in den AGU die Einreichung einer umfassenden neuen Preisofferte verweigert worden sei. Bei den von der Vergabestelle angeführten Beispielen zur Untermauerung, dass die Beschwerdeführerin nach Geltendmachung eines mehrfachen Anpassungsbedarfs an Beilagen und Subkriterien in den Bereinigungsrounden Anpassungen habe vornehmen dürfen, habe es sich immer nur um partielle Anpassungen gehandelt. Diese böten keine Rechtfertigung für die gerügte unzulässige Verweigerung einer umfassenden neuen Preisofferte.

R.b

R.b.a Die Beschwerdeführerin sieht nach wie vor keinen sachlichen Grund für eine Änderung der Muss-Kriterien für die Zuverlässigkeitsziele. Der von der Vergabestelle genannte Widerspruch könne gar nicht bestehen, da bei Nichterfüllung der Muss-Anforderungen ein Angebot nicht bepunktet würde und auszuschliessen wäre. Würde der Argumentation der Vergabestelle gefolgt, könnte man sich fragen, wieso anstelle der Muss-Anforderungen bezüglich der Zuverlässigkeitsziele nicht das Bewertungsraster zu SubK 2.3 geändert worden sei.

R.b.b Die Beschwerdeführerin kann auch nach teilweiser Offenlegung des entsprechenden Zahlmaterials nicht nachvollziehen, dass die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen erfüllt habe. Einerseits habe die Beschwerdegegnerin, trotz der teilweise wesentlichen Unterscheidungen zwischen den Triebzügen-Subtypen 1a/1e und 2a/2b, für alle vier Subtypen fast identische und sehr nahe beieinanderliegenden Werte präsentiert. Andererseits dränge die tatsächliche Bewertung des Angebots der Beschwerdegegnerin beim SubK 2.3 mit null Punkten den Schluss auf, dass die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Anforderungen ebenfalls nicht erfüllt hätte. Dies weil die Vergabestelle zwischen der Angebotsabgabe und der Bewertung den Katalog mit der Zuordnung der verschiedenen Störungen zu den Störungsklassen wesentlich verändert habe. Zum einen sei der Katalog neu als abschliessend und nicht mehr nur als beispielhaft erklärt worden. Zum anderen seien Störungen mit Zeitverlusten von unter drei Minuten einer tieferen Störungsklasse zugewiesen worden. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätten die Zuverlässigkeitswerte der Beschwerdegegnerin bei einer solchen Lockerung der Anforderungen besser werden müssen.

R.b.c Die Beschwerdeführerin hält die Zweifel der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin an ihrer Beschwerdelegitimation nach wie vor für unberechtigt. Weiter weist die Beschwerdeführerin die Vorwürfe der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin zurück, sie habe nach der Kommunikation der Änderung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit nicht reagiert und ein treuwidriges Verhalten manifestiert.

R.b.d Die Beschwerdeführerin beanstandet erneut die viel zu kurze Zeitspanne zwischen der Änderung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit und der Angebotsabgabefrist. Diese habe keine Anpassungen am

Fahrzeugkonzept mehr ermöglicht. In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin eine von ihr selbst erstellte Liste ins Recht gelegt, die ihrer Ansicht nach aufzeigen soll, auf welche Dokumente sich die geänderten Muss-Anforderungen ausgewirkt hätten. Ferner bestreitet die Beschwerdeführerin die Darstellung der Vergabestelle, die Beschwerdeführerin hätte auch noch im Rahmen der Angebotsbereinigung ihr ganzes Fahrzeugkonzept anpassen können. Dies sei schwierig, da einerseits die Anpassungen des Angebots erhebliche Auswirkungen auf den Preis gehabt hätten und da andererseits die Vergabestelle eine umfassende neue Preissofferte nicht zugelassen und punktuelle Anpassungen der Offerte nur im Rahmen der Bereinigungsrounden erlaubt habe, wobei für Anpassungen in der Bereinigungsphase lediglich eine Frist von 10 Tagen gewährt worden sei.

R.c Die Beschwerdeführerin stellt sich schliesslich auf den Standpunkt, dass auch die in der Duplik von der Vergabestelle vorgetragenen Argumente die von der Beschwerdeführerin geäusserte Kritik an der Bewertung der Offerten in den Subkriterien «Energie und Trassenpreis», «Projektplan», «Reifegrad» und «Technische Entwicklungsfähigkeit» nicht entkräften könnten.

S.

Mit Quadruplik vom 17. März 2022 hält die Vergabestelle an ihren gestellten Rechtsbegehren und prozessualen Anträgen fest und äussert sich entsprechend der Aufforderung der Instruktionsrichterin in der Verfügung vom 25. Februar 2022 insbesondere nochmals zur Notwendigkeit der Änderung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen sowie zu den Randziffern der Triplik betreffend den Vorwurf der ausgebliebenen Verlängerung der Angebotsfrist.

T.

Mit Quadruplik vom 17. März 2022 geht die Beschwerdegegnerin auf ausgewählte Punkte der Triplik der Beschwerdeführerin ein und ersucht um Gutheissung der bereits gestellten Anträge.

U.

Mit Quintuplik vom 4. April 2022 hält die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Rechtsbegehren und Beweisanträgen fest und fasst ihre Argumente nochmals kurz zusammen.

V.

Mit Verfügung vom 7. April 2022 wurden der Beschwerdeführerin die geschwärzten Fassungen der Quadrupliken der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin zur Kenntnis gebracht. Sodann wurde den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren kein weiterer Schriftenwechsel vorgesehen sei.

W.

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

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

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4, E. 1.1 mit Hinweisen "Publicom").

1.1 Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA 2012, SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 18. Mai 2020. Damit sind die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB [AS 1996 508 ff.]) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB [AS 1996 518 ff.]).

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a aBöB).

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

2.

2.1 Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der aVöB geregelt. Das aBöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB 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 (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG [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 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG), diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem aBöB direkt unterstellt (vgl. Art. 2a Abs. 1 Bst. a aVöB; Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 23. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind die Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b aVöB). Es genügt, wenn die Leistungen dem Bahnbetrieb

funktional dienen, wobei der Begriff "unmittelbar" dabei nicht zu eng, sondern im Lichte des übergeordneten Staatsvertragsrechts auszulegen ist (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 158). Der von der Vergabestelle ausgeschriebenen Lieferung der einstöckigen S-Bahn-Triebzüge ist ein unmittelbarer funktionaler Zusammenhang mit dem Verkehrsbereich zuzusprechen. Die streitbetreffende Vergabe fällt demnach in den Anwendungsbereich des aBöB.

2.3 Gemäss Ziff. 1.8 der Ausschreibung wurde vorliegend ein Lieferauftrag ausgeschrieben, der in sachlicher Hinsicht grundsätzlich dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem aBöB unterstellt ist (Art. I Ziff. 2 GPA 1994).

2.4 Der Preis des berücksichtigten Angebots beträgt [...] (vgl. Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2021) und liegt damit deutlich über dem für Lieferungen und Dienstleistungen (im Auftrag einer Auftraggeberin nach Art. 2 Abs. 2 aBöB) geltenden Schwellenwert von Fr. 700'000.– (Art. 6 Abs. 1 Bst. b aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung [WBF] über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 vom 19. November 2019 [AS 2020 4165]).

2.5 Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018, auszugsweise publiziert als BVGE 2018 IV/2, nicht publizierte E. 1.2 "Produkte zur Innenreinigung I", B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 2.5).

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

3.

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). 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 ist formell beschwert, denn sie hat als Offertantin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Auch ist sie durch die angefochtene Verfügung, mit welcher der Zuschlag nicht ihr, sondern einer Mitbewerberin erteilt wurde, besonders berührt.

3.2 Ein schutzwürdiges Interesse hat ein unterlegener Anbieter praxisgemäss nur dann, wenn er bei Gutheissung seiner Anträge eine reelle Chance besitzt, selbst den Zuschlag zu erhalten, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem er ein neues Angebot einreichen kann (BGE 141 II 14 E. 4 ff. m.w.H. "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-6295/2017 vom 25. Februar 2020 E. 3.2 und B-7133/2014 vom 26. Mai 2015 E. 1.2). Diese Frage ist aufgrund der von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten.

3.3 Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin verlangt als Hauptbegehren die Aufhebung der Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2020 sowie den Ausschluss des Angebots der Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren und die Erteilung des Zuschlags direkt an sich selbst. In den Eventualbegehren beantragt sie eine Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Neubeurteilung und Bewertung der Angebote (beschränkt auf die SubK 1.3, 2.1, 2.2 und 4.2), mit der Anweisung, den Anbietern die Möglichkeit zu geben, unter Berücksichtigung der geänderten Muss-Anforderung zu den Zuverlässigkeitszielen mit einer Angebotsfrist von mindestens vier Monaten bzw. mindestens sechs Wochen ein neues Angebot zu den Zuschlagskriterien 1 (SubK 1.1-1.4), 2 (SubK 2.1 und 2.3), 3 (SubK 3.1 und 3.3) und 4 (SubK 4.2) bzw. ein neues Angebot (BAFO) beschränkt auf die Subkriterien 1.2 bis 1.4 abzugeben.

Die Beschwerdeführerin beruft sich in erster Linie auf zwei Verfahrensfehler, welche die Vergabestelle begangen haben soll. Einerseits habe Letztere die Möglichkeit der Anbietenden, nach den Bereinigungsrounds eine neue Preisofferte einzureichen, zu Unrecht auf das SubK 1.1 beschränkt und nicht auch auf die SubK 1.2 bis 1.4 erweitert. Andererseits habe die Vergabestelle die Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen

sachwidrig korrigiert und es selbst im Fall einer rechtmässigen Korrektur in unzulässiger Weise unterlassen, die Angebotsfrist für die Überarbeitung der Angebote angemessen zu verlängern. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang ausserdem geltend, die Zuschlagsempfängerin hätte aufgrund der Nichterfüllung der ursprünglichen Muss-Anforderungen ausgeschlossen werden und der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt werden müssen, weil sie nicht nur die neue, sondern auch die ursprüngliche Anforderung an die Zuverlässigkeit erfülle. In zweiter Linie erhebt die Beschwerdeführerin verschiedene Bewertungsrügen (beschränkt auf die SubK 1.3, 2.1, 2.2 und 4.2) vor.

Würden sich die Beanstandungen der zweitplatzierten Beschwerdeführerin als zutreffend erweisen und ihre Hauptanträge vollumfänglich gutgeheissen, so hätte ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Bei Obsiegen ihrer Eventualanträge könnte die Anbieterin immerhin ein neues Angebot einreichen und dadurch ihre Chance auf den Zuschlag erhöhen. Ihre Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen. Da im Fall eines Obsiegens der Beschwerdeführerin zumindest eine teilweise Wiederholung des Verfahrens erwirkt werden könnte, ist der Einwand der Vergabestelle, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht, unbehelflich und vermag die Legitimation der Beschwerdeführerin nicht auszuschliessen.

3.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreter der jeweiligen Verfahrensbeteiligten haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

3.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde einzutreten ist.

4.

4.1

4.1.1 Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle als erstes vor, diese habe die Ausschreibung, die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere die Angebotsunterlage (im Folgenden: AGU; Ziff. 5.2) in unzulässiger Weise ausgelegt, indem sie die Möglichkeit, im Anschluss an die Bereinigungs- und Verhandlungsrunden eine «Best and Final Offer» (im Folgen-

den: BAFO) abzugeben, lediglich auf das Subkriterium (SubK) 1.1 «Investitionskosten» beschränkt und nicht für alle vier SubK des Zuschlagskriteriums 1 «Wirtschaftlichkeit» zugelassen habe. Die Beschränkung der neuen Preisofferte sei aus zwei Gründen unzulässig. Einerseits sei sie sachwidrig, da die Vergabestelle übersehe, dass jede Änderung am Leistungsgegenstand sich auf jedes der Subkriterien auswirke und die Auswirkungen nur im jeweiligen Subkriterium adäquat berücksichtigt werden könnten. Eine Ausserachtlassung dieses Aspekts beeinträchtige die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Andererseits ergebe sich die Unzulässigkeit aus dem Umstand, dass die Vergabestelle die Möglichkeit für die Einreichung einer umfassenden Preisofferte in Aussicht gestellt habe. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich aus dem in den Unterlagen verwendeten Begriff des «Preises» bzw. der «Preisofferte» sowie aus dem Hinweis auf die Verhandlungen in der Ausschreibung und letztlich aus Ziff. 5.2 AGU eine Pflicht der Vergabestelle, eine neue, sich auf alle vier Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 erstreckende Preisofferte zuzulassen. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle enthalte Ziff. 5.2 AGU keine Beschränkung der endgültigen Preisofferte nur auf das SubK 1.1. Gegenteiliges lasse sich auch nicht aus der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 bzw. dem Schreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 herleiten. Im Zeitpunkt der Abgabe ihres ersten Angebots habe die Beschwerdeführerin die AGU daher so verstehen dürfen und müssen, dass eine, sämtliche Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 umfassende neue Preisofferte zugelassen werde. Die Erklärungen der Vergabestelle nach dem ersten Offerteingabetermin würden an dieser Auslegung nichts ändern und seien zu spät erfolgt. Die nachträgliche Beschränkung der neuen Preisofferte widerspreche den Prinzipien des Vergaberechts und auch der langjährigen Praxis der Vergabestelle.

4.1.2 Dem entgegnet die Vergabestelle im Wesentlichen, die Beschwerdeführerin setze sich in Widerspruch zum Grundsatz der Unvereinbarkeit der Offerten und zu den klaren Vorgaben des Vergabeverfahrens. Zur Begründung führt die Vergabestelle aus, sie habe in Ziff. 5.2 AGU, in der Antwort auf die Bieterfrage ID 335 im Frageforum sowie in ihrem Schreiben vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen klar und wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass Anpassungen der Offerten nur im beschränkten Rahmen möglich seien, d.h. soweit der Leistungsgegenstand im Rahmen der Bereinigungsrunden angepasst werde. Die Vergabestelle habe sodann anlässlich der ersten Angebotsbereinigung klargestellt, dass keine reinen Preisverhandlungen stattfinden würden und auch keine uneingeschränkte neue

Preisofferte eingereicht werden könne. Die Möglichkeit nachträglicher Offertanpassungen sei in zwei Schritten erfolgt und auch so mitgeteilt worden, was die Beschwerdeführerin ausdrücklich anerkenne. So sei allen Anbieterinnen in einem ersten Schritt Gelegenheit gegeben worden, die unter SubK 1.2 und 1.4 bewerteten Angaben anzupassen. In einem zweiten Schritt, nach Abschluss der Bereinigungen, hätten die Anbieterinnen anhand der Modifikationen des WLV die Investitionskosten im Rahmen von SubK 1.1 neu berechnen und offerieren können. Auch die Beschwerdeführerin habe von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht, womit ihr endgültiges Angebot um 91 Punkte besser bewertet werden können als ihr ursprüngliches Angebot. Es erscheine vor diesem Hintergrund unglaublich, wenn die Beschwerdeführerin heute die Ansicht vertrete, es wäre weitergehender Anpassungsbedarf angefallen, dem man erst in einer finalen Preisofferte hätte Rechnung tragen können.

4.1.3 Die Beschwerdegegnerin folgt im Wesentlichen dem Standpunkt der Vergabestelle. Darüber hinaus bezweifelt sie die Plausibilität der Anpassungen der Investitionskosten durch die Beschwerdeführerin.

4.2

4.2.1 Die Vergabestelle ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (BVGE 2017 IV/3 "Mobile Warnanlagen"; Urteil des BVGer B-7216/2014 vom 18. März 2020 E. 6.1 "Casermettatunnel"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.5 "Casermettatunnel"; Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 10.5.1, B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit" und B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4 "Kurierdienst BAG I").

4.2.2 Im Vergaberecht gilt sodann der Grundsatz, wonach Angebote nach Ablauf des Eingabetermins nur technisch und rechnerisch bereinigt (vgl. Art. 25 aVöB), sonst aber grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden dürfen. Dieser Grundsatz erleidet im Bundesvergaberecht allerdings eine wesentliche Einschränkung, indem dieses der Vergabebehörde – im

Gegensatz zur Rechtslage in Rahmen der alten IVöB (Art. 11 Bst. c der alten Vereinbarung) – erlaubt, Verhandlungen über den Inhalt der Angebote, bis hin zu eigentlichen Abgebotsrunden zu führen (Art. 20 Abs. 1 aBöB; Art. 26 aVöB; Urteile des BVGer B-2675/2012 vom 21. Oktober 2020 E. 10.5.2, B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 2.1 "Spectra Newsletter BAG" und B-5681/2015 vom 18. Mai 2016 E. 5.2 "Bewirtschaftung Anschlussgeleise"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 686; vgl. allerdings das Verbot von Abgebotsrunden neu auch auf Bundesebene in Art. 11 Bst. d des revidierten BöB). Voraussetzung für die Zulässigkeit von Verhandlungen ist, dass entweder in der Ausschreibung darauf hingewiesen wurde oder dass kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste erscheint (Art. 20 Abs. 1 aBöB).

4.2.3 Im hier geltenden Vergaberecht ist kein einheitlicher Verhandlungsbegriff zu finden. Unter Verhandlungen im Sinne von Art. 20 aBöB und Art. 26 aVöB verstand die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK, Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts] jede tatsächlich vorkommende Kontaktaufnahme der Vergabestelle mit den Anbietern (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005 2005-017, E. 2a/bb m.H.). In der Lehre geht man demgegenüber von einem engeren Verhandlungsbegriff aus. In der Phase vor dem Zuschlag liegen Verhandlungen nur dann vor, wenn die Beschaffungsstelle mit Anbietern in Kontakt tritt, um den angebotenen Vertragsinhalt nachträglich zu verändern, und zu diesem Zwecke den Verhandlungsteilnehmern die Möglichkeit gibt, eine überarbeitete Offerte abzugeben (ALEXIS LEUTHOLD, Offertverhandlungen im öffentlichen Vergaberecht, 2009, Rz. 26). Mit der Änderung bezweckt die Beschaffungsstelle demnach eine nachträgliche Optimierung des angebotenen Vertragsinhalts. Die Optimierung kann in einer Verbesserung des angebotenen Preis-Leistungs-Verhältnisses bestehen (z.B. einem geringeren Preis bei gleich bleibender Leistung oder mehr Leistung bei gleich bleibendem Preis) oder in einer Optimierung der angebotenen Leistung ohne wesentliche Auswirkung auf das Preis-Leistungs-Verhältnis (z.B. einer technischen Änderung, die sich nicht auf den Preis auswirkt, oder einer Leistungserweiterung bei entsprechender Erhöhung des Angebotspreises). Der Anbieter verfolgt indes die Absicht, sein Angebot zum wirtschaftlich günstigsten zu machen, um so den Zuschlag zu erhalten (vgl. zum Ganzen: LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 30 ff.). Im Vergabeverfahren sind Offertverhandlungen grundsätzlich so ausgestaltet, dass die Vergabestelle die Anbieter zu einem Gespräch oder anderen Kommunika-

tionsform über die zu optimierenden Angebotspunkte auffordert und dieselben danach zur Einreichung eines neuen, verbesserten Angebots einlädt (LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 33 ff.)

4.2.4 Verhandlungen dienen hauptsächlich dazu, die Stärken und Schwächen eines Angebots zu erkennen sowie Unklarheiten und offene Fragen zum Beschaffungsgegenstand zu klären, um schliesslich den Vertragsinhalt zu bestimmen (vgl. BVGE 2016/19 E. 6.1). Von den Verhandlungen zu unterscheiden ist die (technische) Bereinigung der Angebote (vgl. Art. 25 aVöB). Diese hat den Zweck, eine objektive Vergleichbarkeit der einzelnen Offerten zu erreichen, um sie dann anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien prüfen zu können.

4.2.5 Im Rahmen von Verhandlungen im Sinne von Art. 20 aBöB sollen trotz des ihnen inhärenten Verzichts auf die Unabänderlichkeit der Angebote nach Ablauf der Eingabefrist die Prinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung respektiert werden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 691). Verhandlungen münden gemäss Art. 26 Abs. 2 Bst. c aVöB in ein endgültiges schriftliches Angebot von mehreren Anbietern. Soweit eine Offertbereinigung notwendig ist, dürfen die Angebote in diesem Rahmen nicht geändert oder ergänzt werden (Zwischenentscheid des BVGer B-614/2018 vom 17. Juli 2018 E. 4.5.1 "Abluftventilatoren Nordumfahrung Zürich").

4.3

4.3.1 Im vorliegenden Fall behielt sich die Vergabestelle in der Ausschreibung die Durchführung von Bereinigungen und Verhandlungen ausdrücklich vor (vgl. Ziffer 4.3 der Ausschreibung "Bereinigungs- und Verhandlungsrunden bleiben in der Stufe 2 [...] des Verfahrens vorbehalten").

Bei dieser Formulierung in der Ausschreibung handelt es sich um einen allgemeinen Vorbehalt von Verhandlungen, der sämtliche Verhandlungsgegenstände inkl. den Preis umfasst. Auch bei so vorbehaltenen Verhandlungen ist es jedoch ohne weiteres zulässig, die Verhandlungen im Laufe des Vergabeverfahrens auf einen bestimmten Aspekt einzuschränken. Die Vergabestelle ist ebenfalls frei in der Entscheidung, ob sie eine (grundsätzlich vorbehaltene) Verhandlung durchführen will und über welche Angebotsbestandteile sie diskutieren will (Entscheid der BRK vom 21. November 2003, BRK 2003-023, E. 2; LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 81 ff.). Die Festle-

gung des Verhandlungsgegenstands liegt nach dem Gesagten im Ermessen der Vergabestelle. Letztere hat das Verhandlungsthema aber im Voraus schriftlich bekannt zu geben (Art. 26 Abs. 2 lit. b aVöB) und bei der Festsetzung des Verhandlungsgegenstands das Gleichbehandlungs- und Transparenzprinzip zu beachten (LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 407 ff.).

4.3.2 Für die Beurteilung des Verhandlungsspielraums ist sodann zwischen den Anbieter- und den Auftraggeberparametern zu unterscheiden. Bei den Anbieterparametern handelt es sich um Angebotsbestandteile, welche die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen nicht definiert hat, namentlich der Angebotspreis. Bei den Auftraggeberparametern geht es demgegenüber um Angebotspunkte, welche die Vergabestelle bereits fixiert hat, namentlich die Vertragsabschlussbedingungen (LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 336 ff.). Im Bundesvergaberecht unter der Geltung des aBöB und der aVöB konnten alle Anbieterparameter Gegenstand einer Offertverhandlung sein, soweit die Vergabestelle den zulässigen Verhandlungsgegenstand in ihren Ausschreibungsbedingungen nicht eingeschränkt hatte (LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 345 ff. m.H.; BRK 2003-023, E. 2).

4.4 Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit in der Auslegung der Vorgaben der Vergabestelle in der Ausschreibung sowie in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Frage, ob die Vergabestelle verpflichtet gewesen wäre, die Anbieterinnen zur Einreichung einer neuen, sich auf alle 4 Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 erstreckenden Preisofferte einzuladen oder ob sich die Abgabe der neuen Preisofferte nur auf das Subk 1.1 zu beschränken hatte. Die Beschwerdeführerin vertritt die erste, die Vergabestelle (und mit ihr die Beschwerdegegnerin) die zweite Auffassung. Nachfolgend ist zu prüfen, welche Auslegung sich als zutreffend erweist.

4.4.1 Formulierungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung derartiger Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des

BGer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2, m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BGer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1)

4.4.2 Zuerst ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin festzuhalten, dass sich allein aus dem allgemein gehaltenen Hinweis auf Bereinigungs- und Verhandlungsrunden in der Ausschreibung keine Pflicht der Vergabestelle ableiten lässt, eine auf alle Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 (Preis) umfassende Preisofferte zuzulassen.

4.4.3 Das Zuschlagskriterium (ZK) Wirtschaftlichkeit setzt sich aus 4 Subkriterien (SubK) zusammen (vgl. Ziff. 4.1 AGU). Mit dem Subk 1.1 «Investitionskosten Grundbestellmenge und optionale Bestellmenge Triebzüge» (Gewichtung 20%) wurde die Preisangabe gemäss Preisblatt in Beilage 10.1 WLW bewertet. Die Investitionskosten waren im Preisblatt gemäss Beilage 10.1 WLW anzugeben und umfass(t)en sämtliche aus dem WLV und seinen Vertragsbestandteilen hervorgehenden Leistungen (vgl. Ziff. 4.1.1 AGU). Für die Bewertung der Subkriterien Subk 1.2 «Instandhaltung und Reinigung» (Gewichtung 10%), Subk 1.3 «Energiekosten und Trassenpreis» (Gewichtung 5%) und Subk 1.4 «Preisliste der Erstbevorratungs- und Ersatzteile» (Gewichtung 1%) waren die Beilagen 15 WLV (Subk 1.2), 14 (Subk 1.3) und 24 (Subk 1.4) massgeblich (vgl. Ziff. 4.1.2 bis 4.1.4 AGU). Soweit für die Bewertung der Subkriterien auf jeweils verschiedene Beilagen abzustellen ist, ist die Auffassung der Vergabestelle, wonach sich die Kosten gemäss den Subk 1.2 bis 1.4 unabhängig von den Investitionskosten gemäss Subk 1.1 zu berechnen und bewerten sind, als nachvollziehbar zu betrachten.

4.4.4 In Ziff.5.2, 1. Absatz AGU wird Folgendes festgehalten:

«Den Anbietern ist es erlaubt, in die vorgenannten Dokumente [*gemeint sind nach Abschluss der ersten Stufe der Werklieferungsvertrag inkl. Anhänge und Beilagen; vgl. Ziff. 5.1 AGU*] direkt Kommentare – ausschliesslich mittels Kommentarfunktion – zu setzen. In den Kommentaren können sie ihre Anregungen für eventuelle Ergänzungen und/oder Präzisierungen mitteilen. Im Rahmen der Bereinigungsrunden werden einzig die mit dem Angebot eingebrachten Kommentare thematisiert. Am Ende der Bereinigungsrunden wird über alle Anbieter hinweg eine konsolidierte Fassung erstellt. Basierend auf dieser konsolidierten Fassung kann eine neue Preisofferte gestellt werden».

Die wiedergegebene Ziff. 5.2 AGU legt somit in einem ersten Schritt das Thema der Bereinigungen fest und grenzt dieses klar auf die von den Anbieterinnen in den Ausschreibungsunterlagen direkt in den WLV (inkl. Anhänge und Beilagen) eingebrachten Kommentare ein. In einem zweiten Schritt wird den Offerenten die Möglichkeit gewährt, eine neue Preisofferte auf der Basis der sich aus den Bereinigungen ergebenden konsolidierten Fassung des Werklieferungsvertrags abzugeben. Aus dem Wortlaut von Ziff. 5.2 AGU geht zwar nicht ausdrücklich hervor, ob und inwiefern die Möglichkeit, nach den Bereinigungen eine neue Preisofferte einzureichen, nur auf das Subk 1.1 beschränkt wurde oder alle Subkriterien des ZK 1 mitumfassen durfte. Für die Zulassung von Einschränkungen, mithin für die Interpretation der Vergabestelle spricht allerdings der Hinweis, dass eine allfällige neue Preisofferte auf Grundlage der konsolidierten Fassung (scilicet: des WLV) gestellt werden kann, wobei unter «konsolidierter Fassung» eine Fassung zu verstehen ist, welche sich auf die im Rahmen der Bereinigungen vorgenommenen Änderungen bezieht.

4.4.5 In der Antwort der Vergabestelle im Frageforum ID 335 (Beilage 10 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021) wird weiter in Aussicht gestellt, dass die Anbieter gemäss der Angebotsunterlage AGU Ziffer 5.2 «nach den Bereinigungen allfällig eine angepasste Preisofferte einreichen» können und die Vergabestelle «im Zusammenhang mit der allfälligen Abgabe der konsolidierten Fassung des Werklieferungsvertrags den Anbietern die überarbeitete WLV Beilage 10.1 mit dem konkreten Stichtag übergeben» wird. Wie bereits vorne ausgeführt (vgl. supra E. 4.4.3), ist für die Bewertung des Subk 1.1 die Beilage 10.1 des WLV ausschlaggebend. Isoliert betrachtet spricht der Verweis auf den WLV - wenn auch lediglich indirekt - ebenfalls für eine Einschränkung der neuen Preisofferte auf das SubK 1.1. Im Gesamtzusammenhang ist dieses Verständnis höchstens insofern zu relativieren, als sich die gestellte Frage und die darauf gegebene Antwort primär auf den anwendbaren Stichtag für den Wechselkurs bezogen, wie die Beschwerdeführerin im Übrigen auch bemerkt.

4.4.6 Was schliesslich das Informationsschreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen (Beilage 11 ihrer Stellungnahme vom 12. November 2021, Vorakten Ordner 22 «Korrespondenz») anbelangt, so konkretisiert dieses die Formulierungen gemäss Ziff. 5.2 AGU bzw. der Antwort der Vergabestelle auf die Bieterfrage ID 335 insbesondere wie folgt:

«Basierend auf allfälligen Änderungen im Leistungsinhalt während den Bereinerungsrunden steht den Anbietern die Möglichkeit einer neuen Preisofferte zu».

In Anbetracht des Wortlauts der hervorgehobenen Passage kann aus dem erwähnten Schreiben abgeleitet werden, dass eine allfällige neue Preisofferte auf Anpassungen des Leistungsinhalts im Rahmen der Bereinerungsrunden beschränkt war. Insofern ist die Interpretation der Vergabestelle in diesem Punkt nicht zu beanstanden.

4.4.7 Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten, dass Ziff. 5.2 AGU, die Antwort der Vergabestelle auf die Frage ID 335 im Frageforum und das Schreiben der Vergabestelle vom 16. März 2021 an die Anbieterinnen zwar nicht explizit zum Ausdruck bringen, dass sich die Abgabe der neuen Preisofferte nur auf das Subk 1.1 zu beschränken hatte und nicht alle Subkriterien des Zuschlagskriteriums 1 umfassen durfte. Allerdings resultieren aus einer systematischen Auslegung der Ziff. 5.2 der AGU und des Schreibens der Vergabestelle vom 16. März 2021 indirekt Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle die Möglichkeit einer neuen Preisofferte nur beschränkt auf die erfolgten Bereinerungspunkte zulassen wollte. Preisadjustungen waren nur aber immerhin möglich, als sie mit der Änderung des Leistungsgegenstands zusammenhingen. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Vergabestelle habe ihr vor Abgabe des ersten Angebots die Eingabe einer allumfassenden Preisofferte in Aussicht gestellt, kann ihr daher nicht gefolgt werden. Doch selbst wenn ihr zu folgen wäre, bedeutet es nicht, dass die Vergabestelle den Verhandlungsgegenstand nicht nachträglich einschränken durfte (vgl. hinten E. 4.5.6 f.).

4.5 Nachfolgend ist weiter zu prüfen, ob der Zeitpunkt und der Gegenstand der Kommunikation der Vergabestelle in der Bereinerungs- bzw. Verhandlungsphase einer vergaberechtlichen Prüfung standhält.

4.5.1 Wie bereits erwähnt, sind die Vergabestellen des Bundes gemäss Art. 26 Abs. 2 aVöB unter anderem verpflichtet, den Verhandlungsteilnehmern schriftlich ihr jeweiliges bereinigtes Angebot, die Angebotsbestandteile, über die verhandelt werden soll, sowie die Fristen und Modalitäten zur Einreichung der schriftlich einzureichenden endgültigen Angebote bekannt zu geben.

Gemäss Art. 26 Abs. 3 aVoeB ist von der Auftraggeberin bei mündlichen Verhandlungen «mindestens folgendes in einem Protokoll» festzuhalten:

(a) die Namen der anwesenden Personen; (b) die verhandelten Angebots-
teile und (c) die Ergebnisse der Verhandlungen. Diese Protokollierungs-
pflicht dient der Gewährleistung der Transparenz und Gleichbehandlung
der Anbieter im Rahmen von Verhandlungen (vgl. BVGE 2016/19 E. 6.1).

4.5.2 Es ist bekannt und unbestritten, dass die Vergabestelle vom in der
Ausschreibung angekündigten Bereinigungs- bzw. Verhandlungsvorbehalt
Gebrauch gemacht hat. So hat sie mit allen Anbieterinnen zwischen Juni
2021 und August 2021 zwei Bereinigungsrounds durchgeführt, wobei die
drittplatzierte Anbieterin auf eine zweite Bereinigungsrounde ausdrücklich
verzichtete (Vorakten Ordner 14 «Bereinigung Angebote», Unterordner
«1. Runde» und «2. Runde», vgl. hierzu die Formulierung im Protokoll der
2. Bereinigungsrounde «erklärter Verzicht [...] mit Schreiben vom 14. Juli
2021»). Die unterzeichneten Protokolle der Bereinigungsrounds mit den
Namen der anwesenden Personen, den verhandelten Bestandteilen (An-
hänge und Beilagen des WLW) und den Ergebnissen der Verhandlungen
liegen den Vorakten (Ordner 14) bei. Hinweise auf Lücken in den Protokol-
len sind keine ersichtlich und werden von der Beschwerdeführerin auch
nicht geltend gemacht.

4.5.3 Ziel der ersten Bereinigungsrounde waren die Kommunikation der Ent-
gegenkommen der SBB AG bei den Angebotsunterlagen (WLW, Anhänge
und Beilagen) und die Sicherstellung der «Vergleichbarmachung der An-
gebote». In den Rahmenbedingungen zur ersten und zweiten Bereini-
gungsrounde wurde im Wesentlichen festgehalten, dass die Bereinigung –
anders als in vergangenen Beschaffungsprojekten der Vergabestelle –
keine Verhandlung darstellt. Im Zentrum standen die «Information betref-
fend Entgegenkommen gegenüber allen Anbietern bei WLW und Anhän-
gen» und «Klärungen/Rückfragen betreffend Beilagen der Anbieter und die
Beauftragung der daraus resultierenden Nachforderungen» (vgl. zum Gan-
zen: Protokolle der ersten Sitzung der Bereinigungsrounde sowie der zwei-
ten Bereinigungsrounde in den Vorakten, Ordner 14; Beschwerdebeilagen
13 und 14: Einführungspräsentation zur ersten bzw. zweiten Bereini-
gungsrounde mit der Beschwerdeführerin vom 14. Juni 2021 bzw. 9. August 2021).
Die Nachforderungsschreiben der Vergabestelle und die Antwortschreiben
der Anbieterinnen befinden sich ebenfalls in den Vorakten (Ordner 13).

4.5.4 Im Antwortschreiben der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle
vom 2. Juli 2021 (Beschwerdebeilage 19) hat die Beschwerdeführerin sel-
ber anerkannt, dass die Vergabestelle in der Einführungspräsentation zur
ersten Bereinigungsrounde Anpassungen der bis am 23. September 2021

einzureichenden Preisofferte nur auf die Beilagen 10.1 und 10.2 (mithin auf das Subk 1.1) beschränkt hatte. Im Übrigen hat die Vergabestelle diese Information ebenfalls in der Präsentation zur zweiten Bereinigungsrunde schriftlich festgehalten (vgl. Beschwerdebeilage 14 sowie Gesamtprotokoll der zweiten Bereinigungsrunde gemäss Vorakten, Ordner 14). Mit Schreiben vom 21. Juli 2021 (Beschwerdebeilage 15) hat die Vergabestelle der Beschwerdeführerin als Begründung für die Beschränkung der neuen Preisofferte auf das Subk 1.1 angeführt, dass eine generelle Neueinreichung von sämtlichen Unterlagen mit Relevanz für das Zuschlagskriterium 1 «Wirtschaftlichkeit» eine erneute Plausibilisierung und Bereinigung erfordern würde, was im vorliegenden Vergabeverfahren nicht beabsichtigt sei.

4.5.5 Aufgrund der Programme der Bereinigungsunden und der Bereinigungsprotokolle (Vorakten Ordner 14 «Bereinigung Angebote», Unterordner «1. Runde» und «2. Runde») lässt sich ebenfalls festhalten, dass die Anbieterinnen Gelegenheit hatten, in einem ersten Schritt – d.h. im Rahmen der Angebotsbereinigungen – die Preisangaben, die unter die Subk 1.2 bis 1.4 fallen, anzupassen und in einem zweiten Schritt auch den Preis für das Subk 1.1 neu zu offerieren. Dieses zweistufige Prozedere wird von der Beschwerdeführerin auch nicht in Abrede gestellt.

4.5.6 In Anbetracht der an den Bereinigungsunden abgegebenen Informationen und der in E. 4.5.4 zitierten Korrespondenz ist deshalb festzuhalten, dass die Vergabestelle vorliegend Verhandlungen zwecks Offertbereinigung und Änderung des Vertragsgegenstands beabsichtigte. Preisanpassungen wurden lediglich im Rahmen der Bereinigung der Angebote und Leistungsänderungen zugelassen und die Abgabe der finalen Preisofferte war nur auf das SubK 1.1 eingeschränkt. Verhandlungen zwecks Offertbereinigung oder sogenannte technische Verhandlungen sind vom in E. 4.2.3 diskutierten Verhandlungsbegriff gedeckt und gelten grundsätzlich als zulässig (vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 687; vgl. zum neuen Recht, insbesondere zu Art. 39 BöB: CHRISTOPH JÄGER, Technische Verhandlungen, Bereinigung der Angebote nach Art. 39 BöB 2019 / IVöB 2019 in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.] Aktuelles Vergaberecht 2020, S. 387 ff.).

4.5.7 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Erklärungen der Vergabestelle nach dem ersten Offerteingabetermin seien zu spät erfolgt, ist ihre Rüge unbegründet. Nach der Praxis der BRK muss eine Vergabestelle ihre Verhandlungspartner nicht unbedingt zusammen mit der Einladung zu den Offertverhandlungen informieren. Zur Einhaltung der in Art. 26

Abs. 2 aVöB verankerten schriftlichen Informationspflicht genügt es, wenn den Anbietern die entsprechenden Informationen noch vor der Aufforderung zu deren Stellungnahme oder Einreichung der neuen Angebote schriftlich kommuniziert werden (vgl. zum Ganzen: ALEXIS LEUTHOLD, a.a.O., Rz. 513 mit Hinweis auf das Urteil der BRK vom 9. November 2004, BRK 2004-006, E. 2b/cc/bb). Der Zeitpunkt bzw. der Gegenstand der Kommunikation der Vergabestelle in der Bereinigungsphase geben daher zu keinen Beanstandungen Anlass. Die Beschwerdeführerin und die übrigen Anbietenden wurden im Rahmen der Bereinigungsrounden rechtzeitig in die Lage versetzt, Kenntnis davon zu erlangen, was sie in den Verhandlungen erwartet und in welche Richtung sie ihre Offerte anpassen sollten. Eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung der Vergabestelle bei der Festlegung des Verhandlungsgegenstands ist daher nicht erkennbar. Insbesondere erscheint die Begründung für die Beschränkung der neuen Preisofferte auf das Subk 1.1 plausibel. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Einschränkung der Preisofferte stehe im Widerspruch zur bisherigen Verhandlungspraxis der Vergabestelle, kann sie daraus keine Rechtsverletzung ableiten, zumal bereits die Informationen der Vergabestelle vor Einreichung der ersten Offerte einen ausreichenden Interpretationsspielraum für Einschränkungen des Verhandlungsgegenstands boten (vgl. vorne E. 4.4.7).

4.5.8 Die Vorgehensweise der Vergabestelle bei der Festlegung des Verhandlungsgegenstands lässt sich nach dem Gesagten sowohl mit der Informationspflicht gemäss Art. 26 Abs. 2 aVöB als auch mit dem Gleichbehandlungs- und Transparenzprinzip vereinbaren. Bei diesem gestützt auf die Aktenlage gewonnenen Ergebnis ist in antizipierter Beweiswürdigung auf die von der Beschwerdeführerin offerierten Parteibefragungen und Zeugenaussagen zu verzichten und die entsprechenden Anträge sind abzuweisen.

5.

5.1

5.1.1 Die Beschwerdeführerin erblickt in der Änderung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen durch die Vergabestelle einen weiteren Verfahrensfehler, der zur Aufhebung des Zuschlags führen soll. Eine solche Änderung sei nicht zulässig, weil sie sich auf keinen sachlichen Grund stütze und die Vergabegrundsätze verletze. Insbesondere habe sich die Vergabestelle in unzutreffender Weise auf die Korrektur eines Fehlers

berufen, obwohl gar kein solcher vorliege. Sodann stehe die Anpassung der Muss-Anforderungen im Widerspruch mit den Pünktlichkeitszielen der Vergabestelle und verändere die optimale Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit. Auch habe die erwähnte Änderung nur der Privilegierung der Beschwerdegegnerin gedient, womit sie gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen verstosse und auf die ursprüngliche Anforderung an die Zuverlässigkeit abzustellen sei. Diesbezüglich bestünden begründete Zweifel, dass die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen erfüllt habe, da diese beim Subk 2.3 doch keine Punkte erzielt habe. Deshalb wäre die Beschwerdegegnerin von Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen gewesen. Die Beschwerdeführerin habe nämlich nicht nur die neuen, sondern auch die ursprünglichen Anforderungen an die Zuverlässigkeit erfüllt. Aufgrund der kurzfristigen Änderung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit wäre die Vergabestelle zudem verpflichtet gewesen, den Anbieterinnen eine längere Angebotsfrist für die Anpassung ihrer Offerte zu gewähren. Die reduzierten Muss-Anforderungen hätten mit sich gebracht, dass der Anbieter sein Fahrzeug anders optimieren könne und müsse. Indem die Änderung nach Abschluss der zweiten Frage- und Antwortrunde zu den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sei, habe die Vergabestelle den Anbieterinnen die Möglichkeit genommen, auf die Änderung angemessen zu reagieren. Zu dieser Rüge beantragt die Beschwerdeführerin die Abnahme diverser Beweismittel (Edition der Zuverlässigkeitswerte der Zuschlagsempfängerin, Gutachten und Parteibefragungen).

5.1.2 Die Vergabestelle stellt sich auf den Standpunkt, sie habe mit der Anpassung der Muss-Anforderungen zur Zuverlässigkeit einen offensichtlichen Widerspruch zu den Bewertungskriterien (Subk 2.3) beseitigt, indem sie die ursprünglichen Muss-Kriterien an das «Niveau» der Bewertungskriterien angeglichen habe. Eine Veränderung der Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit sei insofern nicht ersichtlich, als die Zielvorstellungen der Vergabestelle von Beginn weg im unveränderten Subk 2.3 bekannt gewesen seien und die Bewertung des Subk 2.3 keine Änderung erfahren habe. Die Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit sei im Übrigen allen Anbieterinnen gegenüber transparent und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gleichzeitig kommuniziert worden. Nachdem das Angebot der Beschwerdegegnerin selbst die ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte eingehalten habe, was beim Angebot der Beschwerdeführerin nicht zutrefte, erweise sich der Vorwurf der Privilegierung der Beschwerdegegnerin als unbegründet. Vielmehr habe

die Korrektur der Muss-Anforderungen ausschliesslich der Beschwerdeführerin geholfen. Vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin im Vergleich zu ihren anderen Interventionen im Vergabeverfahren in diesem Fall keine Einwände erhoben habe, erscheine ihre Rüge als treuwidrig und verspätet. Zum Vorwurf der Kurzfristigkeit der Korrektur führt die Vergabestelle aus, die Beschwerdeführerin habe nicht substantiiert dargelegt, inwiefern sie ihr Fahrzeug zugunsten der Wirtschaftlichkeit weiter hätte optimieren können. Selbst bei einer substantiierten Darlegung hätte sich am Ergebnis nichts geändert, da sich die resultierenden Punktgewinne bzw. – Verluste gegenseitig aufheben würden. Ein allfälliger Anpassungsbedarf hätte zudem innert kürzer Frist realisiert werden können, weshalb die Änderung dieser Muss-Anforderung nicht zu kurzfristig erfolgt sei.

5.1.3 Die Beschwerdegegnerin teilt im Wesentlichen die Auffassung der Vergabestelle. Insbesondere wehrt sie sich gegen die Rüge der Beschwerdeführerin, die Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele habe gezielt ihrer Privilegierung gedient. Diesbezüglich beteuert die Beschwerdegegnerin unter entsprechender teilweiser Offenlegung der relevanten Werte, dass sie die ursprünglichen strengeren Muss-Anforderungen eingehalten habe.

5.2

5.2.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 aBöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Die technischen Spezifikationen definieren die Anforderungen an ein Material, Erzeugnis oder eine Lieferung. Sie beziehen sich wie die Zuschlagskriterien auf das Angebot bzw. den Leistungsgegenstand. Da sie den Inhalt des Angebots bestimmen, sind sie wie die Eignungskriterien, die sich auf die Anbieter beziehen, absoluter Natur und gelten als sogenannte Muss-Kriterien; ihre Nichterfüllung kann unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots führen (vgl. Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2, B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 m.H.; HANS RUDOLF TRÜEB, in Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Kapitel 25 Beschaffungsrecht, Rz. 25.89; derselbe, BöB-Kommentar in: Matthias Oesch/Rudolf H. Weber/Roger Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 aBöB).

Es steht der Vergabestelle grundsätzlich frei und ist zulässig, im Rahmen der technischen Spezifikationen eine Minimalanforderung als Zulassungsbedingung zu verlangen und die «Übererfüllung» von bestimmten Spezifikationen bei der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Hierfür verlangen Lehre und Rechtsprechung einen hinreichenden Wirtschaftlichkeitsbezug und die Einhaltung des Transparenzgebots. Es muss insbesondere ersichtlich sein, dass eine Übererfüllung bzw. Mehreignung im Rahmen der qualitativen Bewertung berücksichtigt wird (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018 E. 5.3.2.2 m.w.H.).

5.2.2 Das Vergaberecht geht vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus: Danach ist die Vergabestelle an den definitiv, vollständig und widerspruchsfrei zu umschreibenden Leistungsgegenstand gebunden und darf nach der Offertöffnung innerhalb des konkreten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht mehr davon abweichen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 3.3 m.w.H.). Vor Ablauf der Eingabefrist sind Modifizierungen, Konkretisierungen sowie Präzisierungen der Ausschreibung oder des Ausschreibungsgegenstands zulässig, soweit die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot berücksichtigt werden (vgl. MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, Rz. 127 und 152; s. auch CHRISTOPH JÄGER, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2018, FN 5 m.H.). Sollte es sich namentlich herausstellen, dass die vorgenommenen Änderungen andere potentielle Anbieter ansprechen könnten, ist das Verfahren abzubrechen und neu auszuschreiben (BEYELER, a.a.O., Rz. 152; vgl. auch die ganze E. 5.2.3). Bezieht sich die Änderung auf die Ausschreibung, muss diese publiziert werden. Betrifft die Änderung indes die Ausschreibungsunterlagen, muss die Vergabestelle diese gegenüber allen Anbieterinnen kommunizieren. Für die Umsetzung der Änderung hat die Vergabestelle den Anbieterinnen in beiden Fällen genügend Zeit einzuräumen, nötigenfalls die Offerteingabefrist zu verlängern (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 127 und 152).

5.2.3

5.2.3.1 Gemäss Art. 30 Abs. 3 aVöB kann die Auftraggeberin das Verfahren abbrechen und neu durchführen, wenn sie das Projekt «wesentlich ändert». Rechtsprechung und Lehre qualifizieren diese Kann-Vorschrift als zwingend, d.h. die Vergabestelle hat bei wesentlichen Projektänderungen

kein Ermessen und muss das Verfahren abbrechen (vgl. C. JÄGER, a.a.O., Rz. 23). Von einer wesentlichen Projektänderung ist in der Regel dann auszugehen, wenn die Modifikation wettbewerbswirksam ist, d.h., wenn sie als geeignet erscheint, den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu beeinflussen. Dies ist – wie soeben erwähnt – namentlich dann der Fall, wenn die Modifikation eine Ausweitung des Kreises potentieller Anbieter erwarten lässt, sich spürbar auf die Kalkulationsgrundlagen der Anbieter auswirkt bzw. deren Kalkulationsfreiheit beschränkt oder eine Veränderung der Zuschlagskriterien nach sich zieht (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 809; vgl. auch die Urteile des BVGer B-1680/2016 vom 18. Juli 2016 E. 4.1.3 m.w.H., B-6274/2015 vom 21. Dezember 2015 E. 4.6.2 m.w.H., B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.3). Von einer wesentlichen Änderung ist ebenfalls auszugehen, wenn die neue Leistungsumschreibung nicht mehr die ursprünglichen Merkmale aufweist, sondern eine andere Sache bzw. etwas Anderes betrifft und somit die charakteristische Leistung abgeändert wird (vgl. C. JÄGER, a.a.O., Rz. 26 in Anlehnung an das Vertragsrecht). Demgegenüber sind unwesentliche Leistungsreduktionen mittels Berichtigung im laufenden Verfahren erlaubt, sofern die Vergabestelle dabei die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einhält (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 829). Bei der Auslegung des Begriffs der wesentlichen Änderung kommt der Vergabestelle ein gewisser Ermessensspielraum zu (C. JÄGER, a.a.O., Rz. 23 m.H.).

5.2.3.2 Neben der «Unwesentlichkeit» der Änderung muss die Änderung des Beschaffungsgegenstandes zusätzlich sachlich geboten sein (C. JÄGER, a.a.O., Rz. 16 ff.).

Mit dem Erfordernis der sachlichen Begründung für die Änderung soll primär verhindert werden, dass die Vergabestelle das Projekt zur Diskriminierung oder Bevorteilung einzelner Anbieterinnen verändert (C. JÄGER, a.a.O., Rz. 20). Als sachliche Gründe können die Korrektur von Ausschreibungsfehlern, falsche Mengenangaben, falsche technische Spezifikationen, vergessene Ausschreibung von einzelnen Leistungspositionen und bessere Erkenntnisse über die technischen Möglichkeiten und Lösungen gelten (dito m.H. auf die Praxis). Die Hürde für die Annahme eines sachlichen Grundes ist eher tief anzusetzen, um der Vergabestelle die Möglichkeit zu geben, in Grenzen während des laufenden Verfahrens eigene Fehler zu korrigieren oder neue technische Entwicklungen zu berücksichtigen (C. JÄGER, a.a.O., Rz. 19 m.H. auf HUBERT STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht Zur vergaberechtlichen Praxis des Bundesgerichts seit 1998, in: BR 2002 S. 3 ff., Ziff. 5a, S. 11).

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund für eine wesentliche Änderung vorliegt, steht der Vergabestelle ein nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübender Spielraum zu (vgl. betreffend Abbruch des Verfahrens und Zuschlagswiderruf Zwischenentscheid des BVGer B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 9 i.f.).

5.3

5.3.1 Hinsichtlich der Zuverlässigkeitsziele hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen einerseits Muss-Anforderungen als Zulassungsvoraussetzungen definiert (Beilage 17 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021: Auszug aus Anhang 4 WLW: Projektspezifisches Lastenheft Technik [über alle Subtypen], Titel 15.3.2: Zuverlässigkeit, darunter das Zuverlässigkeitsziel I «15.3.2.1-1.1, PLHB-13034» und das Zuverlässigkeitsziel II «15.3.2.1-1.2, PLHB-13035»). Diese Anforderungen mussten vom Lieferanten beim Ausfüllen der Beilage 18.1 WLW beachtet werden (vgl. die soeben erwähnte Beilage 17 und den nachfolgenden Auszug aus dem Erfassungsblatt «Zuverlässigkeit» gemäss Beilage 18.1 WLW).

2.2. Zuverlässigkeit Triebzüge Subtyp 1a, Subtyp 1e, Subtyp 2a und Subtyp 2b

	Subtyp 1a				Subtyp 1e				Subtyp 2a				Subtyp 2b			
	λ_{G1}	λ_{M1}	λ_{K1}	\hat{A}_{GM1} Zuverlässigkeitskennzahl I (gemäss 18.2)	λ_{G2}	λ_{M2}	λ_{K2}	\hat{A}_{GM2} Zuverlässigkeitskennzahl I (gemäss 18.2)	λ_{G3}	λ_{M3}	λ_{K3}	\hat{A}_{GM3} Zuverlässigkeitskennzahl I (gemäss 18.2)	λ_{G4}	λ_{M4}	λ_{K4}	\hat{A}_{GM4} Zuverlässigkeitskennzahl I (gemäss 18.2)
Gesamtfahrzeug				0				0				0				0
Gewichtung	68				1				20				11			

2.3. Zuverlässigkeit Triebzüge für Bewertung

Gewichtete SOLL-Ausfallrate \hat{A}_{GM}	0
Wert wird im Rahmen des Sub-Zuschlagskriteriums 2.3 bewertet	

Andererseits hat die Vergabestelle eine Übererfüllung der Zuverlässigkeit im Rahmen von SubK 2.3 (Zusicherungen betreffend Zuverlässigkeit) bewertet (vgl. AGU, Ziff. 4.2.3 gemäss Beilage 6 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021).

In Ziff. 4.2.3 der AGU wird hinsichtlich der Bewertung des Subk 2.3 insbesondere Folgendes festgehalten:

Die Ausfallrate gemäss Beilage 18.1 WLV wird wie folgt bewertet:

- Der Lambda-Wert $\tilde{\lambda}_{GM} \leq 200$ erhält die maximale Punktzahl von 40.
- Der Lambda-Wert $\tilde{\lambda}_{GM} \geq 430$ erhält null Punkte.
- Die Punkteverteilung dazwischen erfolgt linear. Es werden nur ganze Punkte – gemäss mathematischen Regeln gerundet – verteilt.

Die vorgenannte Bewertung der Ausfallrate gemäss Beilage 18.1 WLV wird mit folgenden Faktoren multipliziert, sofern die Plausibilitätsprüfung in den Beilagen 18.3, 18.4, 18.5 und 18.6 WLV im Widerspruch zur ausgewiesenen Ausfallrate steht:

Faktor	Angaben und Ausführungen des Anbieters
1	Widerspruchsfreie Plausibilitätsprüfung für Triebzugsubtypen 1a UND 1e UND 2a UND 2b.
0.875	Widerspruchsfreie Plausibilitätsprüfung für 3 von den 4 Triebzugsubtypen 1a, 1e, 2a und 2b.
0.75	Widerspruchsfreie Plausibilitätsprüfung für 2 von den 4 Triebzugsubtypen 1a, 1e, 2a und 2b.
0.625	Widerspruchsfreie Plausibilitätsprüfung für 1 von den 4 Triebzugsubtypen 1a, 1e, 2a und 2b.
0.5	Fehlende oder widersprüchliche Plausibilitätsprüfung betreffend aller Triebzugsubtypen 1a, 1e, 2a und 2b (Beilage 18.3, 18.4, 18.5 und 18.6) UND/ODER Fehlende Angaben zu den geforderten Systemen bzw. Subsystemen in Beilage 18.1.

Die gewichtete Ausfallrate Λ_{GM} , die massgeblich für die Bewertung dieses Subkriteriums ist, wird gemäss folgender Formel berechnet (s. Beilage 18.2 WLV, Ziffer 6.4): $\Lambda_{GM} = 100 * \Lambda_G + 10 * \Lambda_M$

5.3.2 Mit der Berücksichtigung der Übererfüllung der technischen Spezifikationen hinsichtlich Zuverlässigkeitsziele stellt die Vergabestelle einen Bezug zur Qualität der zu beschaffenden S-Bahn-Triebzüge her und damit auch einen Bezug zur Wirtschaftlichkeit der Produkte. Die gegenüber allen Anbieterinnen transparent bekannt gegebene Definition der Zuverlässigkeitsziele als Minimal-Muss-Anforderung und die Berücksichtigung deren Übererfüllung bei der Bewertung des Subk 2.3 sind deshalb als grundsätzlich zulässig zu beurteilen (vgl. supra E. 5.2.1).

5.4

5.4.1 Die Vergabestelle hat mit Schreiben vom 31. März 2021 (Beschwerdebeilage 12; Vorakten Ordner 22: Korrespondenz) alle Anbieterinnen über die Korrektur der Zuverlässigkeitsziele mit Bezug auf Anhang 4 WLV informiert. Die Änderung betrifft die PLHB-Anforderungen 13034 und 13035, für welche neu die folgenden Ausfallraten festgelegt wurden:

- PLHB-13034: $\lambda_G \leq 5$ (bisher $\lambda_G \leq 2$)
- PLHB-13035: $\lambda_G + \lambda_M \leq 42$ (bisher $\lambda_G + \lambda_M \leq 25$).

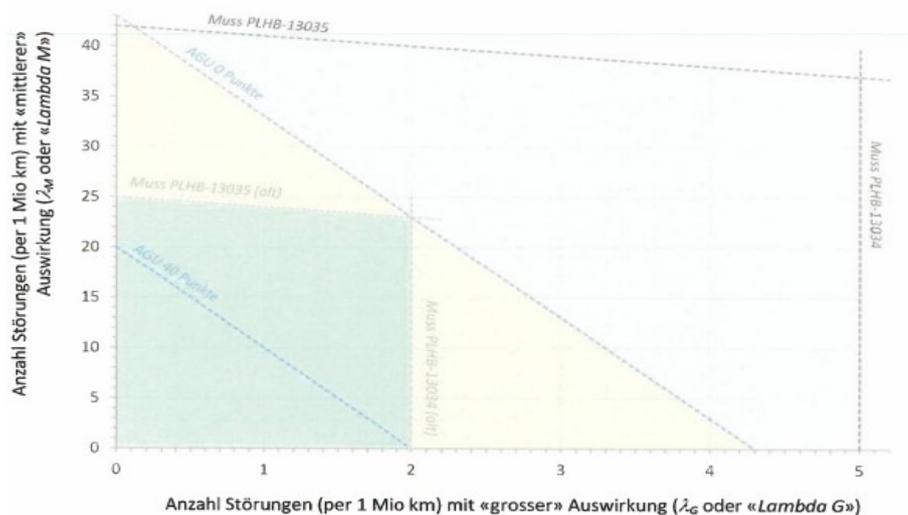
Gemäss Schreiben vom 31. März 2021 hat die Anpassung der Muss-Anforderungen zur Aktualisierung des Anhangs 4 WLV und der Beilage 4.27 zu Anhang 4 WLV geführt. Die Vergabestelle hat ferner mitgeteilt, dass das Sub-Zuschlagskriterium 2.3 «Zusicherung betreffend Zuverlässigkeit» und die dazugehörigen Beilagen 18.1, 18.3, 18.4, 18.5 und 18.6 von den Anpassungen nicht betroffen seien und sich die Bewertung sowie Bewertungsskala des Subk 2.3 nach wie vor gemäss Ziff. 4.2.3 AGU richte. Weiter hat die Vergabestelle eine entsprechende Anpassung der Ziffer 5.3.2 im Anhang 8 WLV im Rahmen der Bereinigungsgespräche mit den jeweiligen Anbieterinnen in Aussicht gestellt, dies unter Wahrung der Vergleichbarkeit und Gleichbehandlung an die neu geltenden Muss-Anforderungen. Schliesslich hat die Vergabestelle die bisherige Frist zur Angebotseinreichung unverändert gelassen (23. April 2021).

5.4.2 Formell betrachtet hat die Vergabestelle im Sinne der bereits zitierten Praxis (vgl. supra E. 5.2.2) vergaberechtskonform gehandelt, indem sie im vorliegenden Fall vor Ablauf der Offerteingabefrist eine Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele beschlossen und gleichzeitig die davon betroffenen Stellen der Ausschreibungsunterlagen entsprechend berichtigt und alle Anbieterinnen informiert hat. Auf die Frage, ob die Angebotsfrist deswegen allenfalls hätte angepasst werden müssen, wird hinten in E. 5.6 eingegangen.

5.5 Weiter stellt sich die Frage, ob die beschlossene Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit inhaltlich zulässig ist, das heisst ob sich eine solche Änderung auf einen sachlichen Grund stützt, nicht als wesentlich gilt und im Einklang mit den vergaberechtlichen Prinzipien (insbesondere dem Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot) steht (vgl. supra ganze E. 5.2.3)

5.5.1 Als Grund für die Anpassung hat die Vergabestelle in ihrem Schreiben vom 31. März 2021 einen Fehler in der Herleitung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen im Anhang 4 WLV angeführt. In ihren Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat die Vergabestelle mehrmals hervorgehoben, sie habe die ursprünglichen Muss-Anforderungen strenger als die Bewertungskriterien für das SubK 2.3 festgelegt. Die nicht korrekte Abgleichung zwischen den Muss-Anforderungen und den Bewertungskriterien habe zur widersprüchlichen und unlogischen Situation geführt, dass Angebote, welche die Muss-Anforderungen nicht erfüllt hätten, Punkte bei der Bewertung des Subk 2.3 hätten erhalten können. Die Vergabestelle hat die von ihr geschilderte Situation anhand der folgenden

Grafik veranschaulicht (Rz. 61 und 62 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021):



- 12 Die schraffierten Linien auf der rechten und oberen Seite der Grafik kennzeichnen die *neuen* (korrigierten) Muss-Anforderungen («Muss PLHB-13034» und «Muss PLHB-13035»). Alle Angebote, die innerhalb dieser Linien liegen, erfüllen die Muss-Anforderungen. Aber nur diejenigen Angebote, die innerhalb der schraffierten Linie «AGU 0 Punkte» (orange Dreiecke und dunkelgrünes Viereck) liegen, erhalten Punkte im Rahmen des SubK 2.3.

Weiter erklärt die Vergabestelle, die Auflösung des Widerspruchs sei notwendig gewesen, um zu verhindern, dass sich die Vergabestelle dem Vorwurf des widersprüchlichen Verhaltens und der Willkür ausgesetzt hätte. Denn die AGU bilde gemäss ihrer Ziffer 1 für die Anbieter die Grundlage für die Angebotserstellung und die Anbieterinnen hätten sich nach Treu und Glauben darauf verlassen dürfen, dass, wenn die von ihnen angegebenen Zuverlässigkeitswerte innerhalb der Bandbreite gemäss Subk 2.3 liegen würden, ihr Angebot gültig sei und nicht wegen Nichterfüllens der Zulässigkeitsanforderungen ausgeschlossen werde. In Anbetracht der Bedeutung und Struktur der AGU hätten sich die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit am Subk 2.3 zu orientieren und nicht umgekehrt.

5.5.2 Nach Darstellung der Vergabestelle soll die verlangte Korrektur der Ausschreibungsunterlagen im Wesentlichen dem Ziel dienen, die Werte der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele mit denjenigen des Subk 2.3, mithin mit der vorgegebenen Struktur der AGU als Grundlage für die Angebotserstellung, in Einklang zu bringen. Damit soll sicherstellt werden, dass eine Übererfüllung der Muss-Anforderungen bei der Bewertung des Subk 2.3 nur dann berücksichtigt werden kann, wenn die entsprechen-

den Angebote die Muss-Anforderungen auch effektiv erfüllen. Ein Festhalten an den ursprünglichen strengeren Muss-Kriterien hätte die beschriebene widersprüchliche Situation aufrechterhalten und die Vergabestelle mit dem Risiko einer Rüge widersprüchlichen Verhaltens oder einer Willkür-rüge konfrontiert.

5.5.3

5.5.3.1 Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts sind die Ausführungen der Vergabestelle bezüglich der Korrektur der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele nachvollziehbar und bewegen sich im Ermessenspielraum der Vergabestelle. Die Voraussetzungen für die Annahme eines sachlichen Grunds im Sinne der vorne zitierten Praxis (vgl. E. 5.2.3.2) sind in Anbetracht der geltend gemachten Widersprüchlichkeit zwischen der ursprünglichen technischen Spezifikation und der Erfüllung des SubK 2.3 somit gegeben. In einem solchen Fall muss der Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens freistehen, ein kohärentes Anforderungs- und Bewertungssystem aufzustellen. Soweit die Beschwerdeführerin das Vorliegen eines Widerspruchs und die Notwendigkeit der Änderung beanstandet, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden. Am Beispiel der finalen Offerte der Beschwerdeführerin ist der von der Vergabestelle vorgebrachte Widerspruch konkret erkennbar (vgl. Vorakten Ordner 13, Beilage 18.1). Unter Beibehaltung der strengeren Muss-Anforderung hätte die Beschwerdeführerin Punkte beim SubK 2.3 erhalten, weil sie eine gewichtete Ausfallsrate $\Lambda_{GM} \leq 430$ aufweist. Und dies obwohl sie das Muss-Kriterium PLHB-13034 nicht erfüllen würde. Bereits aus diesem Grund ist auf die verlangten Gutachten und die beantragte Parteibefragung betreffend die Korrektur eines Fehlers bei der Herleitung der ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten und die entsprechenden Anträge sind abzuweisen.

5.5.3.2 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die Korrektur der Muss-Anforderungen habe zu einer Veränderung der Balance zwischen Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit geführt und sich sinngemäss auf eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots beruft, ist ihre Rüge ebenfalls unbegründet. Die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele und die Zusicherung betreffend Zuverlässigkeit gemäss dem SubK 2.3 des Zuschlagskriteriums 2 «Qualität» tangieren nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots, sondern die Definition des Leistungsgegenstands. Dieser Aspekt fällt grundsätzlich in die unternehmerische Freiheit der Vergabestelle, welcher nicht durch den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, sondern in

erster Linie durch das Diskriminierungsverbot Schranken gesetzt werden (vgl. Urteil des BGer 2C_147/2017 vom 23. Januar 2018 E. 2.5.2 m.H. auf MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2011 f.; vgl. zum Diskriminierungsverbot nachfolgend E. 5.5.3.4). Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz äussert sich nämlich nicht dazu, was beschafft werden soll, sondern stellt lediglich sicher, dass unter all den Angeboten, die die vordefinierte Leistung offerieren, das wirtschaftlich günstigste gewählt wird (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.6.1 S. 326 f.; BEYELER, a.a.O., Rz. 2011 f.).

5.5.3.3 In der Beschwerde und in der Replik hat die Beschwerdeführerin sodann den Vorwurf erhoben, dass die Änderung der Muss-Anforderungen nur der Privilegierung der Beschwerdegegnerin gedient haben soll und Zweifel geäussert, ob die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen erfüllt habe, da diese beim Subk 2.3 keine Punkte erzielt habe. Im Laufe der Instruktion des vorliegenden Verfahrens hat die Beschwerdegegnerin eingewilligt, eine von ihr abgedeckte Version der Beilage 41 der Duplik der Vergabestelle (Erstes Angebot Y. AG, WLV Beilage 18.1 vom 23. April 2021) der Akteneinsicht der Beschwerdeführerin zugänglich zu machen. Aus Ziff. 2.2 dieser Beilage («Zuverlässigkeit Triebzüge Subtyp 1a, Subtyp 1e, Subtyp 2a und Subtyp 2b») geht hervor, dass die von der Zuschlagsempfängerin angegebenen Werte sich im Rahmen der Minimalwerte der ursprünglichen Muss-Anforderungen (PLHB-13034: $\lambda_G \leq 2$ und PLHB-13035: $\lambda_G + \lambda_M \leq 25$) an die Zuverlässigkeitsziele bewegen. Für das erste Angebot der Beschwerdeführerin bzw. der dritten Anbieterin ist genau das Gegenteil der Fall (vgl. Vorakten Ordner 13, WLV Beilage 18.1 vom 23. April 2021). Bereits aufgrund des offengelegten Zahlenmaterials lässt sich der Vorwurf der Privilegierung der Beschwerdegegnerin demnach widerlegen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin die Plausibilität der ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte der Beschwerdegegnerin mit Erfolg in Zweifel ziehen könnte, würde das im Ergebnis lediglich bedeuten, dass keine der Anbieterinnen mit ihrer ersten Offerte die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele erfüllt hätte. Der Rüge der Beschwerdeführerin, die Aufweichung der Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen sei nur zum Zweck der Privilegierung der Beschwerdegegnerin erfolgt, wäre damit endgültig die Grundlage entzogen. In Anbetracht dieses Ergebnisses kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme der offerierten Parteibefragungen und Gutachten zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin die strengeren Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele erfüllt hätte bzw. ob eine gezielte Privilegierung der Beschwerdegegnerin vorliegt, verzichtet werden.

5.5.3.4 Ebenfalls vergeblich versucht die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin trotz einer Lockerung der Muss-Anforderungen im Subk 2.3 keine Punkte erzielt hat, Rückschlüsse darauf zu ziehen, dass die Beschwerdegegnerin auch die ursprünglichen Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit nicht erfüllt hätte. Denn die Erteilung von null Punkten macht lediglich eine Aussage darüber, dass die Zuverlässigkeitswerte der Beschwerdegegnerin zu keiner Übererfüllung geführt haben.

5.5.3.5 Eine Korrektur der Muss-Anforderungen, welche wie vorliegend über den Ausschluss bzw. Nichtausschluss von Anbieterinnen entscheidet, kann zwar nicht ohne Weiteres als unwesentlich qualifiziert werden. Aber selbst wenn darin ein Verfahrensfehler zu erkennen wäre, kann die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Mängel im Ablauf eines Vergabeverfahrens sind – soweit keine formellen Garantien betroffen – nämlich nur dann beachtlich, wenn sie erheblich sind, das heisst, wenn sie die Zuschlagserteilung kausal beeinflusst haben oder beeinflussen haben können (Urteil des BVGer B-4009/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.7.4; Zwischenentscheide des BVGer B-3553/2019 vom 24. September 2019 E. B-6997/2018 vom 30. April 2019 BVGE 2016/19 E. 6.3.2).

Die Kausalität eines Verfahrensfehlers wird generell angenommen, wenn der Ausgang des Verfahrens bei Ausbleiben des Fehlers eine Besserstellung des Beschwerdeführers zur Folge gehabt hätte. Aufgrund der geschilderten Aktenlage ist der Vergabestelle vorliegend jedoch insofern zuzustimmen, als die Beschwerdeführerin und nicht die Zuschlagsempfängerin bei einer Bewertung nach den ursprünglichen Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre, weshalb der Zuschlag auch dann bei der Beschwerdegegnerin verblieben wäre. Weder eine Bewertung nach den ursprünglichen noch eine solche nach den geänderten Kriterien hätte somit eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin zur Folge gehabt. Der geltend gemachte Verfahrensfehler ist daher als nicht kausal und damit unerheblich einzustufen, weshalb sich Weiterungen zu diesem Punkt erübrigen.

5.5.3.6 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Korrektur der Muss-Anforderung durch die Vergabestelle als zulässig und vergaberechtskonform zu bezeichnen ist.

5.6 Nachfolgend bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach die Änderung der Muss-Anforderungen betreffend Zuverlässigkeitsziele selbst bei Zulässigkeit zu einer Verlängerung der Angebotsfrist hätte führen müssen.

5.6.1 Vorliegend wurde die Anpassung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele unter gleichzeitigem Hinweis, dass die Korrektur keine Auswirkungen auf die Frist zur Einreichung der Angebote zeitige, gegenüber allen Anbieterinnen zeitgleich angekündigt, womit sich die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Transparenz als gewahrt erweisen. Das scheint die Beschwerdeführerin selbst anzuerkennen, wenn sie ausführt, dass alle Anbieterinnen noch 23 Tage Zeit bis zur Abgabe ihrer Angebote gehabt hätten.

5.6.2 Soweit die Beschwerdeführerin aber geltend macht, dass die Ausgangslage zum Zeitpunkt der Änderung nicht für alle Anbieterinnen gleich gewesen sei und dabei auf ihre Ausführungen Bezug nimmt, gemäss welchen die Beschwerdegegnerin die ursprünglichen Muss-Anforderungen nicht eingehalten habe, ist für das Gericht nicht ersichtlich, worauf die Beschwerdeführerin eigentlich abzielen will. Die Beschwerdeführerin begründet die Pflicht zur Verlängerung der Angebotsfrist im Wesentlichen damit, sie hätte nach der Änderung der Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeit eine weniger redundante Traktionskette einbauen und damit die Kosten senken können. Dabei unterlässt sie es, konkret aufzuzeigen, ob und inwiefern das Festhalten an der ursprünglichen Frist effektiv zu einer relevanten Verschlechterung der Rahmenbedingungen für die Erstellung der Offerte bzw. zu einem unverhältnismässigen Aufwand beigetragen hätte. Allein aus der von ihr erstellten Liste der Dokumente, auf welche sich die Korrektur der Muss-Anforderungen ihrer Meinung nach ausgewirkt hätte, kann die Beschwerdeführerin ohne nähere Substantiierung zum benötigten Anpassungsaufwand bzw. –Bedarf auf jeden Fall nichts zu ihren Gunsten ableiten. Aufgrund der nachvollziehbaren Ausführungen der Vergabestelle ist davon auszugehen, dass zumindest mit Bezug auf die Beilagen 4.1 und 4.3 WL (Erfassungsblätter zum technischen Lastenheft), in welchen die Anpassung in einer kurzen Ja- bzw. Nein-Rückmeldung bestand sowie mit Bezug auf die Beilagen 15.2 bis 15.7 WL (6 Instandstellungstabellen), in welchen einzelne Zahlen geändert werden konnten, von grundlegenden und aufwändigen Änderungen keine Rede sein kann.

5.6.3 Hinzu kommt, dass sich die Vergabestelle im vorliegenden Fall Bereinigungs- und Verhandlungsrunden nicht nur vorbehalten, sondern auch durchgeführt hat. Innerhalb dieses Prozesses waren Änderungen des Leistungsgegenstands wenn auch nur im beschränkten Rahmen möglich (vgl. die ganze E. 4). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Bereinigungsrounden ihre ursprünglichen Zuverlässigkeitswerte korrigieren konnte, aber auf eine Anpassung des Gesamtfahrzeugs aus finanziellen Gründen verzichtete (vgl. Beilage 43 der Duplik, Ausführungen zur Frage ID 055). Schliesslich ist anzumerken, dass das Angebot der Beschwerdeführerin durch die Korrektur der ursprünglichen Kriterien zum Vergabeverfahren zugelassen und bewertet wurde, was eine Besserstellung der Beschwerdeführerin bedeutet. Es ist deshalb nicht ersichtlich, woraus die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche auf eine Verlängerung der Angebotsfrist ableitet.

5.6.4 Aus all diesen Gründen erweist sich der Vorwurf der unzulässigen Kurzfristigkeit der Angebotsfrist als unbegründet. Auf die Frage, ob eine effektive Optimierung des Fahrzeugs durch die Beschwerdeführerin zu wesentlichen Punktegewinnen geführt hätte, braucht bei diesem Ergebnis nicht mehr eingegangen zu werden.

5.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabestelle weder ihr Ermessen überschritten noch eine Rechtsverletzung begangen hat, indem sie vor dem Offerteingabetermin die Muss-Anforderungen an die Zuverlässigkeitsziele angepasst hat. Eine Auseinandersetzung mit den Vorwürfen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin hinsichtlich Treuwidrigkeit und Verspätetheit der Rüge der Beschwerdeführerin erübrigt sich bei diesem Ergebnis.

6.

Die Beschwerdeführerin beanstandet weiter die Bewertung der Offerten bezüglich der Subkriterien SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis), SubK 2.1 (Projektplan), SubK 2.2 (Reifegradmodell) und SubK 4.2 (technische Entwicklungsfähigkeit).

Gemäss Ziff. 4 AGU wurden folgende Zuschlags- bzw. Subkriterien festgelegt und wie folgt gewichtet:

Nr.	Zuschlagskriterium (ZK)	Gewichtung in %	Gewichtung in Punkte
ZK 1	Wirtschaftlichkeit	36	360
SubK 1.1	Investitionskosten Grundbestellmenge und optionale Bestellmenge Triebzüge	20	200
SubK 1.2	LCC (Instandhaltung und Reinigung)	10	100
SubK 1.3	Energiekosten und Trassenpreis	5	50
SubK 1.4	Preisliste der Erstbevorratungs- und Ersatzteile	1	10
ZK 2	Qualität	28	280
SubK 2.1	Projektplan	10	100
SubK 2.2	Reifegradmodell von Systemen	10	100
SubK 2.3	Zusicherungen betreffend Zuverlässigkeit	4	40
SubK 2.4	Projektspezifisches Qualitätsmanagementkonzept	4	40
ZK 3	Erfüllungsgrad der Lastenhefte	28	280
SubK 3.1	Technische Anforderungen	10	100
SubK 3.2	Kundenanforderungen	10	100
SubK 3.3	Fahrplantechnische Anforderungen	5	50
SubK 3.4	Anforderungen Betriebseinführung und Ausbildung	3	30
ZK 4	Kommerziell-technische Einzelaspekte	8	80
SubK 4.1	Umgang Rechtsänderungen und deren kommerziellen Folgen	5	50
SubK 4.2	Technische Entwicklungsfähigkeit	2	20
SubK 4.3	Gewährleistung und Haftungsbegrenzungen	1	10
TOTAL		100	1000

Aus der Gesamtbewertungstabelle (Vorakten, Ordner 15; vgl. auch Beilage 7 der Stellungnahme der Vergabestelle vom 12. November 2021: Debriefing-Protokoll) ergibt sich, dass die Zuschlagsempfängerin ein Total von 750 Punkten erzielte und die zweitplatzierte Beschwerdeführerin auf 694 Punkte kam. Beim SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis) hat die Beschwerdeführerin keine Punkte bekommen, während das Angebot der Zuschlagsempfängerin das Punktemaximum erreichte. Beim SubK 2.1 (Projektplan) wurden der Beschwerdeführerin bzw. der Zuschlagsempfängerin 50 bzw. 75 Punkte erteilt. Beim SubK 2.2 (Reifegradmodell von Systemen) erreichte die Zuschlagsempfängerin eine leicht bessere Punktzahl (48 Punkte) als die Beschwerdeführerin (36 Punkte). Beim SubK 4.2 (technische Entwicklungsfähigkeit) resultierte ein Punktegleichstand (0 Punkte).

6.1 Bei der Auswahl, Gewichtung und Beurteilung der Eignungs- und Zuschlagskriterien steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nicht eingreift. Dem Gericht fehlen in der Regel die erforderlichen fachspezifischen und technischen Kenntnisse für die Beurteilung, welche Anforderungen ein Produkt erfüllen muss, um dem Bedarf der Vergabestelle gerecht zu werden (vgl. Art. 31 BöB; BGE 141 II 14 E. 7.1 und 8.3 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-2584/2016 vom 30. Juni 2017 E. 3.1 und B-1470/2010 vom 29. September 2010 E. 2.2; Zwischenentscheid des BVGer B-620/2018 vom 13. Juni 2018 E. 8.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 564 ff.

und 976). Hat die fachkundige Vergabebehörde eine Beurteilung bzw. Bewertung vorgenommen, kommt eine Korrektur der Noten- bzw. Punktgebung daher nur in Betracht, soweit sich diese nicht nur als unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (vgl. Urteil des BVGer B-6082/2011 vom 8. Mai 2012 E. 2.2 "Kontrollsystem LSVA" E. 2.3; Zwischenentscheide des BVGer B-6762/2011 vom 26. Januar 2012 E. 4.1 "Nachträge für die Systematische Sammlung des Bundesrechts" und B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 6.3 mit Hinweisen "GIS-Software für Rail Geo System"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388). Dabei genügt es zu deren Infragestellung nicht, die vorgenommene Beurteilung mit unbelegten Verdächtigungen zu kritisieren, sondern es ist substantiiert darzulegen, inwiefern das (technische) Ermessen überschritten worden ist (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri").

6.2 SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis)

6.2.1

6.2.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt zum Unterkriterium 1.3 vor, das Angebot der Beschwerdegegnerin sei zu hoch und ihr eigenes zu tief bewertet worden. Sie führt ihr aus ihrer Sicht unerklärbar schlechtes Abschneiden auf drei Faktoren zurück. Erstens habe die Beschwerdegegnerin ein mit den ursprünglichen Muss-Anforderungen nicht konformes Fahrzeug geplant. Zweitens habe die Beschwerdegegnerin falsche Werte geliefert und drittens sei der Vergabestelle ein Rechenfehler bei der Berechnung des relativen Abschneidens unterlaufen. Im Wesentlichen wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle zwei Rechtsfehler vor: eine unzureichende Plausibilisierung der Angaben einerseits und eine falsche Anwendung der Vergleichsberechnung andererseits. Die offengelegte Plausibilisierung der Energiekosten und Trassenpreise der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin enthielten keine nachvollziehbare Begründung und es fehle an konkreten, mit mathematischen Schätzungen untermauerten Argumenten. In diesem Punkt beantragt die Beschwerdeführerin die Erstellung eines Gutachtens. Selbst bei einer rechtskonformen Plausibilisierung habe die Vergabestelle nicht vergleichbare Werte verglichen und die Plausibilisierung auf unterschiedliche Annahmen gestützt. Die Beschwerdeführerin geht diesbezüglich davon aus, dass sie die einzige Anbieterin sei, die einen Triebzug mit [...] offeriert [...] habe. Schliesslich beteuert sie, sie habe sich [...] am Industriestandard [...] und sonst auch am Komfortkriterium der Vergabestelle für die Fahrplangestaltung orientiert. Nur bei der

Einhaltung dieser Standards werde auch sichergestellt, dass das Zuschlagskriterium Fahrplangestaltung (SubK 3.3) erfüllt werde.

6.2.1.2 Die Vergabestelle hat in ihren Eingaben die wesentlichen Gründe für die unterschiedliche Beurteilung des SubK 1.3 unter Bezugnahme der Plausibilisierungsblätter der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin erörtert und ergänzt. Im Wesentlichen weist sie den Vorwurf der mangelhaften Plausibilisierung der Energiekosten und der fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote zurück. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin unterstreichen, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene Norm [...] in der Schweiz nicht verbindlich sei. [...]. Im Übrigen gehe es beim angerufenen «Komfortkriterium» (maximale Bremsverzögerung 0.8 m/s^2) um einen Parameter, der für die Simulation der Fahrzeiten zur Anwendung komme. Die Simulation diene der Bewertung des SubK 3.3 (Fahrplantechnische Anforderungen) und stelle keine Vorgabe für das SubK 1.3 dar.

6.2.2 Bezüglich des SubK 1.3 wurden die Anbieterinnen aufgefordert, die Angaben zu den Energiekosten und Trassenpreise in die Beilagen 14.1 und 14.2 zum WLV einzutragen. Sie hatten dabei schwerpunktmässig die Vorgaben gemäss Anhang 14 WLV und den Beilagen 14.3, 14.4 und 14.5 umzusetzen. Die Berechnungsgrundlagen waren in den Beilagen 14.6 bis 14.7 zu dokumentieren. Die in der Beilage 14.1 WLV ausgewiesene Gesamtsumme zwischen den Energiekosten und Trassenpreisen wurde wie folgt bewertet: - Das Angebot mit dem tiefsten Angebotspreis erhält die maximale Punktzahl von 50, - Die Angebote, welche den tiefsten Angebotspreis um 30% übersteigen, erhalten null Punkte, - Die Punkteverteilung dazwischen erfolgt linear und es werden nur ganze Punkte – gemäss mathematischen Regeln gerundet – verteilt (vgl. Ziff. 4.1.3 AGU).

Rein mathematisch betrachtet ist festzuhalten, dass die Bewertung der Angebote im SubK 1.3 nach dem linear gekürzten System nicht zu beanstanden ist. Das günstigste Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde gemäss Ziff. 4.1.3 AGU mit dem Punktemaximum honoriert und das Angebot der Beschwerdeführerin, welches dieses um über 30% übertrifft und damit das teuerste der drei Angebote darstellt, hat 0 Punkte erhalten.

6.2.3 Gemäss den Plausibilisierungsblättern der Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdegegnerin (Beilagen 23 und 22 der Stellungnahme der Vergabestelle) wurden beide von der Vergabestelle aufgefordert, zusätzliche Informationen nachzureichen und einzelne Punkte zu überprüfen bzw.

zu korrigieren. Soweit die Beschwerdeführerin den Vorwurf einer nicht hinreichenden Plausibilisierung der Angaben äussert, ist ihre Rüge in rein formeller Hinsicht deshalb unbegründet. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die Vergabestelle grundsätzlich auf die ausgewiesenen Zahlenangaben der Anbieterinnen abstellen kann (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4 S. 40, 139 II 489 E. 3.2 S. 495 f.). Sie ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, solche Angaben nachzuprüfen. Ob sie dies tut, liegt in ihrem Ermessen, welches nicht überschritten ist, solange nicht konkrete Hinweise bestehen, dass die eingereichten Unterlagen nicht wahr sind (vgl. BGE 141 II 14 E. 8.4.4 S. 40 sowie Urteil des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3). Ob das Ergebnis der Plausibilisierung materiell einer vergaberechtlichen Prüfung standhält, ist nachfolgend zu prüfen.

6.2.4 Gemäss dem Plausibilisierungsblatt wurden die von der Beschwerdegegnerin eingereichten Werte aufgrund ihrer Vergleichbarkeit mit denjenigen der Bestandsflotten als plausibel erachtet. Die Vergabestelle führt ergänzend aus, dass der Vergleich der Angebotsangaben mit den effektiv erzielten Werten des in der Flotte der Beschwerdegegnerin bereits verkehrenden Fahrzeugtyps (...) ohne weiteres möglich sei und keine nennenswerten Abweichungen festgestellt worden seien.

Ausschlaggebend für die höheren Kosten der Beschwerdeführerin und die damit einhergehende schlechtere Bewertung ihres Angebots ist vorwiegend der hohe Energieverbrauch des Antriebs, welcher einerseits auf [...] und andererseits auf [...] zurückgeführt werden kann (Plausibilisierungsblatt SubK 1.3 der Beschwerdeführerin).

Im Beschwerdeverfahren hat die Vergabestelle die Faktoren, auf welche der Energiekonsum der angebotenen Triebzugtypen 1 und 2 ihrer Ansicht nach zurückgeht, weiter präzisiert und auf die Unterschiede der Angebote der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin hingewiesen. [...].

6.2.5 Aus Sicht des Gerichts stellen die Kommentierungen in den Plausibilisierungsblättern und die Ergänzungen der Vergabestelle in ihren Eingaben durchaus sachliche und nachvollziehbare Gründe für den Punkteunterschied zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin beim SubK 1.3 dar. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle im Rahmen der Plausibilisierung auf eigene Erkenntnisse und Erfahrungen abstellt und dabei die von der Beschwerdegegnerin angegebenen Werte mit den effektiv erzielten Werten beim Fahrzeugtyp (...) vergleicht, der be-

reits in der Flotte der Vergabestelle verkehrt. Aufgrund ihres Kenntnisstands ist die Vergabestelle am besten in der Lage zu beurteilen, dass der offerierte und der bereits verkehrende Fahrzeugtyp über weite Strecken identisch und daher sehr gut miteinander vergleichbar sind. Der Vorwurf der nicht nachvollziehbaren Begründung und die Mutmassung der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin habe falsche Angaben geliefert, gehen demnach fehl. Ferner vermögen die von der Vergabestelle angeführten Faktoren für die höheren Kosten des Angebots der Beschwerdeführerin in ihrer Summe das schlechtere Abschneiden der Beschwerdeführerin im SubK 1.3 zu erklären. Soweit die Beschwerdeführerin das Fehlen von konkreten, mit mathematischen Schätzungen untermauerten Argumenten bemängelt, verkennt sie, dass die Bewertung des SubK 1.3 für alle Anbieterinnen in erster Linie aufgrund ihrer Angaben in den Beilagen 14.1 bis 14.7 zu erfolgen hatte und die Plausibilisierung gestützt auf die von den Anbieterinnen zusätzlich eingeholten Informationen vorgenommen wurde. Diese Vorgehensweise wurde für die Beschwerdeführerin und die Beschwerdegegnerin gleich gehandhabt. Von einer ungenügenden Plausibilisierung kann also keine Rede sein.

6.2.6 [...]. Vor diesem Hintergrund kann die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten ihre Bewertung des SubK 1.3 nicht grundlegend verbessern, zumal sie in dieser Hinsicht auch keine konkreten Vorschläge vorbringt. Sie hat nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die Vergabestelle bei der Bewertung des SubK 1.3 ihr technisches Ermessen überschritten haben und die Bewertung sachlich nicht nachvollziehbar, d.h. willkürlich sein soll. Die Rüge der rechtfehlerhaften Bewertung erweist sich schon aus diesem Grund als unbegründet. Von der Einholung des offerierten Gutachtens betreffend Energiekosten ist in antizipierter Beweiswürdigung abzusehen, nachdem feststeht, dass die Bewertung den im Voraus kommunizierten Zuschlagskriterien entspricht und auf die in nachvollziehbarer Weise plausibilisierten Angaben der Anbieterinnen abstellt. Der entsprechende Antrag ist deshalb abzuweisen.

6.2.7 Soweit die Beschwerdeführerin der Vergabestelle schliesslich vorwirft, nicht vergleichbare Werte miteinander verglichen zu haben, ist der Vollständigkeit halber anzumerken, dass die Kritik der Beschwerdeführerin, wonach die Vergabestelle sich [...] auf nicht vergleichbare Werte gestützt habe, auf reinen Spekulationen beruht, die im Lauf des Beschwerdeverfahrens ausgeräumt werden konnten. So hat es sich herausgestellt, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch die Beschwerdegegnerin einen Triebzug mit [...] offeriert hat (vgl. Duplik der Beschwerdegegnerin Rz. 119,

Duplik der Vergabestelle Rz. 165). Ausserdem resultierte aus den Eingaben der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene europäische Norm [...] für die Schweiz nicht verbindlich ist [...] (vgl. Duplik der Vergabestelle Rz. 167, Duplik der Beschwerdegegnerin Rz. 120 ff.; Beilage 5 der Duplik der Beschwerdegegnerin). Es ist weder ersichtlich noch wird dies von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Einhaltung der Norm [...] zwingend vorgeschrieben war. Und schliesslich dürfte es sich beim von der Beschwerdeführerin angeführten «Komfortkriterium» um einen für die Simulation von Fahrzeiten angewendeten Parameter handeln, der bei der Bewertung des SubK 3.3 (Fahrplantechnische Anforderungen) zur Anwendung gelangt und keine Vorgabe für das SubK 1.3 darstellt (vgl. Quadruplik der Vergabestelle Rz. 42; vgl. auch entsprechender Hinweis auf das SubK 3.3 im Plausibilisierungsblatt der Offerte der Beschwerdeführerin).

6.2.8 Insgesamt sind keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Bewertung des SubK 1.3 ersichtlich.

6.3 SubK 2.1 (Projektplan)

6.3.1

6.3.1.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet zunächst, die Vergabestelle habe an den Projektplan ausführliche, aber vage Anforderungen gestellt, welche grosse Gestaltungsspielräume belassen hätten. Bei den Erläuterungen in Ziff. 4.2.1 AGU zu Inhalt und Bewertung des Projektplans handle es sich um allgemein gehaltene Angaben, die den Ablauf einer jeden öffentlichen Beschaffung widerspiegeln, wobei ein Erkenntniswert hinsichtlich geforderter Detailliertheit oder Ausführlichkeit nicht bestanden habe. Weiter macht die Beschwerdeführerin eine zu tiefe Bewertung ihres Angebots geltend. Im Wesentlichen verwirft sie die von der Vergabestelle anlässlich des Debriefings geäusserte Kritik und beteuert, dass die angeblich fehlenden bzw. unvollständigen Ausführungen in ihrem Projektplan klar und nachvollziehbar vorhanden gewesen seien. Ferner gibt die Beschwerdeführerin an, in welchen Meilensteinen sie die Themen Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung behandelt haben soll. Ferner erklärt sie, sie habe die Mitwirkungspflichten der Vergabestelle und der Beschaffungspartner in der fünften Spalte des Projektplans in nahezu allen von ihr genannten Meilensteinen aufgeführt. Insbesondere habe sie konkret thematisiert, welche Mitwirkungspflicht erforderlich sei, um den «straffen Zeitplan» einzuhalten. Zudem kann die Beschwerdeführerin den

Vorwurf nicht verstehen, sie habe die Typenstestphase «als eher zu kurz aufgefasst». Soweit die Vergabestelle meine, der Einbezug der erforderlichen Drittparteien sei nicht im erforderlichen Umfang dargestellt worden, bemängelt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe diesen Punkt nicht im Voraus klar definiert. Für die Abklärung des Vorhandenseins und der Plausibilität ihrer Angaben offeriert die Beschwerdeführerin wiederum die Einholung eines Gutachtens.

6.3.1.2 Die Vergabestelle weist den Vorwurf der Vagheit der Anforderungen an den Projektplan zurück und entgegnet, sie habe in Ziff. 4.2.1 AGU die inhaltlichen Vorgaben des Projektplans sowie die anzuwendenden Bewertungskriterien und –Methodik hinreichend klar kommuniziert. Des Weiteren nimmt sie Bezug auf die im Bewertungsprotokoll der Beschwerdeführerin erwähnte Defizite sowie auf die Unterschiede zwischen dem Projektplan der Beschwerdeführerin und demjenigen der Beschwerdegegnerin. Sie kommt zum Schluss, dass die Vorbringen in der Beschwerde keine höhere Bewertung rechtfertigen könnten.

6.3.2 In Ziff. 4.2.1 AGU sind auf eineinhalb Seiten die inhaltlichen Anforderungen an den Projektplan sowie die Bewertungskriterien und die Bewertungsskala definiert.

Die inhaltlichen Vorgaben wurden wie folgt formuliert (Auszug):

Der Anbieter ist aufgefordert, den Projektplan gemäss Beilage 2.1 WLV selbst zu erstellen. Er ist dabei in der Ausgestaltung – mit Ausnahme der mit grauer Farbe hinterlegten Felder – komplett frei. Die grau hinterlegten Stellen sind inhaltlich nicht veränderbar. Vielmehr hat der Anbieter diese (unverändert) in seinen Projektplan zu integrieren, indem er ein Datum in der entsprechenden Zeile (gelb hinterlegte Stellen) bezeichnet sowie die vor- und nachfolgenden Meilensteine definiert.

Der Projektplan wird als Subkriterium 2.1 mit insgesamt maximal 100 Punkten bewertet. Der Anbieter hat umfassend darzulegen, wie er die Triebzüge entwickelt, baut, zulässt, liefert und in Betrieb nimmt. Der Anbieter hat darzulegen, wie er im Falle eines Zuschlags das Projekt strukturiert. Der Anbieter hat im Projektplan aufzuzeigen, wie er das öffentlich-rechtliche Verfahren zum Erhalt der Zulassung der Triebzüge auf dem schweizerischen, deutschen und österreichischen Schienennetz, wie auch den Erhalt des erforderlichen Netzzugangs mit dem Bau- bzw. Herstellungsprozess der Triebzüge koordiniert. Ebenfalls hat der Anbieter im Projektplan die Involvierung von Dritten im Herstellungs- bzw. Zulassungsverfahren, wie auch allenfalls notwendige Mitwirkungshandlungen seitens der SBB AG bzw. der Beschaffungspartner aufzuzeigen. Für das Ausfüllen der

Die Bewertungskriterien wurden wie folgt festgelegt:

Der Projektplan wird in einer Gesamtbeurteilung basierend auf nachfolgenden Bewertungskriterien bewertet:

- Adäquater Detaillierungsgrad, Praktikabilität und Nachvollziehbarkeit des gesamten Projektverlaufs bzw. des Projektvorgehens.
- Zweckmässige und sachlich-objektive Bezeichnung der «sachlichen Erfüllungskriterien» in der entsprechenden Spalte und deren Konsistenz mit dem Verantwortungsbereich des Anbieters.
- Sachliche und zeitliche Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit des Einbezugs von allfällig involvierten Drittparteien, wie Behörden, Verbände, benannte Stellen und dergleichen.
- Zweckmässigkeit von allfälligen Mitwirkungspflichten der SBB AG bzw. den an der Grundbestellmenge beteiligten Beschaffungspartnern (Turbo und RegionAlps) und die Angemessenheit der bezeichneten Mitwirkungspflichten mit dem Verantwortungsbereich des Anbieters.
- Zeitlich konsistente und plausible Einbettung der Anforderungen in den Projektplan in Bezug auf Meilensteine und sachliche Erfüllungskriterien betreffend:
 - Projektspezifischem Lastenheft Technik (Anhang 4 WLW)
 - Projektspezifischem Lastenheft Kundenanforderungen (Anhang 5 WLW)
 - Rahmenbedingungen zum projektspezifischen Qualitätsmanagementkonzept (Anhang 6 WLW)
 - Rahmenbedingungen Betriebseinführung und Ausbildung (Anhang 8 WLW)
 - Bedingungen für Lieferung von Erstbevorratungs- und Ersatzteilen (Anhang 24 WLW)
 - Rahmenbedingungen zur Second Source Teilen (Anhang 25 WLW)
- Adäquater Detaillierungsgrad, Konsistenz, Praktikabilität betreffend die Einbettung des Zulassungs- und Netzzugangskonzepts (Beilage 3.1 WLW) in den Projektplan.

Basierend auf dem Erfüllungsgrad der vorgenannten Bewertungskriterien erfolgte die Punktvergabe wie folgt:

Erfüllungsgrad Projektplan	Punkte
In einer Gesamtbetrachtung sind die vorgenannten Bewertungskriterien im vorgelegten Projektplan zu einem sehr guten Erfüllungsgrad gespiegelt. Der Projektplan ist in der vorliegenden Form geeignet, das Projekt aus Sicht SBB AG zu überwachen. Dementsprechend braucht es nur eine minimale Adjustierung (Anzahl und Ausmass) für die Realisierung. Für die Bereinigung sind nur Rückfragen und Klärungen mit einem untergeordneten, tiefen Detaillierungsgrad notwendig.	100
In einer Gesamtbetrachtung sind die vorgenannten Bewertungskriterien im vorgelegten Projektplan zu einem guten Erfüllungsgrad gespiegelt. Allerdings besteht zu einzelnen Punkten hinsichtlich der vorgenannten Kriterien ein Klärungsbedarf. Dementsprechend braucht es nur eine partielle Adjustierung (Anzahl und Ausmass) für die Realisierung. Der Projektplan ist in der vorliegenden Form weitestgehend geeignet, das Projekt aus Sicht SBB AG zu überwachen. Für deren Bereinigung sind Rückfragen und Klärungen notwendig, betreffen aber nicht zentrale Punkte (Umkehrschluss der Definition «zentrale Punkte» im Erfüllungsgrad Projektplan für 50 Punkte).	75
In einer Gesamtbetrachtung sind die vorgenannten Bewertungskriterien im vorgelegten Projektplan zu einem genügenden Erfüllungsgrad gespiegelt. Der Projektplan ist in der vorliegenden Form nur bedingt geeignet, das Projekt aus Sicht SBB AG zu überwachen. Dementsprechend braucht es eine bedeutende Adjustierung (Anzahl und Ausmass) für die Realisierung. Für deren Bereinigung sind Rückfragen und Klärungen zu zentralen Punkten im Projekt notwendig. Zentrale Punkte sind insbesondere die Kriterien, welche einen mittelbaren Bezug zur Sicherstellung der rechtzeitigen Inbetriebnahme der ersten Triebzüge haben.	50
In einer Gesamtbetrachtung sind die vorgenannten Bewertungskriterien im vorgelegten Projektplan zu einem ungenügenden Erfüllungsgrad gespiegelt. Der Projektplan erscheint als tendenziell ungeeignet, das Projekt aus Sicht SBB AG zu überwachen. Dementsprechend braucht es eine umfassende Adjustierung (Anzahl und Ausmass) für die Realisierung. Für die Bereinigung sind Rückfragen und Klärungen zu fundamentalen Punkten im Projekt notwendig. Fundamentale Punkte sind insbesondere die Kriterien, welche den Projekterfolg und/oder einzelne Zielsetzungen in Frage stellen.	10
Es wird kein oder ein mehrfach lückenhafter Projektplan (Beilage 2.1 WLW) eingereicht.	0

6.3.3 In Anbetracht der soeben geschilderten und sehr umfangreichen Vorgaben zum SubK 2.1 kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Umschreibung des Inhalts, der Bewertungskriterien und der Punktvergabe mit Bezug auf den Projektplan nicht zu beanstanden ist. Den

Anbieterinnen musste hinreichend klar sein, welche Inhalte des Projektplans nach welchen Kriterien und mit welcher Notenskala bewertet werden. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich denn auch mehrheitlich auf eine pauschale Kritik an der Vagheit der Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen, ohne konkret und plausibel darzulegen, inwiefern und in welchen Punkten sie eine Rechtsverletzung durch die Vergabestelle festgestellt haben will. Entgegen ihrer Einschätzung wurde in den Ausschreibungsunterlagen für die Anbieter die Pflicht statuiert, die Involvierung Dritter im Herstellungs- und Zulassungsverfahren, wie auch allenfalls notwendige Mitwirkungshandlungen seitens der Vergabestelle bzw. der Beschaffungspartner aufzuzeigen. Bei Unklarheiten hätte die Beschwerdeführerin vor der Offerteinreichung nachfragen und um Präzisierung ersuchen sollen. Entsprechende Angaben wurden nach den kommunizierten Bewertungskriterien unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit bewertet. Mit der Rüge der fehlenden bzw. ungenügenden Kommunikation kann die Beschwerdeführerin daher nicht gehört werden.

6.3.4

6.3.4.1 Aus dem Bewertungsprotokoll zum SubK 2.1 (Beilage 24 der Stellungnahme der Vergabestelle) resultiert, dass der Erfüllungsgrad des Projektplans der Beschwerdeführerin als genügend eingestuft und mit 50 Punkten honoriert wurde. Gemäss der Bewertungsbegründung wurden wesentliche Themen wie Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang, Erstbevorratung sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht nicht aufgeführt. Nach den Experten bewirkt ein solches Defizit eine Einschränkung des Projektplans in Bezug auf Vollständigkeit, Nachvollziehbarkeit, Praktikabilität und Detaillierungsgrad. Eine Einschränkung der Nachvollziehbarkeit des Projektplans wurde ferner aufgrund der ungenügenden Mitwirkungspflichten der Vergabestelle bzw. der Beschaffungspartner in den genannten Themen und wegen der als zu kurz aufgefassten Typentestphase festgestellt. Weiter wurde im Bewertungsprotokoll bemängelt, dass die projektspezifischen Anforderungen nur vereinzelt in zusätzlichen Meilensteinen bzw. sachlichen Erfüllungskriterien plausibel eingebettet worden seien. Schliesslich wurde in der Bewertungsbegründung kritisiert, dass der Einbezug der erforderlichen Drittparteien nicht im erforderlichen Umfang dargestellt wurde, womit sich dessen sachliche und zeitliche Angemessenheit nicht abschliessend beurteilen lasse.

6.3.4.2 Die im Bewertungsprotokoll aufgeführten Gründe für die Bewertung des SubK 2.1 stimmen mit den Erläuterungen der Vergabestelle im Debriefing-Protokoll und mit deren Ergänzungen im Rechtsmittelverfahren überein.

6.3.4.3 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie in ihrem Projektplan klare und nachvollziehbare Ausführungen bezüglich Sicherheitsnachweisen, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung gemacht habe. Soweit sie sich in diesem Zusammenhang auf die Meilensteine 111 a-f, 112 a-f, 200 und 302 bezieht, kann sie daraus jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie die Vergabestelle nachvollziehbar ausführt, handelt es sich dabei um von der Vergabestelle vorgegebene und nicht von der Beschwerdeführerin ergänzte Meilensteine. Anders als die Beschwerdeführerin es meint, wurde in den Ausschreibungsunterlagen klar kommuniziert, dass die Anbieter in der Ausgestaltung des Projektplans – mit Ausnahme der mit grauer Farbe hinterlegten und unveränderbaren Felder – komplett frei waren und vor bzw. nach den unveränderbaren Feldern beliebig viele Meilensteine eintragen konnten. Anhand der ergänzenden Angaben der Vergabestelle im Rechtsmittelverfahren (Stellungnahme, Rz. 98 f.) und der Angebote kann das Bundesverwaltungsgericht verifizieren, dass die Beschwerdeführerin in den strittigen Themen Sicherheitsnachweise, Zulassung, Netzzugang und Erstbevorratung – im Vergleich zur Beschwerdegegnerin – keine zusätzlichen Meilensteine definiert hat. Zudem erweisen sich die Ausführungen der Vergabestelle bezüglich der Unterschiede im Umfang (Anzahl Seiten) und Detaillierungsgrad (Anzahl der zusätzlich definierten Meilensteine) des Projektplans der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin als plausibel.

6.3.4.4 Ebenso fehlt geht die Beschwerdeführerin in der Einschätzung, sie habe die Mitwirkungspflichten der Vergabestelle und der weiteren Beschaffungspartner bei den genannten Themen klar und unmissverständlich behandelt. Wie die Vergabestelle zutreffend erklärt, resultiert aus der Offerte der Beschwerdeführerin, dass in den Meilensteinen 111 a-f keine Mitwirkungspflichten erwähnt wurden. Wie die Vergabestelle zu Recht vorbringt, ist eine solche Mitwirkung insbesondere mit den Sicherheitsnachweisen und den Dokumentationen (Bedienungsanleitung und IHHB) entscheidend. Dasselbe gilt beim Netzzugang.

6.3.4.5 Was den Einbezug von Drittparteien anbelangt, bemängelt die Vergabestelle, die Beschwerdeführerin habe namentlich die Europäische Eisenbahnagentur hinsichtlich der für die Testphase verlangte Zulassung

in Deutschland und Österreich nicht erwähnt sowie auch die «NoBo» (Notified Bodies), «DeBO» (Designated Bodies) und «AsBO» (Assessment Bodies») nicht aufgeführt, welche für die Prüfung der Zulassungsdossiers zuständig seien. Dasselbe gelte für die Deutsche Bahn und die ÖBB in Bezug auf den Netzzugang in Deutschland und Österreich und die Schweizer Zulassungsbehörde BAV. Für das Gericht ist die fehlende Nennung der einbezogenen Drittparteien geeignet, einen weiteren Punkteabzug zu rechtfertigen. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit der ergänzenden Begründung der Vergabestelle in ihren Eingaben nicht auseinander und beanstandet lediglich, die Vergabestelle habe ihre Vorstellungen betreffend die Involvierung von Dritten nicht hinreichend klar kommuniziert. Ein solcher Einwand vermag keine Zweifel an der Nachvollziehbarkeit der Begründung der Vergabestelle zu wecken.

6.3.4.6 Die Vergabestelle hat die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Typentestphase im Vergleich zu derjenigen der Beschwerdegegnerin sodann als zu kurz aufgefasst und weniger plausibel eingestuft. Vor dem Hintergrund, dass der Vergabestelle bei der Bewertung der Plausibilität bezüglich der Einbettung der Anforderungen in den Projektplan ein grosser Ermessensspielraum zukommt (vgl. Ziff. 4.2.1 der AGU), kann die soeben geschilderte Begründung für die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerin als nachvollziehbar erachtet werden. Die Beschwerdeführerin verteidigt die Dauer ihrer Typentestphase mit dem Argument, es sei letztlich in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, einen realistischen Zeitplan zu formulieren, denn sie riskiere ansonsten die Zahlung der in Art. 13.5 WLV definierten Konventionalstrafe, wenn sie diesen nicht einhalten könne. Allerdings legt die Beschwerdeführerin nicht konkret und plausibel dar, ob und inwiefern ihre Typentestphase eine höhere Bewertung verdiene. Schliesslich ist der Vergabestelle in dem Punkt zuzustimmen, dass die Bezahlung einer Konventionalstrafe wegen Nichteinhaltung von Terminvorgaben die Vergabestelle in keiner Weise von ihrer Pflicht enthebt, die Angebote gründlich zu prüfen. Konventionalstrafen greifen erst, wenn der Schaden bereits eingetreten ist. Eine sorgfältige Angebotsevaluation soll hingegen dafür sorgen, es gar nicht soweit kommen zu lassen.

6.3.5 Nach dem Gesagten erweist sich die Bewertung des SubK 2.1 (Projektplan) durch die Vergabestelle insgesamt als sachlich und nachvollziehbar. Sie hat ihren grossen Ermessensspielraum bei der Bewertung nicht überschritten. Auf die Einholung des offerierten Gutachtens kann in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden.

6.4 SubK 2.2 Reifegradmodell von Systemen

6.4.1 Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, dass von der Vergabestelle verwendete Reifegradmodell für die Bewertung der Angebote sei ungeeignet, realitätsfremd und daher rechtsfehlerhaft, was sie mehrmals im Laufe des Vergabeverfahrens moniert habe. Ein solches Reifegradmodell habe zur Folge, dass jede noch so minimale Anpassung einer bewährten Komponente zu einem geringen Reifegrad des Systems als Ganzes führe. Ein neues, praktisch nicht erprobtes System bekomme einen ebenso niedrigen Reifegrad, wie ein erprobtes System mit minimalen, insbesondere bezüglich Projektrisiko, nicht relevanten Änderungen. Dies suggeriere, dass ein erprobtes minimal geändertes System die gleiche «Störanfälligkeit» habe, wie ein gänzlich neu zu entwickelndes System. Somit habe die Vergabestelle nur den theoretischen Reifegrad, nicht jedoch den eigentlichen ausschlaggebenden effektiven Reifegrad abgefragt und bewertet. Die fehlende Differenzierung zwischen kompletten Neuentwicklungen und bereits erprobter bestehender Teilsysteme verunmögliche eine faire Beurteilung. Für die Untauglichkeit des Bewertungssystems spreche auch der Umstand, dass spezielle Anforderungen betreffend Zusammensetzung des Abwassers und Klimaanlage nicht hätten eingehalten werden können und in der Bereinigungsphase mehrfach korrigiert worden seien. Im Weiteren sei für die Beschwerdeführerin unerfindlich, warum ihr Angebot 12 Punkte schlechter als jenes der Zuschlagsempfängerin bewertet worden sei, da sie allein im Bereich ETCS seit zehn Jahren Marktführerin sei.

6.4.2 Die Bewertungsmodalitäten des Reifegradmodells von Systemen sind Ziff. 4.2.2 AGU zu entnehmen und bestanden aus zwei Teilen. Im ersten Teil hatten die Anbieterinnen ihre eigenen Mittel- und Minimalwerte zum technischen Reifegrad (TRL) und zum Grad der Integrationsbereitschaft (IRL) für die Systeme «Aussentüren», «Toilette/Sanitärsystem», «HLK» «Bremsen», «Fahrwerk», «Zugbeeinflussungssystem/Zugsicherungssystem (ATC)» und «TCMS» (Train Control Management System) in das Erfassungsblatt gemäss Beilage 7.1 WLW einzutragen. Für die Punktevergabe galt folgender Massstab:

Mittel- & Minimalwert TRL gemäss Beilage 7.1 WLW	Punkte
3.1.	0
3.2./3.3.	2
3.4.	4
4.	8
5.	9
6./7.	10
8.	15
9.1.	17
9.2.	18

Mittel- & Minimalwert IRL gemäss Beilage 7.1 WLW	Punkte
I.	0
II.I.	2
II.II.	3
II.III.	4
III.	8
IV.I.	9
IV.II.	10
IV.III.	15
V.	18

Im zweiten Teil hatten die Anbieterinnen in den von ihnen erstellten Konzepten gemäss Beilagen 7.2 bis 7.8 WLV das geplante Vorgehen zur Weiterentwicklung des derzeitigen Reifegrads aufzuzeigen. Die Konzepte wurden in einer Einzelbewertung mit je insgesamt maximal 4 Punkten nach den Bewertungskriterien Vollständigkeit, Konsistenz mit dem Projektplan (gemäss Beilage 2.1 WLV) und Praktikabilität gemäss nachfolgender Tabelle bewertet:

Punkte	Erfüllungsgrad	Angaben und Ausführungen des Anbieters
4	Gute Erfüllung	Gute Spiegelung der vorgenannten Bewertungskriterien mit minimalem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass)
2	Genügende Erfüllung	Genügende Spiegelung der vorgenannten Bewertungskriterien mit bedeutendem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass)
0	Ungenügende Erfüllung oder nicht beurteilbar	Ungenügende Spiegelung der vorgenannten Bewertungskriterien mit umfassendem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass) oder keine Angaben

6.4.3 Wie bereits erwähnt, hat die Vergabestelle bei der Auswahl und der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzungen eingreift (Urteile des BVGer B-5452/2015 vom 19. Juni 2018, B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 "Strombeschaffung Post" und B-6742/2011 vom 2. September 2013 E. 2.2 "6-Streifen-Ausbau Härkingen-Wiggertal"). Eine Korrektur des Bewertungssystems durch das Bundesverwaltungsgericht kommt nur dann in Betracht, wenn sich dieses nicht nur als möglicherweise unangemessen, sondern vielmehr als rechtsfehlerhaft erweist (Urteil des BVGer B-4086/2018 vom 12. August 2019 E. 6.4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1388).

6.4.4 Die erwähnten Vorgaben zur Bewertung des Reifegrads lassen transparent erkennen, was die Vergabestelle bei den Angaben zum derzeitigen Reifegrad bzw. bei den Konzepten zu dessen Weiterentwicklung erwartete und worauf sich die Punkte bezogen. In der Gesamtbewertungstabelle wird die Punktevergabe sowohl bezüglich der Mittel- und Minimalwerte TRL und IRL als auch bezüglich des Erfüllungsgrads der Konzepte ebenfalls klar dokumentiert.

6.4.5 Unklarheiten zum Verständnis der Bewertungsvorgaben zum Reifegradmodell konnten im Rahmen der Fragen- und Antwortrunde thematisiert werden.

328	<p>WLV Anhang 7</p> <p>Wir interpretieren den WLV Anhang 7 so, dass der Reifegrad durch eine Kombination von Erfahrungen aus verschiedenen Projekten nachgewiesen werden kann.</p> <p>Wenn wir z.B. ein System haben, das strikt von einem im Einsatz bewährten System abgeleitet ist, mit Ausnahme einer zusätzlichen Komponente, die in der Ausschreibung für ESZ gefordert wird, und diese Komponente bereits in einem ähnlichen Projekt im Einsatz bewährt ist, dann können wir den Reifegrad nachweisen, indem wir die Dokumentation der beiden unterschiedlichen Projekte vorlegen.</p> <p>Diese Vorgehensweise würde die Gesamtreife der Systeme und Komponenten, die in die SBB ESZ-Lösung eingebaut werden sollen, belegen.</p> <p>Wir bitten die SBB AG um die Bestätigung, dass unser Verständnis richtig ist.</p>	<p>Das Verständnis ist nicht richtig. Grundsätzlich wird der Reifegrad nur des gesamten Systems beurteilt. Entsprechend muss der Nachweis auch nur in Bezug auf dieses System gesamtheitlich erfolgen. Gemäss der Fragestellung wird zuerst der Reifegrad (TRL und IRL) von zwei Teilsystemen definiert und im Anschluss werden diese zu einem System zusammengefügt. Wir fordern jedoch ein umgekehrtes Vorgehen, in welchem man die Teilsysteme zuerst zusammenfügt und dann den Reifegrad beurteilt und entsprechend nachweist.</p>
-----	--	--

Im Rahmen der Beantwortung des Klärungsbedarfs nach der ersten Bereinigungsrunde hat die Beschwerdeführerin an ihrer Interpretation der Ausschreibungsunterlagen festgehalten und der Vergabestelle vorgeworfen, diese könne nicht darlegen, warum Systeme mit faktisch überaus unterschiedlichem Entwicklungsbedarf und –kritizität dieselbe Einstufung im Reifegrad erhalten können (vgl. Beilage 19 zur Beschwerde: Schreiben der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 2. Juli 2021). Aufgrund der genannten Beilagen ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin der Vergabestelle ihr unterschiedliches Verständnis des Bewertungssystems kommuniziert hat. Auf die in diesem Zusammenhang offerierten Parteibefragungen kann demnach verzichtet werden.

6.4.6 Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle das Bewertungssystem für das Reifegradmodell als Gesamtprozess konzipiert hat. Das dürfte in der Natur von Reifegradmodellen liegen. Diesbezüglich verweist die Vergabestelle auf die Reifegradmodelle gemäss dem Leitfaden des Verbands der Bahnindustrie in Deutschland (Beilage 46 der Duplik), gemäss der Studie der MIT Sloan School of Management des Massachusetts Institute of Technology (MIT) vom 1. April 2015 (Beilage 47 der Duplik) und auf das Reifegradmodell der NASA (Beilage 48 der Duplik: Auszug aus NASA Systems Engineering Handbook, Appendix G, Technology Assessment /Insertion). Das Reifegradmodell des Verbands der Bahnindustrie in Deutschland unterscheidet zwischen dem «Einsatzreifegrad» (ERG) und dem «Integrationsreifegrad» (IRG; Beilage 46 Kap. 3.2) und jenes des MIT zwischen TRL (technology readiness level) und IRL (integration readiness level; Beilage 47 S. 5). Beide Einstufungen sind vergleichbar und ermöglichen eine Aussage über die Einsatzfähigkeit (ERG / TLR) sowie die Integrationsfähigkeit (IRG / IRL) von Systemen. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin empfiehlt der Verband der Bahnindustrie Deutschland, das Reifegradmodell auch bei der Erarbeitung des Angebots anzuwenden, da die erhöhte Transparenz, die Identifikation der kritischen Elemente eines Systems und die daraus abzuleitenden Massnahmen für das Angebot eine sehr hohe Bedeutung haben (Beilage 46 S. 4 f.). Gemäss der von der Vergabestelle zitierten Literatur impliziert das Bewertungsverfahren des Reifegrads auf der Basis eines Gesamtprozesses, dass ein System eine höhere Reifegradstufe nur dann erreicht, wenn es die höhere Stufe bei allen definierten Merkmalen erfüllt und dass der Reifegrad sich also am jeweils schwächsten Glied des Systems orientiert (Beilage 46 S. 18 und Beilage 47 S. 13).

Im Bereich der NASA wird diesbezüglich angeführt, dass bei der erstmaligen Integration von Elementen in ein System als Einheit mit einer tieferen TLR-Einstufung zu rechnen ist (vgl. Beilage 48 S. 213).

6.4.7 Der Umstand, dass eine bisher unerprobte Integration mehrerer bereits bestehender und bewährter Komponenten mit Risiken verbunden sein kann und zu einem geringeren bzw. schlechteren Reifegrad führt, ist - in Anbetracht der nachvollziehbaren Erläuterungen und Verweise der Vergabestelle - auf eine gewisse Systemimmanenz zurückzuführen und vermag nicht für die Untauglichkeit oder Rechtsfehlerhaftigkeit der Bewertungsmethode zu sprechen. Soweit die Beschwerdeführerin suggeriert, ein geeigneteres Bewertungssystem (z.B. dasjenige der dänischen Staatsbahnen) könnte zwischen kompletten Neuentwicklungen und der Kombination bestehender Teilsysteme besser differenzieren, tangiert ihre Rüge die Unangemessenheit, die im Vergaberecht nicht geltend gemacht werden kann. Es liegt auf der Hand, dass die Einholung eines Gutachtens zwecks Prüfung der Angemessenheit des Bewertungssystems vom Bundesverwaltungsgericht bereits aus diesem Grund nicht angeordnet werden kann. Wenn die Beschwerdeführerin zudem noch behauptet, die Vergabestelle habe gewisse Anforderungen betreffend Zusammensetzung des Abwassers und Klimaanlage in der Bereinigungsphase mehrfach korrigiert, ist mangels näherer Substantiierung nicht ersichtlich, inwiefern sie aus der Berufung auf diese Tatsache eine Ungeeignetheit des Bewertungssystems herleitet. Die Beschwerde erweist sich deshalb auch in diesem Punkt als unbegründet.

6.4.8 Die Vergabestelle hat in der Stellungnahme und in der Duplik die Gründe für die höhere Bewertung der Zuschlagsempfängerin erörtert. Es ist aufgrund ihrer Angaben ersichtlich und es resultiert übrigens auch aus der Gesamtbewertungstabelle, dass die Entwicklungskonzepte sämtlicher Anbieterinnen mit der höchsten Punktzahl (4 Punkte) bewertet wurden. Die Zuschlagsempfängerin wies gleich hohe Minimalwerte TRL und IRL wie die Beschwerdeführerin aus, weshalb beide jeweils 2 Punkte erhielten. Aufgrund der höheren Mittelwerte TRL und IRL schnitt die Zuschlagsempfängerin aber besser als die Beschwerdeführerin ab und ihr wurden jeweils 8 Punkte erteilt, während die Beschwerdeführerin jeweils 2 Punkte erhielt. Wie den jeweiligen Plausibilisierungsbögen zu entnehmen ist (Beilagen 28 und 29 der Stellungnahme der Vergabestelle), wurden die gestützt auf die Selbsteinschätzung der Anbieterinnen angegebenen TRL- und IRL-Werte von der Vergabestelle in der Bereinigungsphase jeweils plausibilisiert. Die Differenzen im Vergleich zur Beschwerdeführerin betrafen insbesondere

die Bereiche «Aussentüren», «Fahrwerk» und im kleineren Umfang die Systeme «HLK», «Sanitärsystem» und «TCMS». Sie wurden von der Vergabestelle aufgrund ihrer Plausibilisierung als nachvollziehbar erachtet (vgl. die genannten Beilagen 28 und 29). Für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Gründe ersichtlich, die Plausibilisierung der TRL-Werte und IRL-Werte durch die Vergabestelle in Zweifel zu ziehen. Soweit die Beschwerdeführerin die Nachvollziehbarkeit ihrer Bewertung mit dem Argument beanstandet, sie sei alleine im Bereich ETCS seit zehn Jahren Marktführerin, so übersieht sie, dass ein solcher Aspekt für die Bewertung des SubK 2.2 nicht wesentlich war. Wie schon erwähnt, war das Reifegradmodell von Systemen nur anhand der Angaben der Anbieter zu den Mittel- und Minimalwerten zum TRL- bzw. IRL sowie aufgrund der von ihnen selbst eingereichten Konzepte zu beurteilen. Im Übrigen fällt auf, dass sich die Beschwerdeführerin mit den ihr teilweise offengelegten Plausibilisierungsbögen zur eigenen Bewertung bzw. derjenigen der Beschwerdegegnerin nicht auseinandergesetzt und ihre Argumentation hauptsächlich auf die Geeignetheit des Reifegrades der Vergabestelle fokussiert hat.

6.4.9 Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwände keine rechtsfehlerhafte Ausübung des Ermessens durch die Vergabestelle sowohl in Bezug auf die vorgesehene Methode zur Beurteilung der Qualität beim SubK 2.2 als auch bei der Offertbewertung erkennbar wird.

6.5 SubK 4.2 Technische Entwicklungsfähigkeit

6.5.1 Schliesslich kann die Beschwerdeführerin die Bewertung ihres Angebots mit 0 Punkten nicht nachvollziehen, da sie eine umfassende, zehnteilige Dokumentation eingereicht habe. Das sei umso erstaunlicher, als die Vergabestelle es im Bereinigungsverfahren unterlassen habe, durch entsprechende Rückfragen auf die gewünschten Präzisierungen hinzuwirken, was sie im Interesse der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hätte tun müssen. Einen Anlass zum Nachfragen habe auch der Umstand gegeben, dass keiner der Anbieter ein den Vorstellungen der Vergabestelle entsprechendes Konzept vorgelegt habe. Aus Sicht der Beschwerdeführerin waren die Fragen bzw. Vorgaben in der AGU und der Beilage 21.1 nicht klar genug formuliert, sondern vom Umfang her bescheiden und oberflächlich. Es sei für die Anbieter deshalb nicht möglich gewesen, zu solchen offen gehaltenen Fragen in vernünftiger Weise klar und schlüssig Stellung zu beziehen. Die Vergabestelle wäre daher gehalten gewesen, konkret nachzufragen, wenn sie konkrete Informationen erwartet habe. Die tiefe

Bewertung sei ebenfalls unerklärlich, da im wichtigen Entwicklungsbereich ETCS nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die Beschwerdeführerin führend sei. In beweisrechtlicher Hinsicht verlangt die Beschwerdeführerin auch diesbezüglich ein Gutachten zu den an das Konzept zur technischen Entwicklungsfähigkeit gestellten Anforderungen.

6.5.2 In Ziff. 4.4.2 der AGU sind die Vorgaben zum SubK 4.2 enthalten.

Hiernach mussten die Anbieter ein Konzept zur technischen Entwicklungsfähigkeit erstellen und dabei die in der als Bewertungsgrundlage dienenden Beilage 21.1 WLW die inhaltlichen Anforderungen der Ausschreibungsbestimmungen aus Anhang 21 WLW umsetzen. Dieses Konzept wurde in einer Gesamtbeurteilung basierend auf den Kriterien der Zukunftsfähigkeit, Machbarkeit, Nachvollziehbarkeit, Kosteneffizienz und Umsetzungskriterien nach folgendem Raster bewertet:

Punkte	Erfüllungsgrad	Angaben und Ausführungen des Anbieters
20	Gute Erfüllung	Gute Spiegelung der Kriterien mit minimalem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass)
10	Genügende Erfüllung	Genügende Spiegelung der Kriterien mit bedeutendem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass)
0	Ungenügende Erfüllung ODER Nicht beurteilbar	Ungenügende Spiegelung der Kriterien mit umfassendem Adjustierungsbedarf für Realisierung (Anzahl und Ausmass) ODER Keine Angaben

Die Vergabestelle hat das Konzept der drei Anbieter mit null Punkten beurteilt. Gemäss der für alle gleichlautenden Begründung im entsprechenden Bewertungsprotokoll waren die Ausführungen im Konzept in einer «hohen Flughöhe» und damit zu wenig spezifisch. Damit konnten die bekanntgegebenen Bewertungskriterien in Bezug auf konkrete Weiterentwicklungen nicht beurteilt werden. Ergänzend dazu hat die Vergabestelle in ihrer Stellungnahme erklärt, dass im Konzept der Beschwerdeführerin insbesondere Zusicherungen oder konkrete Vorschläge unter den Punkten 2.1 («Konkrete Angaben des Lieferanten zur Mitsprachemöglichkeit der SBB AG zur Auswahl der Sublieferanten der CSS-Ausrüstung») und 3.1 («Konkrete Angaben des Lieferanten betreffend eine allfällige Änderung der Lieferkonfiguration im CSS-Bereich während der Vertragslaufzeit») gefehlt hätten.

6.5.3 Auch die Bewertung des SubK 4.2 kann als sachlich und vertretbar angesehen werden. Die Beschwerdeführerin verlangt zwar eine bessere Bewertung ihres Angebots, unterlässt es aber, sich mit der Begründung ihrer Beurteilung auseinanderzusetzen. Ebenso wenig vermag sie konkrete Passagen aus ihrem Konzept zu nennen, die aufzeigen könnten, warum

und inwiefern ihr Angebot einen genügenden oder guten Erfüllungsgrad aufweisen sollte. Stattdessen leitet sie einen Anspruch auf eine bessere Punktevergabe allein aus dem Umstand ab, dass sie im Entwicklungsbereich ECTS marktführend ist. Damit verkennt sie, dass die Bewertung des SubK 4.2 allein aufgrund der eingereichten Konzepte zu erfolgen hatte.

6.5.4 Für den Fall, dass eine Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen unklar ist, wie die Beschwerdeführerin vorliegend geltend macht, sieht die Rechtsprechung ein Fragerecht bzw. eine Fragepflicht der Anbieter vor (vgl. Zwischenentscheid des BVGer vom 24. April 2017 E. 11.8.6 m.w.H., GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 387-388). Es ist weder aus den Akten ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin dargetan, dass sie von ihrem Fragerecht bzw. ihrer Fragepflicht Gebrauch gemacht oder in einer anderen Phase des Vergabeverfahrens Einwände gegen die ihrer Ansicht nach unklaren Formulierungen der Ausschreibungsunterlagen zu diesem SubK erhoben hat. Vielmehr behauptet die Beschwerdeführerin, seitens der Vergabestelle habe eine Nachfragepflicht bestanden, insbesondere, weil keiner der Anbieter einen den Ausschreibungsunterlagen entsprechenden Konzept eingereicht habe. Allerdings steht vorliegend nicht die Unvollständigkeit von Offerten, die den formalen Anforderungen nicht entsprechen, zur Diskussion, sondern die Angaben der Angebote zur Erfüllung des Zuschlagsunterkriteriums. Die Rückfrage würde dementsprechend nur auf die Bewertung Auswirkungen zeitigen, was nach der Rechtsprechung für grosse Zurückhaltung bzw. gegen eine Nachfragepflicht der Vergabestelle im Rahmen der Bewertung spricht, wie die Vergabestelle ihrerseits zu Recht betont (vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer B-3238/2021 vom 18. Oktober 2021 E. 6.8.3). Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGE 146 II 276, E. 6.3.2 hilft ihr deshalb nicht weiter. Dieser betrifft nicht eine allfällige Nachfragepflicht der Vergabestelle, sondern die Wirkung der Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Kompetenz der kantonalen Beschwerdeinstanz, ein reformatorisches Urteil zu fällen.

6.5.5 Soweit die Beschwerdeführerin den Vorwurf der unklar und offen formulierten Ausschreibungsunterlagen erhebt und zu dessen Untermauerung sinngemäss die Einholung eines Gutachtens beantragt, ist diesem Antrag nicht stattzugeben. Ein Beweismittel darf nicht dazu dienen, Ausführungen zu substantiieren, sondern einzig bereits substantiiert dargelegte Ausführungen zu belegen. Vorliegend tut die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen jedoch lediglich pauschal als offen gehalten und unklar formuliert ab, ohne im Einzelnen darzulegen, aus welchen konkreten Gründen dies der Fall sein soll.

6.5.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass auch die Bewertung dieses Zuschlagsunterkriteriums korrekt erfolgt ist und keine Anhaltspunkte für eine willkürliche Ausübung des Ermessens durch die Vergabestelle ersichtlich sind.

7.

Die Beschwerdeführerin beantragte in ihrer Beschwerde bzw. Replik Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens.

7.1 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 (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). 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 (Urteil des BVGer B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2).

7.2 Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens mehrheitlich entsprochen. Die Beschwerdeführerin erhielt mit Verfügung vom 25. November 2021 Einsicht in die für sie bestimmte teilweise geschwärzte Version der Verfahrensakten (inkl. u.a. Plausibilisierungsbögen und Bewertungsprotokolle) bzw. der Beilagen zu sämtlichen Eingaben der Vergabestelle und Beschwerdegegnerin. Zudem wurde ihr mit Verfügung vom 9. Februar 2022 der ursprüngliche durchschnittliche Zuverlässigkeitswert der Beschwerdegegnerin gemäss Ziffer 2.3. von Beilage 18.1 WLV vom 23. April 2021 offengelegt. Sodann wurden der Beschwerdeführerin mit Duplik der Vergabestelle 28. Januar 2022 die Namen der an der Evaluation beteiligten Personen mitgeteilt und die Gründe für das von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Fehlen der Vergabeakten betreffend SubK 4.1, 4.3 und 4.4 erörtert. Wie die Vergabestelle zutreffend anführt, existiert ein SubK 4.4 nicht. Für die Subkriterien SubK 4.1 und 4.3 bestehen keine Bewertungsprotokolle, da die jeweilige

Punktevergabe aufgrund der von den Anbieterinnen angekreuzten Angaben im entsprechenden Hinweissfeld erfolgte (für das SubK 4.1 gemäss Ziff. 19.5 WLW, für das SubK 4.3 gemäss Ziff. 20.3, 20.8 und 22.1 WLW) und die erzielten Punkte direkt in die Gesamtbewertung übertragen wurden.

7.3 Im Übrigen konnten die erhobenen Rügen primär aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, der Angebote, der Rechtschriften und deren Beilagen beantwortet werden.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Vergabestelle im Ablauf des Vergabeverfahrens kein Verfahrensfehler anzulasten ist, wenn sie die Einreichung der neuen Preisofferte auf die Investitionskosten gemäss SubK 1.1 beschränkt (vgl. supra ganze E. 4) und die Muss-Anforderungen zu den Zuverlässigkeitszielen geändert hat (vgl. supra ganze E. 5). Auch hat die Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote nach den Zuschlagsunterkriterien SubK 1.3 (Energiekosten und Trassenpreis), SubK 2.1 (Projektplan), SubK 2.2 (Reifegrad von Systemen) und SubK 4.2 (Technische Entwicklungsfähigkeit) im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums gehandelt (vgl. supra E. 6 ff.). Demnach erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Eine Abnahme der von der Beschwerdeführerin mehrfach offerierten Beweise (Parteibefragungen, Gutachten) kann in antizipierter Beweiswürdigung unterbleiben (vgl. supra E. 4.5.8, 5.5.3.1, 5.5.3.3, 6.2.6, 6.3.5, 6.4.5, 6.4.7, 6.5.5). Die entsprechenden Anträge sind abzuweisen. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

9.

9.1 Weil die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren unterliegt, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (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]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, nach Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten auf Fr. 50'000.– festgelegt.

9.2 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). Diese ist aufgrund der eingereichten Kostennote festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin reichten eine Kostennote für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht für die Zeitperiode vom 27. Oktober 2021 bis am 16. März 2022 ein und machen darin einen Honoraraufwand von Fr. 25'200.— bei einem Zeitaufwand von 63 Stunden bzw. einen Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% geltend, womit sich die beantragte Parteientschädigung insgesamt auf Fr. 27'140.40 beläuft. Der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte zeitliche Aufwand von 63 Stunden ist nachvollziehbar und ebenso wenig zu beanstanden wie der geltend gemachte Stundenansatz. Da es sich vorliegend um ein besonders komplexes Verfahren handelt, ist der hierfür praxisgemäss vorgesehene Maximalansatz von Fr. 400.—pro Stunde ohne weiteres gerechtfertigt (vgl. Urteil des BVGer B-1565/2021 vom 15. Juni 2021 S. 6 m.H. auf das Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 13. Februar 2009, auszugsweise publiziert als BVGE 2009/17 E. 11.4 sowie auf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1450). Die Parteientschädigung umfasst indessen vorliegend keinen Mehrwertsteuerzuschlag im Sinn von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE, weil die im Register der mehrwertsteuerpflichtigen Personen eingetragene Beschwerdegegnerin als vorsteuerabzugsberechtigte Partei zu behandeln ist (vgl. Urteil des BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3; Abschreibungsentscheid des BVGer vom 10. Dezember 2020, S. 7). Damit ist der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 25'200.— zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 50'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Der Beschwerdegegnerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 25'200.-- zu lasten der Beschwerdeführerin zugesprochen.

4.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist gegenstandslos geworden.

5.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Corrado Bergomi

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), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 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: 20. Mai 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 200990; Gerichtsurkunde);
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde).