



Abteilung II

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 60
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-7753/2016
stm/bdb/du

Zwischenentscheid vom 1. Februar 2017

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Hans Urech,
Gerichtsschreiberin Beatrice Badilatti.

In der Beschwerdesache

Parteien

X._____,
vertreten durch RA lic. iur. Pascal Engelberger,
Burger & Müller Rechtsanwälte,
Murbacherstrasse 3, 6003 Luzern,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen SBB,
Infrastruktur, Einkauf Oberbau,
Fahrleitung und Baudienstleistungen,
Korrespondenzadresse:
SBB AG, Recht & Compliance Infrastruktur,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,
Vergabestelle,

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - 16-431 Miete mobile
Warnanlagen, SIMAP-Meldungsnummer 941761
(Projekt-ID 140160),

stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:**A.**

A.a Am 17. Juni 2016 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB (Division Infrastruktur; im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "16-431 Miete mobile Warnanlagen" einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer: 914661). Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung umfasst die Vergabe die Projektierung, Lieferung, Montage, Miete und Störungsbehebung von mobilen Warnanlagen bei Bauarbeiten im Gleisbereich. Verhandlungen sind gemäss Ziffer 4.3 der Ausschreibung vorbehalten.

A.b In der Folge gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der X._____ und der Z._____.

A.c Die Zuschlagsverfügung vom 16. November 2016 wurde am 25. November 2016 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer: 941761) publiziert. Dabei wurde die Z._____ (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) als berücksichtigte Anbieterin mit der Bemerkung "Rang 1 in sämtlichen Losen" und die X._____ als berücksichtigte Anbieterin mit der Bemerkung "Rang 2 in sämtlichen Losen" aufgeführt.

B.

Die X._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe vom 14. Dezember 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, es sei der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben und "der Zuschlag für Rang 1" in sämtlichen Losen der Beschwerdeführerin zu erteilen; eventualiter sei die Vorinstanz zu verpflichten, die Ausschreibung zu wiederholen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde, vorab supervisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Als Begründung führt die Beschwerdeführerin namentlich an, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht eingehalten habe. Die Zuschlagsempfängerin biete mobile Warnanlagen an, welche von der Beschwerdeführerin entwickelt und hergestellt würden. Das bis anhin produzierte automatische Warnsystem verfüge über ein akustisches Signal von drei Sekunden, wel-

che jedoch für die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen der vorliegenden Ausschreibung nicht geeignet seien (Beschwerde, Rz. 8 f.). Weiter habe die Beschwerdeführerin das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Nachdem der zuständige Projektleiter der Vergabestelle anlässlich der Verhandlung die Beschwerdeführerin gebeten habe, ihr Angebot dahingehend zu ändern, dass sie die Angebotsblätter nochmals einreiche und dabei dem System der übrigen Anbieter folge, habe sie die Angebotsblätter erneut eingereicht. Dabei sei es zu einer von der Beschwerdeführerin ungewollten Preiserhöhung gekommen. Sie habe sich während des ganzen Ausschreibungsverfahrens an ihr verbindliches Angebot vom 29. August 2016 gebunden gefühlt (Beschwerde, Rz. 12 ff.). Entscheidend sei, dass ihr Angebot vom 29. August 2016 auch nach den Abgeboten der Mitbewerber für alle drei Lose das wirtschaftlich günstigste sei. Das auf Intention der Vergabestelle und auf deren Darstellung basierende Angebot sei sowohl formal als auch materiell fehlerhaft und somit für die Vergabe unbeachtlich (Beschwerde, Rz. 19 f.). In Bezug auf die Erteilung der aufschiebenden Wirkung macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei wegen der geltenden Vertragssituation aus der früheren Submission der bevorzugte Vertragspartner und habe ein erhebliches Interesse daran, dass der bestehende Zustand aufrecht erhalten bleibe (Beschwerde, Rz. 21 f.).

C.

Mit superprovisorischer Anordnung vom 15. Dezember 2016 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle wurde gleichzeitig ersucht, die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde mit Hinweis auf die Kostenfolgen freigestellt, ebenfalls eine Stellungnahme zum prozessualen Antrag einzureichen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 28. Dezember 2016 beantragt die Vergabestelle die Abweisung der Beschwerde sowie die Abweisung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Der Beschwerde sei die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung zu entziehen. In Bezug auf die Dringlichkeit macht die Vergabestelle vorab geltend, dass es sich bei der

Miete von mobilen Warnanlagen um höchst sicherheitsrelevante Anlagen handle, welche die Arbeiter auf Baustellen vor herannahenden Zügen warnen. Die gültigen Verträge würden per Ende 2016 auslaufen. Um die Verkehrssituation in künftigen Projekten zu gewährleisten, sei es unabdingbar, dass der Vertrag mit den beiden Zuschlagsempfängerinnen umgehend abgeschlossen werden könne. Das Interesse der Beschwerdeführerin sei auch deshalb tiefer einzustufen, weil die Vergabestelle mit ihr als Zweitplatzierte ebenfalls einen Vertrag abschliessen werde (Vernehmlassung, S. 3 f.). Zur Rüge der Beschwerdeführerin, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Anforderung an die Länge des Warntons nicht und hätte deshalb keinen Zuschlag erhalten dürfen, führt die Vergabestelle aus, dass die Länge des Warntons nicht als Eignungskriterium bestimmt worden sei. Nicht zutreffend sei weiter, dass die Vergabestelle die Anforderung betreffend Länge des Warntons im Vergleich zur früheren Ausschreibung geändert habe. Bei den angegebenen zwei Sekunden handle es sich um einen Richtwert im Sinne einer Mindestanforderung (Vernehmlassung, S. 5 f.). Die Beschwerdeführerin habe ausserdem von der Fragemöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Es sei treuwidrig, mit Beschwerde zu rügen, was bisher von allen Partnern als gängige Praxis und damit als Mindestanforderung akzeptiert worden sei. Dabei sei zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin für die Entwicklung und Herstellung der mobilen Warnanlagen faktisch eine Monopolstellung innehave; weltweit gebe es nur zwei weitere Entwickler (Vernehmlassung, S. 7). Zur Frage der ungewollten Preiserhöhung bei der Anpassung der Preisblätter führt die Vergabestelle aus, dass sich im Verlauf des Ausschreibungsverfahrens herausgestellt habe, dass die Preisblätter von den Anbietern unterschiedlich ausgefüllt worden seien. Aufgrund dessen habe sie sich entschieden, das Preismodell für die Ausschreibung zu wechseln. Darauf habe sie den Anbietern im Rahmen der Verhandlungen die Möglichkeit gegeben, ein neues Preisangebot abzugeben. Alle Anbieter hätten fristgerecht die neuen Angebots- und Preisblätter eingereicht (Vernehmlassung, S. 11). Inwiefern die Beschwerdeführerin für ihre eigene Preiskalkulation nicht verantwortlich sein sollte, sei nicht ersichtlich (Vernehmlassung, S. 11).

E.

Mit Verfügung vom 29. Dezember 2016 wurde der Vergabestelle vorbehaltlich anders lautender Anträge der Beschwerdeführerin gestattet, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung die in Frage stehenden Leistungen von der bisherigen Leistungserbringerin weiter zu beziehen.

F.

Mit Eingabe vom 5. Januar 2017 modifiziert die Beschwerdeführerin den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung dahingehend, dass es der Vergabestelle zu gestatten sei, bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Beschwerde die in Frage stehenden Leistungen von der bisherigen Leistungserbringerin weiter zu beziehen. In Bezug auf die von der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit führt sie aus, dass sie über genügend Kapazität verfüge, um die von der Vergabestelle für künftige Baustellen bestellten Mietobjekte alleine zur Verfügung zu stellen. Folglich bestehe weder eine zeitliche Dringlichkeit noch ein Versorgungsrisiko. Ausserdem wäre die Dringlichkeit von der Vergabestelle selbst verschuldet.

G.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2017 wurde festgehalten, dass die Vergabestelle ausdrücklich auf eine weitere Stellungnahme verzichtet. Aufgrund dessen wurde der Schriftenwechsel betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung geschlossen.

H.

Am 10. Januar 2017 reichte die Vergabestelle sämtliche Akten des vorliegenden Vergabeverfahrens ein.

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

1.1 Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Das

Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2 Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.3 Die Beschwerdeführerin hat am in Frage stehenden Vergabeverfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Gemäss Ziffer 3.2 der Zuschlagspublikation vom 25. November 2016 wird die Zuschlagsempfängerin als Anbieterin im "Rang 1 in sämtlichen Losen" und die Beschwerdeführerin als Anbieterin im "Rang 2 in sämtlichen Losen" aufgeführt. Die Beschwerdeführerin stellt vorliegend den Antrag, es sei die Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag für Rang 1 in sämtlichen Losen der Beschwerdeführerin zu erteilen. Sie macht dabei insbesondere geltend, dass die Zuschlagsempfängerin die Anforderungen nicht erfüllt habe und der Zuschlag an sie deshalb unrechtmässig erfolgt sei. Indem die Beschwerdeführerin auf dem zweiten Rang liegt, ist sie durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; BGE 141 II 14 E. 4.4). Wird ihrem Antrag entsprochen, würde sie – anstelle der Zuschlagsempfängerin – den Zuschlag im ersten Rang erhalten. Auch wenn die Vergabestelle mit beiden berücksichtigten Anbietern ein Rahmenvertrag vereinbart, ist die Legitimation der Beschwerdeführerin jedenfalls gegeben (vgl. zum Rahmenvertrag das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 4.2 "HP-Monitore"). Dies zumal der erstplatzierte Anbieter nach der Bewertung den Zuschlag für alle Aufträge während der geplanten Vertragslaufzeit erhält, welche ein Projektvolumen unter Fr. 40'000.– aufweisen (Ausschreibungsbedingungen, Version 1.0 vom 25. Mai 2016, Ziffer 2.6.5 f., Vergabeakten Nr. 1).

1.4 Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.5 Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

2.

2.1 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

2.2

2.2.1 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB, diejenigen Unternehmen, bei denen die SBB AG die Aktienmehrheit besitzt, sowie die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, welche unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, als Vergabestellen dem BöB unterstellt (vgl. Urteil des BVGer B-6350/2015 vom 22. Februar 2016 E. 3.1 "Sanierung Geldwechsel SBB"). Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]), wobei an das Erfordernis des „unmittelbaren“ Zusammenhangs keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteil des BVGer

B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5 "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 158).

2.2.2 Gemäss Ziffer 2.5 der Ausschreibung geht es bei der vorliegenden Beschaffung um die Projektierung, Lieferung, Montage, Miete und Störungsbehebung von mobilen Warnanlagen bei Bauarbeiten im Gleisbereich. Diese Tätigkeiten stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Verkehr. Die zu beurteilende Vergabe fällt damit in den Anwendungsbereich gemäss Art. 2 Abs. 2 BöB i. V. m. Art. 2a Abs. 2 Bst. b VöB.

2.3 Die Ausschreibung ordnet die Beschaffung der CPV-Nummer 34990000 – Ausrüstung für Kontrolle, Sicherheit, Signalisierung und Beleuchtung zu (vgl. Ziffer 2.3 der Ausschreibung). Als Dienstleistungskategorie CPC führt die Vergabestelle die Ziffer 18 "Eisenbahnen" auf.

2.3.1 Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008 "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI", auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3), wobei vorliegend die im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführte CPC-Gruppe 867 einschlägig erscheint. Der Begriff "Lieferauftrag" stellt gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a BöB einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Beschaffung beweglicher Güter, namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf dar.

2.3.2 Vorliegend kann die Frage, ob es sich schwergewichtig um eine Lieferung – die Miete der Warnanlage spricht für diese Möglichkeit – oder um eine Dienstleistung handelt – es wird auch etwa die Montage und Störungsbehebung der Anlagen verlangt – offen gelassen werden. Gemäss Art. 1 Bst. d Ziff. 1 der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 vom 23. November 2015 (SR 172.056.12) bzw. Art. 6 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BöB

beträgt der Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen der Vergabestelle im Sektorenbereich Fr. 700'000.–. Die Vergabestelle gibt den Preis der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin im auf SIMAP publizierten Zuschlag mit Verweis auf Art. 23 Abs. 3 Bst. b BöB nicht an. Gemäss Angabe der Vergabestelle im Rahmen des Beschwerdeverfahrens beträgt das Auftragsvolumen über die Vertragsdauer von drei Jahren (exkl. Optionen) ca. 9 Mio. Franken. Somit wird der Schwellenwert im vorliegenden Fall ohne weiteres erreicht. Aufgrund dessen kann letztlich offen gelassen werden, ob und inwieweit es sich um eine unterstellte Dienstleistung oder um eine Lieferung handelt.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben.

3.

3.1 Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bildet der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

3.2 Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 m. H. "Lüftung Belchentunnel"). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt

haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 m. H.).

3.3 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 "E-Mail-Services für Ratsmitglieder" E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) "Vermessung Durchmesserlinie" im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2 "Hörgeräte"). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009 "Microsoft", auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 m. H.; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3 "Prestations de planification à Grolley/FR"). Auch

allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweis "Vermessung Durchmesserlinie").

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Gemäss Pflichtenheft habe die Vergabestelle ein akustisches Warnsignal von zwei Sekunden verlangt. Die Zuschlagsempfängerin setze mobile Warnanlagen ein, welche von der Beschwerdeführerin entwickelt und hergestellt würden. Dieses bis anhin produzierte automatische Warnsystem verfüge über ein akustisches Signal von drei Sekunden, welches jedoch für die Einhaltung der Sicherheitsanforderungen der vorliegenden Ausschreibung nicht geeignet sei. Sie, die Beschwerdeführerin, sei sich der verlangten sicherheitsrelevanten Anpassung bewusst gewesen und habe deshalb die Kosten für die erforderlichen Softwareanpassungen und Entwicklungstätigkeiten bestimmt und in die Berechnung des Angebots miteinbezogen. Da Anpassungen an der Software ausschliesslich von der Beschwerdeführerin vorgenommen werden dürfen und die Zuschlagsempfängerin keine entsprechende Anfrage gestellt habe, sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsempfängerin diese Kosten wohl nicht einberechnet habe. Die von ihr eingereichten Preise seien nicht gemäss Ausschreibungsbedingungen ermittelt worden (Beschwerde, Rz. 8 f.).

4.2 Dagegen führt die Vergabestelle aus, dass die Länge des Warntons nicht als Eignungskriterium bestimmt worden sei und als solches auch nicht zulässig wäre, weil es sich nicht auf die Anbieter beziehe. Nicht zutreffend sei weiter, dass die Vergabestelle die Anforderung betreffend Länge des Warntons im Vergleich zur früheren Ausschreibung geändert habe. Bereits im Pflichtenheft aus dem Jahr 2011 sei die Länge des Warntons mit zwei Sekunden abgegeben worden. Bei den angegebenen zwei Sekunden handle es sich um einen Richtwert im Sinne einer Mindestanforderung.

Eine längere Dauer sei zulässig, da sie der Sicherheit diene (Vernehmlassung, S. 5 f.). Die Beschwerdeführerin habe ausserdem von der Fragemöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Es sei treuwidrig, mit Beschwerde zu rügen, was bisher von allen Partnern als gängige Praxis und damit als Mindestanforderung akzeptiert worden sei. Dabei sei zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin für die Entwicklung und Herstellung der mobilen Warnanlagen faktisch eine Monopolstellung innehave; weltweit gebe es nur zwei weitere Entwickler, von welchen nur einer erst seit kurzem über die notwendige Zulassung verfüge (Vernehmlassung, S. 7).

4.3

4.3.1 Mittels Eignungskriterien wird ein Nachweis der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Anbieter erbracht (Art. 9 Abs. 1 BöB). Die Eignungskriterien beziehen sich somit auf die Anbieterin. Die technischen Spezifikationen beziehen sich dagegen auf die nachgefragte Leistung (vgl. Art. 12 BöB und Art. 16a Abs. 1 VöB). Die Beschwerdeführerin geht also fehl in der Annahme, dass die Vorgaben in Bezug auf ein akustisches Signal als Eignungskriterium zu qualifizieren sind.

4.3.2 Gemäss Art. 12 Abs. 1 BöB bezeichnet die Auftraggeberin die erforderlichen technischen Spezifikationen in den Ausschreibungs-, den Vergabe- und den Vertragsunterlagen. Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 mit Hinweisen "HP-Monitore"; HANS RUDOLF TRÜEB, BöB-Kommentar in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Rz. 2 zu Art. 12 BöB). Gemäss Art. 16a VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung (insbesondere deren technische Spezifikationen) in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit (Art. 16a Abs. 1 VöB) und teilt in jedem Fall mit, welche Anforderungen zwingend zu erfüllen sind (Art. 16a Abs. 3 VöB).

4.3.3 Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Vergabekriterien verfügt die Vergabebehörde über einen breiten Ermessensspielraum, in welchen das Bundesverwaltungsgericht nur unter qualifizierten Voraussetzun-

gen eingreift. Dies gilt namentlich für die Festlegung der technischen Spezifikationen (Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 4.2 f. mit Hinweisen "Rohre für Kühlwasser") und entspricht dem spezialgesetzlichen Ausschluss der Ermessenskontrolle gemäss Art. 31 BöB (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1286 i.V.m. Rz. 1388). Die Lehre spricht insoweit von trotz Vergaberecht "gesicherten Handlungsspielräumen" (Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf HUBERT STÖCKLI, Urteilsanmerkung S9 zum Urteil des BGer 2P.1999 vom 2. März 2000, in: Baurecht 2001, S. 65).

4.3.4 Vergabebehörden dürfen technische Spezifikationen im Regelfall nicht derart eng umschreiben, dass nur ein ganz bestimmtes Produkt oder nur ein einzelner Anbieter bzw. nur wenige Anbieter für die Zuschlagserteilung in Frage kommen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.3 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 405 ff., insb. Rz. 409). Demgegenüber ist die eher leistungsorientierte Umschreibung (anstelle der Definition der Konzeption oder beschreibender Produkteigenschaften), wie sie Art. VI Ziff. 2 Bst. a GPA favorisiert, zwar erwünscht, aber nicht zwingend (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00347 vom 10. Dezember 2008 E. 7.2 mit Hinweisen).

4.3.5 Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). So ist es der Vergabebehörde untersagt, die den Anbietenden bekanntgegebenen Vergabekriterien nachträglich zu ändern (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.5.2 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit"). Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekanntgegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig (vgl. Urteil des BVGer B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen "Lüftung Belchentunnel").

4.4 Nachfolgend ist zu prüfen, wie die seitens der Vergabestelle formulierte Anforderung an die Länge des Warntons zu verstehen war, insbesondere

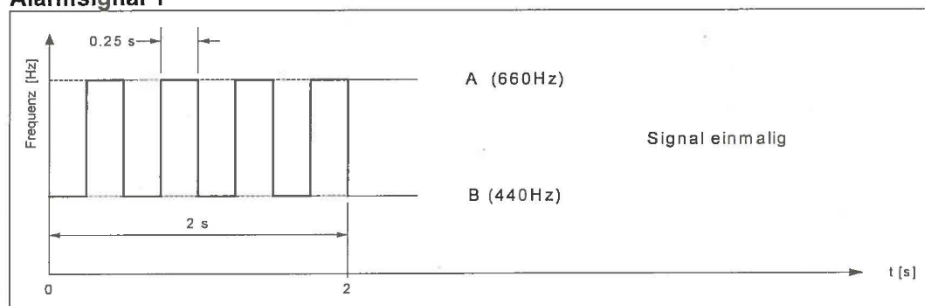
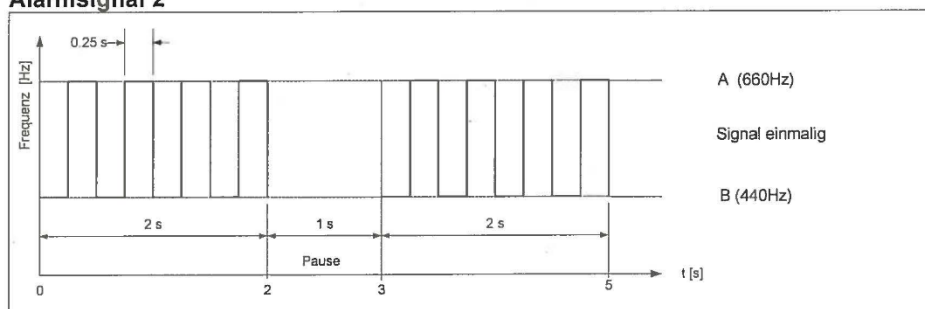
ob es sich dabei um eine präzise einzuhaltende Vorgabe handelt, deren Nichteinhaltung dazu führt, dass das in Frage stehende Angebot nicht in die Bewertung einbezogen wird.

4.5 Im Rahmen der Ausschreibung formulierte Beurteilungskriterien sind so auszulegen, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten; auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen). Die Anbietenden dürfen grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Tut sie dies nicht, muss das betreffende Kriterium entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Offerten genügen müssen (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 2.6.1 mit Hinweisen "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

4.6 Gemäss Ziffer 2.2.8 "Akustische Alarmmittel" des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 gibt die Vergabestelle Folgendes an:

"Akustische Alarmmittel sollen eine Alarmausgabe gemäss der heute bei der SBB gebräuchlichen akustischen Alarmmitteln erlauben, welche den Empfehlungen ORE A124 entsprechen.

Die akustischen Alarmsignale sind von der SBB wie folgt definiert:

Alarmsignal 1**Alarmsignal 2**

"

4.7

4.7.1 Die Vergabestelle formuliert die Anforderung gemäss Ziffer 2.2.8 des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 dahingehend, dass die akustischen Alarmmittel eine Alarmausgabe gemäss der heute bei der SBB gebräuchlichen akustischen Alarmmitteln "erlauben sollen". Die Länge der akustischen Warnsignale "definiert" sie mittels einer Darstellung mit zwei Sekunden. Auch wenn die Vergabestelle die akustischen Alarmsignale "definiert", verlangt sie gemäss Wortlaut des Pflichtenhefts nicht ausdrücklich, dass die Anforderungen an die Länge des Warntons zwingend einzuhalten sind. Sie kündigt sodann auch nicht an, dass das Nichteinhalten dieser Angabe ein Ausschluss des Angebots aus dem Vergabeverfahren zur Folge hat. Ausserdem entspricht die Vorgabe gemäss Ziffer 2.2.8 des Pflichtenhefts vom 15. Juni 2016 im Wesentlichen der Vorgabe gemäss Ziffer 2.2.7 des Pflichtenhefts vom 21. April 2011 zum Projekt "Miete Mobile Warnanlagen" (vgl. Beilage 3 der Vergabestelle). Das spricht eher dagegen, dass neu eine andere Vorgabe in Bezug auf die Länge des Warntons im Vergleich zur letzten Ausschreibung im Sinne einer Verschärfung der technischen

Spezifikationen gemacht werden sollte. Hinzu kommt, dass auf die gebräuchlichen akustischen Alarmmittel verwiesen wird, was eher gegen neue strengere technische Spezifikationen spricht.

4.7.2 Weiter ist der Sicherheitsaspekt für die Vergabestelle ein wesentliches Ziel. So hält sie im Pflichtenheft fest, dass auf einer Arbeitsstelle die erforderlichen Sicherheitsvorschriften einzuhalten seien; bei Arbeiten im Gleisbereich und bei elektrischen Anlagen befolge die Firma strikt alle sie betreffenden Sicherheitsbestimmungen sowie Weisungen der Fachdienste, die von der Sicherheitsleitung bestimmt werden (vgl. Pflichtenheft vom 15. Juni 2016, Ziffer 2.2.1 "Sicherheit"). Der Warnton soll Personen auf der Baustelle auf einen sich nahenden Zug aufmerksam machen. Ein längerer Warnton als von der Vergabestelle vorgeschrieben dient – worauf die Vergabestelle zutreffend hinweist (Vernehmlassung, S. 6) – demnach grundsätzlich der Sicherheit der Bauarbeiter und anderer beteiligten Personen auf der Baustelle und damit dem klaren Ziel der Vergabestelle. Vor diesem Hintergrund ist folglich davon auszugehen, dass die Vergabestelle mit ihrem Verständnis, bei der Länge des Warntons von zwei Sekunden handle es sich um eine Mindestlänge und nicht um eine präzise Vorgabe, jedenfalls eine mögliche Auslegung vornimmt. Entscheidend ist aber in diesem Zusammenhang die systematische Auslegung des Pflichtenhefts mit Blick auf die Ausschreibungsbedingungen. Vorliegend wird gemäss den Ausschreibungsbedingungen zwischen Eignungskriterien einerseits (von Sicherheitsleitbild bis zu Auditprozess, Qualitätsmanagementsystem und Selbstdeklaration Arbeitsschutz) und „Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung“ andererseits unterschieden. Zu diesen "Mindestanforderungen" wird ausdrücklich festgehalten, dass das Angebot diese zwingend erfüllen muss, ansonsten dieses „nicht in die Bewertung einbezogen“ werde (Ausschreibungsbedingungen Version Nr. 1.0 vom 25. Mai 2016, Ziffer 2.6.3, Vergabeakten Nr. 1). Die entsprechende Vorgabe betrifft die maximale Interventionszeit bei Störungen der Anlagen. Wer schneller intervenieren kann, wird dafür im Rahmen des Zuschlagskriteriums 2 „Interventionszeit“ belohnt. Im Gegensatz dazu wird im Pflichtenheft nicht darauf hingewiesen, dass die Vorgabe betreffend Länge des Warntons zwingend einzuhalten ist bzw. das Angebot im Fall der Nichteinhaltung nicht in die Bewertung einbezogen wird. Das spricht dafür, dass auch der auszulegende Abschnitt im Pflichtenheft nicht im Sinne einer präzisen Vorgabe des Warntons zu interpretieren ist. Zwar kann davon ausgegangen werden,

dass ein Warnton von einer Sekunde als ungenügend anzusehen wäre. Aufgrund der fehlenden Angabe der Vergabestelle, dass es sich um eine präzise einzuhaltende Vorgabe handelt, liegt jedoch mit Blick auf die systematische Auslegung des Pflichtenhefts nahe, dass ein Warnton von drei Sekunden nicht zum Ausschluss des Angebots führt.

4.7.3 Die Beschwerdeführerin hat gemäss Ausführung der Vergabestelle für die Entwicklung und Herstellung der mobilen Warnanlagen faktisch eine Monopolstellung inne. Weltweit gebe es nur zwei weitere Entwickler, von welchen nur einer erst seit kurzem über die notwendige Zulassung des BAV verfüge (Vernehmlassung, S. 7). Die Beschwerdeführerin führt im Ergebnis damit übereinstimmend aus, dass die Zuschlagsempfängerin die von ihr entwickelten und hergestellten Systeme verwende und für die Softwareanpassungen nicht berechtigt sei. Nur sie könne demnach den Alarmton so anpassen, dass dessen Länge zwei statt wie bisher drei Sekunden betrage (Beschwerde, S. 3 f.).

Das Vergaberecht soll unter anderem den Wettbewerb unter den Anbieterinnen stärken (Art. 1 Abs. 1 Bst. b BöB). Wie erwähnt sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei der Festsetzung von technischen Spezifikationen die Auswirkungen auf den Anbieterwettbewerb zu berücksichtigen, so dass ein hinreichender Restwettbewerb verbleibt (vgl. E. 4.3.4 hiervor; vgl. dazu auch BVGE 2010/58 E. 6.1 "Privatisierung Alcosuisse" in Bezug auf Eignungskriterien und in Bezug auf technische Spezifikationen den Zwischenentscheid des BVGer B-822/2010 vom 10. März 2010 E. 5.1 f. "Rohre für Kühlwasser" und das Urteil B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 4.1 "Signalisation" bzw. in Bezug auf Zuschlagskriterien das Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.6 und 4.8 "Strombeschaffung für die Post"). Die Auslegung der Anforderung an die Länge des Warntons ist auch unter diesem Gesichtspunkt zu prüfen. Es ist unbestritten, dass für den in Frage stehenden Markt nur wenige Hersteller in Frage kommen und die Beschwerdeführerin das von der Zuschlagsempfängerin verwendete Produkt der Warnanlage an mögliche Anbieter liefert. Dementsprechend führt sie in der Beschwerde aus, sie sei sich der verlangten sicherheitsrelevanten Anpassung des Warnsystems bewusst gewesen (Beschwerde, S. 4). Es sei während des Ausschreibungsverfahrens aber keine Anfrage der Verfahrensbeteiligten darüber eingegangen, zu welchen Konditionen die Anpassungen an den Warngeräten ausgeführt

werden können (Beschwerde, S. 5). Indem die Vergabestelle davon ausgeht, dass es sich bei der Länge des Warntons um eine Mindestangabe handelt, womit auch ein Warnton von drei Sekunden dem Pflichtenheft entspricht, war im vorliegenden Fall namentlich die Zuschlagsempfängerin in der Lage, ein konkurrenzfähiges Angebot einzureichen. Besteht – wie festgestellt (E. 4.7.1 f. hiavor) – aufgrund des Pflichtenhefts allein keine vollständige Klarheit in Bezug auf die Frage, ob ein Warnton von zwei Sekunden zwingend vorgegeben war, kann der Vergabestelle kein Vorwurf gemacht werden, dass sie mit Blick auf die Wettbewerbszielsetzung des Vergaberechts die Vorgabe so interpretiert hat, dass ein ohnehin schon beschränkter Markt nicht noch enger wird (vgl. E. 4.3.3 hiavor). Daraus ergibt sich prima facie, dass die Vergabestelle, indem sie das Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, in Einklang mit grundlegenden Zwecken des Vergaberechts – die Stärkung des Wettbewerbs sowie die Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel – gehandelt hat.

4.7.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vergabestelle, indem sie die Anforderung an die Länge des Warntons von zwei Sekunden als Mindestanforderung, welcher ein solcher von drei Sekunden auch genügt, nicht aber als präzise Vorgabe unter Ausschlussfolge bei Nichterfüllung angesehen hat, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin prima facie nicht vergaberechtswidrig gehandelt hat. Während in einem Anbietermarkt mit vielen Anbietern die Frage nach der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen und Pflichtenheft aufgrund der Akten mit Blick auf die Prozessprognose möglicherweise als relativ offen hätte beschrieben werden müssen, erweist sich die vorliegende Beschwerde vor dem Hintergrund des hier zu beurteilenden Anbietermarkts als offensichtlich unbegründet. Die Vergabestelle hat vielmehr in Übereinstimmung mit Zielen des anzuwendenden Gesetzes gehandelt. Sie war jedenfalls entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin befugt, auf den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin zu verzichten.

4.7.5 Die Beschwerdeführerin verlangt eventualiter, dass die Ausschreibung zu wiederholen sei (Beschwerde, S. 10), damit sie Gelegenheit erhalte, neu zu offerieren. Diesem Begehren wäre möglicherweise zu entsprechen, wenn es nicht schon – dies als Besonderheit des vorliegenden

Falles – eine „gängige Praxis“ geben würde in Bezug auf die einzuhaltenen Vorgaben. Da es der Beschwerdeführerin gemäss eigener Aussage bewusst gewesen ist, dass durch die „neue“ Vorgabe Probleme entstehen, wäre es auch – wenn nicht gar in erster Linie – ihre Sache gewesen, diesen Punkt etwa im Rahmen der Fragerunde zu klären. Dies zumal sie vorbringt, dass im Gegensatz zur Konkurrenz nur sie allein befugt sei, die erforderlichen technischen Anpassungen vorzunehmen. Ob sie sich geradezu widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen muss, wenn sie dies nicht tut, wie dies die Vergabestelle geltend macht (Vernehmlassung, S. 6), kann dabei offen bleiben. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demnach in Bezug auf die technische Spezifikation bzw. das in diesem Zusammenhang zu beurteilende Vorgehen der Vergabestelle als offensichtlich unbegründet.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht habe. Für die Festlegung der Mietpreise sei die Dauer der Ausmietung ein entscheidender Faktor, weshalb es vorteilhaft sei, wenn die Angebotsblätter nach demselben Schema ausgefüllt würden (Beschwerde, Rz. 12). Sie habe mit E-Mail vom 12. August 2016 die Vergabestelle angefragt, ob der kalkulierte Tagespreis für die drei vorgegebenen Zeitperioden (0 bis 30 Tage, 31 bis 90 Tage und ab 91. Tag) im Angebotsblatt einheitlich mit dem tiefen Staffelsatz einzutragen sei ("Variante 1") oder ob die Mietkosten mit drei unterschiedlichen Staffelsätzen dargestellt werden sollten ("Variante 2"). Der Projektleiter habe per E-Mail mitgeteilt, dass das Angebotsblatt gemäss Variante 1, d.h. mit dem einheitlichen, tiefen Staffelsatz zu ergänzen sei. Mit Angebot vom 29. August 2016 sei sie dieser Aufforderung nachgekommen. Die E-Mail des Projektleiters sei den übrigen Anbietern nicht zugestellt worden; so hätten die Mitbewerber ein Angebot gemäss Variante 2 eingereicht. Anlässlich der Verhandlung habe der Projektleiter für die bessere Nachvollziehbarkeit die Beschwerdeführerin gebeten, die Angebotsblätter nochmals einzureichen und dabei dem System der übrigen Anbieter zu folgen. Nachdem der Projektleiter die von ihm umgewandelten Angebotsblätter der Beschwerdeführerin als Datei zugestellt habe, habe sie die Angebotsblätter erneut eingereicht. Dabei sei es zu einer von der Beschwerdeführerin ungewollten

Preiserhöhung gekommen. Sie habe sich während des ganzen Ausschreibungsverfahrens an ihr verbindliches Angebot vom 29. August 2016 gebunden gefühlt (Beschwerde, Rz. 12 ff.). Entscheidend sei, dass ihr Angebot vom 29. August 2016 auch nach den Abgeboten der Mitbewerber für alle drei Lose das wirtschaftlich günstigste sei. Das auf Intention der Vergabestelle und auf deren Darstellung basierende Angebot sei sowohl formal als auch materiell fehlerhaft und somit für die Vergabe unbeachtlich. Ihr dürfe aus der Auskunft der Vergabestelle kein Rechtsnachteil erwachsen; sie sei in ihrem Vertrauen zu schützen (Beschwerde, Rz. 19 f.).

5.2 Dagegen führt die Vergabestelle aus, dass die Angebotsblattvorlage ursprünglich, d.h. gemäss den Ausschreibungsunterlagen des vorliegenden Vergabeverfahrens, nur eine Spalte für die Angabe eines Tagessatzes vorgesehen habe. Mit den heutigen Vertragspartnern (Zuschlagsempfängerin und Beschwerdeführerin) sei eine abweichende Preisgestaltung mit unterschiedlichen Tagessätzen vereinbart. Im Verlauf des vorliegenden Verfahrens habe sich herausgestellt, dass die Preisblätter von den Anbietern unterschiedlich ausgefüllt worden seien, weshalb die Angebote für die Vergabestelle nicht vergleichbar gewesen seien. Im Rahmen der Verhandlungen habe sie sich entschieden, das Preismodell für die Ausschreibung zu wechseln; alle Anbieter seien aufgefordert worden, ihre Preise gemäss dem bisherigen, d.h. in früheren Ausschreibungen verwendeten, Modell anzugeben (Staffelpreise). Die Beschwerdeführerin habe diesbezüglich betont, dass es für sie eine Erleichterung sei, da dieses Preismodell in ihren Systemen so bereits hinterlegt sei (Vernehmlassung, S. 8 ff.). Die Anbieter hätten die Möglichkeit erhalten, ein neues Preisangebot innert 14 Tagen abzugeben. Alle Anbieter hätten fristgerecht die neuen Angebots- und Preisblätter eingereicht (Vernehmlassung, S. 11). Die Beschwerdeführerin habe dabei nicht nur die Preisstaffelung, sondern auch die Stunden für Dienstleistungen überarbeitet. Es sei nicht einzusehen, inwiefern die Beschwerdeführerin für ihre eigene Preiskalkulation nicht verantwortlich sein sollte (Vernehmlassung, S. 11). Der von der Beschwerdeführerin behauptete Rechnungsfehler sei für die Vergabestelle ausserdem nicht erkennbar gewesen. Massgebend für die Bewertung seien sodann die endgültigen Angebote, die die Anbieterinnen nach der Bereinigung bzw. Verhandlung eingereicht hätten. Der Zuschlag sei deshalb zu Recht erfolgt (Vernehmlassung, S. 12).

5.3 In der Lehre ist auf das Problem hingewiesen worden, dass es einem Bedürfnis der Vergabestelle entspricht, einem Erkenntnisgewinn während des Vergabeverfahrens unter Wahrung gewisser Rahmenbedingungen auch anders als in Form eines Verfahrensabbruchs Rechnung zu tragen (vgl. dazu grundlegend PETER RECHSTEINER, Erkenntnisgewinn im Verfahren – darf man klüger werden?, in: Baurecht, Sonderheft Vergabetagung 2006, S. 35 ff. mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis). Zugleich haben die Anbieterinnen ein schützenswertes Interesse daran, dass die im Voraus gemachten Angaben zu den Leistungsanforderungen oder zu den Beurteilungskriterien (so genannte "Spielregeln des Verfahrens") nicht von der Beschaffungsstelle während des laufenden Verfahrens einseitig abgeändert werden (vgl. das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.3 "HP-Monitore" mit Hinweis auf den Erläuternden Bericht zu Art. 38 des Vorentwurfs vom 30. Mai 2008 für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, S. 53). Gemäss Art. 26 Abs. 4 Bst. c des Entwurfs vom 30. März 2015 für ein Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen stellt die Vergabestelle im Rahmen von Verhandlungen unter anderem sicher, dass der Leistungsgegenstand, die Kriterien und Spezifikationen nicht in einer Weise angepasst werden, dass sich die charakteristische Leistung oder der potenzielle Anbieterkreis verändert. Weiter müssen sämtliche Änderungen der Anforderungen allen verbleibenden Anbieterinnen schriftlich mitgeteilt werden, wobei alle verbleibenden Anbieterinnen innerhalb einer für alle gleichen Frist ihre endgültigen Angebote einreichen können (abrufbar unter: <https://www.bkb.admin.ch/bkb/de/home/oeffentliches-beschaffungswesen/revision-des-beschaffungsrechts.html>, zuletzt besucht am 13. Januar 2017; vgl. zum Ganzen auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 394 ff.). Die Änderung von Vorgaben während des Beschaffungsverfahrens ist im geltenden Vergaberecht des Bundes indessen nicht geregelt.

5.4 Das Bundesverwaltungsgericht hat namentlich in Auslegung eines Entscheids der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen BRK 2001-11 vom 16. November 2001 (veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.38) festgestellt, dass die Tatsache allein, dass die Ausschreibungsunterlagen in "Wiedererwägung" gezogen worden sind, ohne dass eine der Anbieterinnen dagegen protestiert hätte, durch die Vorgängerorganisation nicht beanstandet worden ist. Deshalb ist nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass ein unterlassener Protest

gegenüber der Vergabestelle dazu führt, dass die in Frage stehende Anbieterin im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr geltend machen kann, es hätte keine Änderung der Spielregeln erfolgen dürfen. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit der nachträglichen Streichung eines Eignungskriteriums erkannt (vgl. das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5 "HP-Monitore").

5.5 Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin gegen den Entscheid der Vergabestelle, das Preismodell für die Ausschreibung zu wechseln bzw. gegen die Aufforderung, ein neues Preisangebot gemäss dem bisherigen Modell (Staffelpreise) einzureichen, protestiert hat.

5.5.1 Die Verhandlung mit der Beschwerdeführerin fand am 25. Oktober 2016 statt. Zur Preisstaffelung (0-30/31-90/ab 91 Tage) wird unter Ziffer 7 "Angebot" protokolliert, dass das Verständnis nicht bei sämtlichen Anbietern gleich sei. Um für sämtliche Anbieter die gleichen Voraussetzungen zu schaffen, sei das Angebotsblatt durch die Vergabestelle überarbeitet worden. Dabei sei festgestellt worden, dass bei einer längeren Einsatzdauer die Mietkosten mit den effektiven Tarifen innerhalb der Bandbreite gerechnet würden. Dies bedeute bei einem Einsatz von 100 Tagen, dass für 30 Tage der Tarif 0-30, für 60 Tage der Tarif 31-90 und für 10 [recte: 100] der Tarif ab 91 Tage gelte. Die Vergabestelle hält dazu fest, dass das Angebot des Unternehmens für die Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten umgeschrieben worden sei (vgl. Protokoll vom 25. Oktober 2016, S. 5, Beilage 9 der Vergabestelle). Zum weiteren Vorgehen wird protokolliert, dass das durch die Vergabestelle überarbeitete Angebotsblatt der Firma zur Verfügung gestellt werde, um ihr Angebot nochmals zu überprüfen und gegebenenfalls zu überarbeiten. Gemäss Ziffer 9 "Weiteres Vorgehen" des Protokolls erhält der Anbieter die Möglichkeit, das Preisangebot aufgrund der gewonnenen Erkenntnisse nochmals zu überarbeiten und bis zum 8. November 2016 einzureichen. Auch bei einem Verzicht solle dies mitgeteilt werden. Die Vergabestelle stellt ausserdem klar, dass, sollte auf die Einreichung eines Angebots verzichtet werden, das bereits eingereichte Angebot zur Endauswertung einbezogen werde (vgl. Protokoll vom 25. Oktober 2016, S. 6 f., Beilage 9 der Vergabestelle). Das Protokoll wurde seitens der Beschwerdeführerin von vier Mitarbeitern unterschrieben. Auch die übrigen Anbieterinnen haben die Möglichkeit erhalten, das Preisangebot nochmals

innert 14 Tagen zu überarbeiten (vgl. die Ziffer 9 der Protokolle vom 24. Oktober 2016 und 26. Oktober 2016, Vergabeakten Nr. 7).

5.5.2 Unbestritten ist, dass die Vergabestelle mit dem Vorgehen, den Anbietern die Möglichkeit zu geben, das Preisangebot zu überarbeiten und erneut einzureichen, von den Ausschreibungsbedingungen abgewichen ist. Sie führt diesbezüglich selbst aus, dass die Angebotsvorlage für die Angabe des Tagessatzes ursprünglich nur eine Spalte vorgesehen habe. Für eine Mietdauer von bspw. 62 Tagen habe der Anbieter einen Tagessatz angeben müssen, der für die ganzen 62 Tage gültig sei. Da sich herausgestellt habe, dass dieses Modell nicht tauglich sei und sich die Anbieterinnen für das bisherige Modell (Staffelpreise) ausgesprochen hätten, habe sie sich entschieden, das bisherige (im Rahmen früherer Ausschreibungen verwendete) Modell anzuwenden (vgl. Vernehmlassung, Rz. 9 und Beilage 5 der Vergabestelle). Die neue Vorlage des Angebotsblatts, welches den Anbieterinnen zur Verfügung gestellt worden sei, ermögliche die Angabe der gestaffelten Preiszusammensetzung (vgl. Vernehmlassung, S. 9 f.).

5.5.3 Die Beschwerdeführerin hat gemäss Protokoll keine Einwände gegen die Möglichkeit, ein weiteres Preisangebot einzureichen, erhoben. Dies macht sie auch nicht geltend bzw. sie zweifelt die Korrektheit der Ausführungen im Protokoll vom 25. Oktober 2016 nicht an. Mit Schreiben vom 4. November 2016 reichte die Beschwerdeführerin sodann das überarbeitete Preisblatt ein. Sie führt dazu aus, dass wie unter "Punkt 7. Angebot" gefordert, ihr Berechnungssystem für die Preisstaffelung überarbeitet und angepasst worden sei (vgl. Vergabeakten Nr. 8). Die Beschwerdeführerin macht in diesem Schreiben keine Hinweise darauf, dass sie mit dem Vorgehen der Vergabestelle, ein überarbeitetes Preisblatt einzureichen, nicht einverstanden sei. Die Beschwerdeführerin reichte das Preisblatt wie "gefordert" ein. Dies könnte zwar darauf hindeuten, dass die Beschwerdeführerin – allenfalls in gewissem Widerspruch zum Wortlaut des Protokolls – davon ausgegangen ist, dass die Einreichung eines neuen Preisangebots von der Vergabestelle verlangt worden sei. Klar ist jedoch, dass sie weder gegen die Möglichkeit noch gegen eine Aufforderung zur Einreichung eines neuen Preisangebots – und damit gegen eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen – protestiert hat. Damit kann sie im vorliegenden Verfahren jedenfalls nicht geltend machen, die Vergabestelle hätte in Bezug auf die

Preiskalkulation die Berechnungsmethode nicht anpassen dürfen. Zu beanstanden ist indessen, aber ohne dass die Beschwerdeführerin daraus etwas zu ihren Gunsten ableiten könnte, dass eine so wichtige Tatsache wie die Wiederholung der Bewertung anhand einer neuen Methode im Vergabeantrag vom 16. November 2016 nicht erwähnt wird.

5.6

5.6.1 Die Beschwerdeführerin macht in Bezug auf ihr Angebot geltend, sie fühle sich an ihr erstes verbindliches Angebot vom 29. August 2016 gebunden. Sie habe zwar der Aufforderung, eine neue Offerte nach der beschriebenen Methode einzureichen, Folge geleistet. Dabei sei es allerdings zu einer ungewollten Preiserhöhung von ursprünglich Fr. [Summe A] auf Fr. [Summe A + 15%] gekommen. Die nachträgliche Erhöhung sei rechtlich nicht zulässig (Beschwerde, S. 7 f.). Die Vergabestelle bemerkt dazu, inwiefern die Beschwerdeführerin für ihre eigene Preiskalkulation nicht verantwortlich sein soll, sei nicht nachvollziehbar (Vernehmlassung, S. 11).

5.6.2 Nachdem die Beschwerdeführerin die Tatsache, dass neue Offerten eingeholt worden sind, als solche – wie in E. 5.5 hiavor festgestellt – nicht mehr beanstanden kann, ergibt sich daraus zwingend, dass eine zweite Offerte die erste ersetzt hat, womit sich die Beschwerdeführerin im Grundsatz nicht mehr auf ihre erste Offerte berufen kann. Aus den Akten ist folgerichtig auch keine Erklärung der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer zweiten Offerte ersichtlich, wonach sie sich nach wie vor an ihr erstes Preisangebot vom 29. August 2016 gebunden fühle. Insbesondere teilt sie im Rahmen des Schreibens vom 4. November 2016 bzw. der Einreichung des zweiten Preisangebots nicht mit, dass das erste aus ihrer Sicht immer noch gültig ist. Die Vergabestelle stellt ausserdem gemäss Verhandlungsprotokoll vom 25. Oktober 2016 klar, dass, sollte auf die Einreichung eines Abgebots verzichtet werden, das bereits eingereichte Angebot zur Endauswertung einbezogen werde (vgl. Ziffer 9 des Protokolls vom 25. Oktober 2016, Vergabeakten Nr. 7). E contrario ist die Kommunikation zwischen den Parteien klar so zu verstehen, dass ein überarbeitetes Preisangebot das bisherige Angebot ersetzt.

5.6.3 Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, es sei zu einer ungewollten Preiserhöhung gekommen. Im Rahmen des Debriefing habe sich bestätigt,

dass die Mitbewerber im Rahmen der Abgebotsverhandlungen ihre Angebot usanzgemäss reduziert haben, währenddessen das Angebot der Beschwerdeführerin im Rahmen der Abgebotsrunde unverschuldetermassen erhöht worden sei (Beschwerde, S. 8). Die Vergabestelle sagt zu diesem Punkt lediglich, der von der Beschwerdeführerin behauptete „Rechenfehler/Umwandlungsfehler“ sei für die SBB nicht erkennbar gewesen (Vernehmlassung, S. 11 f.).

5.6.4 Zur Kalkulation der Offerte ist zunächst hervorzuheben, dass die Beschwerdeführerin nicht geltend macht, die Vergabestelle hätte aufgrund gewisser Detailpositionen bemerken müssen, dass hier etwas nicht stimmt. Nur offensichtliche Rechnungsfehler geben indessen im Unterschied zu blossen Kalkulationsfehlern Anlass zur Offertbereinigung. Ein solcher offensichtlicher Rechnungsfehler darf nicht leichthin angenommen werden, wenn eine intransparente Benachteiligung der Konkurrenten vermieden werden soll. In erster Linie hat der Anbieter dafür besorgt zu sein, dass sein Angebot frei von Rechnungsfehlern ist (vgl. zum kantonalen Recht etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2015.00081 vom 7. Mai 2015 E. 4.1 und GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 719 und Rz. 729). Soweit die Argumentation der Beschwerdeführerin dahingehend zu verstehen ist, dass bereits der Umstand, dass das zweite Angebot höher war als das erste, zu einer Rückfrage der Vergabestelle hätte führen müssen, wird der Vergabestelle damit sinngemäss ebenfalls das Unterlassen einer Offertbereinigung gemäss Art. 25 VöB vorgeworfen (vgl. diesbezüglich zum kantonalen Recht etwa GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 680); diese Rüge ist im Folgenden näher zu erörtern.

5.6.5 Der vorliegende Fall ist durch den Umstand gekennzeichnet, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen hat, dass die berechneten Stunden für gewisse Dienstleistungen ihrer Ansicht nach „wohl nicht der Realität“ entsprechen. „Einzelne Rechnungskontrollen von aktuellen vergleichbaren Projekten“ hätten aufgezeigt, „dass wesentlich höhere Stundenzahlen abgerechnet [worden seien], als hier angeboten“ würden. Die Anbieterin wurde demnach ersucht, diese Werte zu überprüfen und zu korrigieren oder plausibel aufzuzeigen, warum in Zukunft mit wesentlich weniger Aufwand gerechnet werde als heute“ (Protokoll der Sitzung vom 25. Oktober 2015, Punkt 7 „Angebot“, „Allgemeine Bemerkun-

gen der SBB zum Angebot der Firma“). Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle schon aufgrund der Tatsache, dass die zweite Offerte höher ist als die erste, hätte merken müssen, dass hier – nach den Angaben der Beschwerdeführerin – eine „ungewollte Preiserhöhung“ vorliegt. Im Übrigen macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass die Vergabestelle gar keine Rückfragen im Sinne einer Plausibilisierung hätte stellen dürfen. Vielmehr wird die Plausibilisierungsrückfrage in der Beschwerdeschrift mit keinem Wort erwähnt. Nicht zutreffend ist jedenfalls die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach eine nachträgliche Erhöhung generell „rechtlich nicht zulässig“ ist. Vor diesem Hintergrund hilft es ihr nicht, dass sie sich „während des ganzen Ausschreibungsverfahrens“ an ihr erstes Angebot gebunden „fühlte“ (Beschwerde, S. 7). Damit dringt die Beschwerdeführerin auch mit ihren Beanstandungen des Vorgehens der Vergabestelle in Bezug auf die Evaluation der Angebote nicht durch.

6.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde betreffend den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Vergabeverfahren mangels Eignung als offensichtlich unbegründet. Auch soweit die Beschwerdeführerin verlangt, dass ihr zweites Angebot als unbeachtlich angesehen wird, kann ihr mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt offensichtlich nicht gefolgt werden. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist demnach abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. E. 3.3 hiavor). In Bezug auf die seitens der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeit ist indessen hervorzuheben, dass die Möglichkeit, in Bezug auf ständig nachgefragte Leistungen für die Dauer des Verfahrens eine geeignete Lösung zu finden (vgl. dazu GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1342 in fine), dagegen sprechen kann, den Vertragsschluss für den Zeitraum von drei Jahren als dringlich anzusehen.

7.

In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keinen entsprechenden Antrag gestellt hat. Aufgrund dessen ist darauf auch nicht weiter einzugehen.

8.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.

Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

3.

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

4.

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 140160; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Beatrice Badilatti

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. Februar 2017