

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 3. April 2017

Verwaltungsrichter Burkhard, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichterin Arn De Rosa, Verwaltungsrichter Daum
Gerichtsschreiber Rechsteiner

A. _____ AG

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Fürsprecher ...

Beschwerdeführerin

gegen



B. _____ GmbH

handelnd durch die statutarischen Organe
vertreten durch Rechtsanwalt ... und Rechtsanwalt ...

Beschwerdegegnerin

und

Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
Reiterstrasse 11, 3011 Bern

sowie

Aare Seeland mobil AG

handelnd durch die statutarischen Organe, Grubenstrasse 12,
4900 Langenthal

betreffend Submission; Zuschlag für das Projekt Nr. 130733, Refit / Umbau
Be 2/6 GTW Triebzüge (Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirek-
tion des Kantons Bern vom 30. September 2016; RA Nr. 130/2016/3)

Sachverhalt:

A.

Am 17. September 2015 schrieb die Aare Seeland mobil AG (nachfolgend: asm AG) eine Beschaffung mit dem Projekttitel «Refit / Umbau Be 2/6 GTW Triebzüge» im offenen Verfahren aus. Der Auftrag besteht im Wesentlichen darin, vier von der C._____ SA zu erwerbende Triebzüge vom Typ GTW Be 2/6 zusammen mit den sich im Bestand der asm AG befindlichen baugleichen Fahrzeugen (Nr. 501-510) zu erneuern und einem umfangreichen «Refit» zu unterziehen. Im Vordergrund steht der Ersatz des elektrischen Teils des Traktionsstrangs aufgrund der obsolet gewordenen Leittechnik. Der Auftrag umfasst die Entwicklung, die Lieferung, den Umbau und die Inbetriebsetzung der Fahrzeuge. Als Zuschlagskriterien gelten die Gesamtkosten, das technische Konzept sowie die Konditionen, wobei die Gesamtkosten mit 40 % zu gewichten sind. Innert verlängerter Frist gingen zwei Angebote ein. Am 24. Mai 2016 erteilte die asm AG der A._____ AG den Zuschlag, deren Angebot beim technischen Konzept besser abgeschnitten hatte.

B.

Dagegen gelangte die B._____ GmbH als unterlegene Konkurrentin mit Beschwerde vom 6. Juni 2016 an die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE). Nach Durchführung einer Instruktionsverhandlung und der Edition weiterer Akten hiess die BVE die Beschwerde am 30. September 2016 gut und hob die Zuschlagsverfügung auf. Sie wies die Sache im Sinn der Erwägungen an die Vergabebehörde zurück, die das Verfahren «mit neuen Unterlagen und unter Bekanntgabe der Preisbewertung» zu wiederholen habe.

C.

Am 14. Oktober 2016 hat die A._____ AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit den Rechtsbegehren, der Entscheid der BVE vom 30. September 2016 sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen bzw. die Zuschlagsverfügung vom 24. Mai 2016 sei zu bestätigen; eventuell sei die Sache im Sinn der Erwägungen zur Neubeurteilung an die BVE zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht stellt sie im Wesentlichen die Anträge, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei im Sinn einer (superprovisorisch anzuordnenden) vorsorglichen Massnahme zu verbieten, das Ausschreibungsverfahren zu wiederholen. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2016 hat der Abteilungspräsident der asm AG superprovisorisch untersagt, das Ausschreibungsverfahren zu wiederholen.

Die BVE beantragt mit Eingabe vom 28. Oktober 2016 unter Hinweis auf den angefochtenen Entscheid die Abweisung der Beschwerde. Die B._____ GmbH beantragt in ihrer innert verlängerter Frist eingereichten Beschwerdeantwort vom 7. November 2016, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und ihr der Zuschlag zu erteilen bzw. (subeventuell) die Sache zur Neubeurteilung an die BVE zurückzuweisen. Ebenfalls abzuweisen seien die mit der Beschwerde gestellten prozessualen Anträge. Die asm AG beantragt am 7. November 2016 die Gutheissung der Beschwerde. Was das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung anbelangt, hat die asm AG auf einen Antrag verzichtet. Sie weist jedoch darauf hin, dass sie bis zum rechtskräftigen Entscheid des Verwaltungsgerichts von der Einleitung eines neuen Ausschreibungsverfahrens absehe. Die A._____ AG hat in ihrer Stellungnahme vom 28. November 2016 an ihren Rechtsbegehren festgehalten und weitere Unterlagen eingereicht. Zu dieser Eingabe haben sich die asm AG am 28. Dezember und die B._____ GmbH am 30. Dezember 2016 geäußert; beide halten an ihren Anträgen fest.

Erwägungen:

1. Eintreten

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig (vgl. auch Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]). – Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid der BVE (vgl. vorne Bst. B), der gemäss Rechtsmittelbelehrung nur unter den für Zwischenverfügungen und -entscheide geltenden (zusätzlichen) Voraussetzungen anfechtbar ist.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Voraussetzungen für die selbständige Anfechtung von Zwischenentscheiden gemäss Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG seien hier erfüllt, sofern es sich beim angefochtenen Entscheid tatsächlich um einen solchen handle. Sie weist darauf hin, dass die Gutheissung der Beschwerde unmittelbar zur Beendigung des Ausschreibungsverfahrens führen würde, womit die Neuausschreibung und damit ein erheblicher Zeit- und Geldaufwand erspart blieben (Art. 61 Abs. 3 Bst. b VRPG). Zudem stellten die aus der Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens resultierenden doppelten Angebotskosten sowie der Verlust des Zuschlags ohne gerichtlichen Rechtsschutz für sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil dar (Art. 61 Abs. 3 Bst. a VRPG; vgl. Beschwerde Rz. 4 ff.).

1.3 Die Vorinstanz hat die Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde aufgehoben, nachdem sie verschiedene Fehler im Ausschreibungsverfahren festgestellt hatte, und die Sache im Sinn der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen. Sie hat erwogen, dass eine (direkte) Zuschlagserteilung an die zweitplatzierte Anbieterin nur dann erfolgen könne, wenn der Sachverhalt vollständig sei und nur noch diese Anbieterin «für den Zuschlag in Frage komm[e]». In der zu beurteilenden Ausschreibung seien die Zuschlagskriterien indes unklar, was eine «präzise» Auswertung der Angebote verunmögliche, weshalb die Vergabebehörde anzuweisen sei, das Verfahren mit neuen Unterlagen und unter Bekanntgabe der Preisbewertung zu wiederholen (angefochtener Entscheid E. 4f). Mit dem ange-

fochtenen Entscheid wird somit nicht nur die Zuschlagsverfügung vom 24. Mai 2016 aufgehoben, sondern das unter der Projektnummer 130733 am 17. September 2015 eingeleitete Ausschreibungsverfahren definitiv beendet. Tritt dieser Entscheid in Rechtskraft, muss die Vergabebehörde ein neues Vergabeverfahren in die Wege leiten. Obwohl formell die «Rückweisung» angeordnet wird, führt der angefochtene Entscheid nicht zu einer Fortsetzung des Verfahrens, sondern setzt ihm ein Ende. Das Anfechtungsobjekt stellt demnach keinen Zwischen-, sondern einen Endentscheid dar, weshalb sich eine Prüfung der Eintretensvoraussetzungen gemäss Art. 74 Abs. 3 i.V.m. Art. 61 Abs. 3 VRPG erübrigt (zum Ganzen BGE 141 II 353 E. 1.1 [Pra 105/2016 Nr. 31]; BGer 6B_592/2016 vom 13.1.2017 E. 1.2).

1.4 Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gemäss Art. 79 Abs. 1 VRPG befugt, wer am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen unterlegen; als ursprüngliche Zuschlagsempfängerin ist sie vom angefochtenen Entscheid besonders berührt und verfügt zudem über ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.3, 141 II 14 E. 4.6 ff.). Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. auch Art. 14 Abs. 1 ÖBG und Art. 15 Abs. 2 der interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; BSG 731.2-1]).

1.5 Das Verwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 VRPG; vgl. auch Art. 14 Abs. 2 ÖBG sowie Art. 16 Abs. 1 und 2 IVöB).

2. Transparenzgebot

Die Vorinstanz hat die Aufhebung des Vergabeverfahrens insbesondere mit einem mehrfachen Verstoss gegen das Transparenzgebot durch die

Vergabebehörde begründet (angefochtener Entscheid E. 3 und 4), was von Letzterer und der Beschwerdeführerin bestritten wird.

2.1 Der Grundsatz der Transparenz ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) sowie Art. 11 Bst. b IVöB und ist vom Bundesgericht als allgemeines Prinzip des Submissionsrechts anerkannt worden. Damit soll einerseits unter den Anbietenden ein echter Wettbewerb gewährleistet und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel ermöglicht werden. Andererseits verfolgt der Grundsatz der Transparenz das Ziel, ein faires Vergabeverfahren sicherzustellen und Manipulationen von Seiten der Vergabebehörde zu verhindern. Um im Licht dieser Zweckbestimmung die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung klar und vollständig festgesetzt werden (BGE 130 I 241 E. 5.1 [Pra 94/2005 Nr. 59], 125 II 86 E. 7c; BVR 2015 S. 564 E. 4.1, 2006 S. 500 E. 4.2, 2002 S. 453 E. 7c/aa; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 955 ff.; Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, N. 23 ff.).

2.2 Die Bedeutung eines Zuschlagskriteriums ergibt sich aus dessen prozentualer Gewichtung und der Bewertungsregel, wie die eingereichten Angebote benotet werden. Erst das Zusammenspiel zwischen diesen beiden Vorgaben führt zur effektiven Gewichtung eines Zuschlagskriteriums. Der Vergabebehörde steht bei der Wahl von Bewertungsmethoden aus einer grossen Zahl von Möglichkeiten ein weites Ermessen zu, und das Gericht kann nur bei dessen Missbrauch oder Überschreitung eingreifen (BGer 2P.136/2006 vom 30.11.2006 E. 3.4, 2P.111/2003 vom 21.1.2004 E. 3.3; BVR 2006 S. 500 E. 4.5.4; Pictet/Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, in BR 2000 S. 63 ff., 63). Im Zusammenhang mit dem Preiskriterium hat das Bundesgericht verschiedene Bewertungsformeln (auch Preiskurven genannt) als zulässig erachtet, sofern dem Preis zusammen mit der Gewichtung im Ergebnis genügend Bedeutung zukomme. Die Vergabebehörde darf jedoch nicht nachträglich ein Benotungssystem wählen, das zu einer

erheblichen Abschwächung des Preiskriteriums führt, jedenfalls dann nicht, wenn dieses bereits tief gewichtet worden ist (BGE 130 I 241 E. 6.1 f. [Pra 94/2005 Nr. 59], 129 I 313 E. 9.2 [Pra 93/2004 Nr. 64]; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 910 und 914; Christoph Jäger, Öffentliches Beschaffungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2013, S. 807 ff., 853 N. 145). Das Transparenzgebot wäre verletzt, wenn eine erst nach der Ausschreibung festgelegte flache Preiskurve zu einer starken Relativierung der Gewichtung des Preiskriteriums führen würde (vgl. BVR 2015 S. 564 E. 4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 884).

2.3 Im Kanton Bern erweisen sich die Anforderungen an die Bekanntgabe der Preisbewertungsmethode gestützt auf die Verordnung vom 16. Oktober 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBV; BSG 731.21) als strenger als die von Lehre und Rechtsprechung aus dem allgemeinen Transparenzgebot abgeleiteten Vorgaben. Nach Art. 30 Abs. 2 ÖBV sind die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung und allfälligen Unterkriterien aufzuführen. Stellt der Preis eines der Zuschlagskriterien dar, muss zusätzlich die Regel bekannt gegeben werden, wie der Preis bewertet wird. Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nach Art. 30 Abs. 1 ÖBV hat die Vergabebehörde die in der Ausschreibung bekanntgegebene Bewertungsformel auf die Offerten anzuwenden und entsprechend der Bekanntgabe zu gewichten (BVR 2015 S. 564 E. 4.3, vgl. auch BVR 2006 S. 500 E. 4.3; Christoph Jäger, a.a.O., S. 842 f. N. 111 ff.).

3. Bekanntgabe der Preisbewertung

3.1 In der Ausschreibung vom 17. September 2015 werden die Zuschlagskriterien (Hauptkriterien) und ihre Gewichtung wie folgt bekanntgegeben (Ziff. 3.9, Vorakten asm AG [act. 5D] Register 1, nachfolgend: Ausschreibung):

- Gesamtkosten 40 %
- Technisches Konzept 40 %
- Konditionen 20 %

Für die Bewertung der einzelnen Kriterien findet eine Notenskala von 1 bis 5 Anwendung, wobei die Note 1 für eine sehr schlechte und die Note 5 für eine ausgezeichnete Erfüllung steht. Die Note wird anschliessend entsprechend der Gewichtung des Kriteriums mit dem Faktor 4 oder 2 multipliziert, um die Anzahl Punkte zu ermitteln. Es können maximal 50 Punkte erzielt werden (Ziff. 7 der Zuschlagsverfügung vom 24.5.2016, Vorakten asm AG Register 14, nachfolgend: Zuschlagsverfügung). Wie das Kriterium Preis genau bewertet wird, kann der Ausschreibung nicht entnommen werden. Die Vorinstanz hat darin zu Recht einen Verstoss gegen Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV erkannt (vorne E. 2.3). Ebenfalls zutreffend hat sie ausgeführt, dass dieser Mangel grundsätzlich sofort hätte gerügt werden müssen, was die Beschwerdegegnerin unterlassen habe (angefochtener Entscheid E. 4b). Diese habe hingegen nicht wissen können, dass die Preisbewertungsformel erst nach der Offertöffnung festgelegt werde, weshalb sie nicht treuwidrig handle, wenn sie die entsprechende Rüge erst im Beschwerdeverfahren gegen die Zuschlagsverfügung vorbringe. Mit ihrem Vorgehen habe die Vergabebehörde nicht nur gegen das Transparenzgebot, sondern auch gegen das Gebot der Gleichbehandlung und der unparteiischen Vergabe verstossen. Da die genaue Festlegung der Formel kausal sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens, müsse dieses aufgehoben werden (angefochtener Entscheid E. 4c und 4f).

3.2 Die Ausschreibung gilt als selbständig anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 11 Abs. 2 Bst. a ÖBG; Art. 15 Abs. 1^{bis} Bst. a IVöB). Sie war dementsprechend mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (Ziff. 4.7). Allfällige Mängel der Ausschreibung müssen innert zehn Tagen seit der Publikation angefochten werden, andernfalls das Beschwerderecht verwirkt ist (BGE 130 I 241 E. 4.2 [Pra 94/2005 Nr. 59], 129 I 313 E. 6.2 [Pra 93/2004 Nr. 64]; BGer 2C_563/2016 vom 30.12.2016 E. 1.3.2; BVR 2007 S. 177 E. 2.2, 2006 S. 500 E. 4.3). Die erst im vorinstanzlichen Verfahren gegen die Zuschlagsverfügung vorgebrachte Rüge der Beschwerdegegnerin, die Vergabebehörde hätte die Preisbewertungsformel früher bekannt geben müssen, erweist sich demnach als verspätet.

3.3 Die BVE ist nach Durchführung eines Beweisverfahrens zum Schluss gelangt, dass der massgebende Faktor als Teil der Preisbewer-

tungsformel erst nach Öffnung der beiden Offerten festgelegt worden sei. Ob die Vergabebehörde den entscheidenden Faktor noch später, das heisst während des Bewertungsverfahrens bestimmt habe, könne offenbleiben. Der Beschwerdegegnerin hält sie zugute, dass diese erst nach Erhalt der Zuschlagsverfügung und der Preisbewertungsübersicht habe «erahnen» können, «dass die Preisbewertung nicht von Anfang des Verfahrens an klar festgelegt [worden sei, worüber] erst das Beweisverfahren [...] Klarheit» gebracht habe (angefochtener Entscheid E. 4c und 4f). Daher sei ihre Rüge nicht verspätet.

3.4 Diese Ausführungen der Vorinstanz beruhen auf einer falschen Einschätzung der Rechtslage: In Kantonen, die keine Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV entsprechende Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe der Preisbewertungsformel kennen, muss immer damit gerechnet werden, dass diese erst nach der Offertöffnung festgelegt wird (vgl. Martin Beyeler, Vergaberechtliche Entscheide 2014/2015, 2016 [nachfolgend: Entscheide], N. 140 mit Hinweis auf die Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts; vgl. dazu auch Stefan Scherler, Bewertungsraster [Matrix]: Umfang und Zeitpunkt der Bekanntgabe im Verfahren, Anmerkung zu LGVE 2015 IV Nr. 4, in BR 2016 S. 29 f., 30). Dieses Vorgehen hat den Vorteil, dass die Vergabebehörde in Kenntnis der tatsächlichen Preisspanne zwischen dem höchsten und dem tiefsten (seriösen) Angebot die Formel so festlegen kann, dass die gesamte Notenskala ausgeschöpft und dem Preiskriterium das nötige Gewicht beigemessen wird (vgl. vorne E. 2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 901 f.). Hingegen besteht beim nachträglichen Festlegen der Preisbewertungsformel immer ein gewisses Manipulationspotenzial. Ausserdem ist unklar, wo die Nullgrenze festgelegt werden soll, wenn wie hier nur einige wenige Angebote eingehen. Je nachdem, wie gross bzw. wie klein die Preisdifferenz ist, könnte sich die Bewertung des teuersten Angebots mit 0 Punkten als zu streng und damit als unsachgerecht erweisen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 894; vgl. auch hinten E. 4.4). Diese Überlegungen ändern jedoch nichts daran, dass die Vergabebehörde zwar gegen Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV, nicht aber gegen die aus dem Transparenzgebot abgeleiteten allgemeinen Vorgaben (vgl. vorne E. 2.2 f.) verstossen hat, indem sie die Preisbewertungsformel erst nach der Offertöffnung festlegt hat.

3.5 Entgegen der Auffassung der BVE liegen demzufolge keine Gründe vor, die das verspätete Vorbringen der mangelhaften Bekanntgabe der Preisbewertung entschuldigen könnten. Die Beschwerdegegnerin macht zwar geltend, sie sei nicht verpflichtet gewesen, die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen auf ihre Rechtskonformität zu prüfen, zumal es sich nicht um einen offensichtlichen Mangel gehandelt habe. Eine allfällige Obliegenheit zur sofortigen Geltendmachung von Mängeln sei ihr im Übrigen nicht bekannt gewesen. Schliesslich hätte sie sich ohnehin mit einer entsprechenden Rüge zurückgehalten, «um ihre Chancen auf den Zuschlag nicht unnötig zu minimieren» (Beschwerdeantwort Rz. 77 ff.). – Die Pflicht zur Bekanntgabe der Preisbewertungsformel ergibt sich unmittelbar aus dem kantonalen Vergaberecht. Die mangelnde Publikation in der Ausschreibung stellt einen offensichtlichen Mangel dar, der – entsprechend der Rechtsmittelbelehrung und der publizierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts – sofort hätte gerügt werden müssen. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin damals nicht anwaltlich vertreten war, vermag ihr Untätigbleiben daher nicht zu entschuldigen, ebenso wenig ihre Befürchtung, durch eine Anfechtung der Ausschreibung ihre Chancen auf den Zuschlag zu schmälern. Die entsprechende Rüge war im vorinstanzlichen Verfahren verwirkt und hätte von der BVE nicht materiell behandelt werden dürfen (vorne E. 3.2).

4. Preisbewertung

4.1 Umstritten ist weiter, ob die von der Vergabebehörde angewandte Preisbewertungsmethode der Art der Beschaffung und der publizierten Gewichtung des Preiskriteriums genügend Rechnung trage.

4.2 Die Beschwerdegegnerin offerierte ihr Angebot (inkl. Option) zu einem Gesamtpreis von Fr. 14'016'338.--. Sie erhielt dafür die Höchstnote 5, was bei einer Gewichtung von 40 % zu einer Punktzahl von 20 führte. Das Angebot der Beschwerdeführerin (inkl. Option) liegt mit Fr. 16'016'619.-- um 14,27 % darüber und erhielt die Note 3,86 bzw. 15,44 Punkte (vgl. Zuschlagsverfügung Ziff. 7 f.). Die Benotung der Angebote beruht auf folgender Formel:

$$\text{Note} = 5 - (\text{Preis}/\text{tiefster Preis} - 1) \times 8.$$

Die Vorinstanz hat erwogen, eine Gewichtung des Preiskriteriums mit 40 % entspreche den im Leitfaden für die Beschaffungsstellen des Kantons Bern vom 5. August 2015 (einsehbar unter: <<http://www.be.ch/beschaffungen>>; nachfolgend: Leitfaden) für komplexere Beschaffungsgegenstände empfohlenen Vorgaben (Leitfaden Ziff. 5.3.6.2). Auch die Preisbewertungsformel führe zu einer sachgerechten Benotung der offerierten Preise und entspreche den Empfehlungen gemäss Leitfaden (angefochtener Entscheid E. 4d). Die Beschwerdegegnerin ist hingegen der Ansicht, mit der gewählten Formel komme die Gewichtung des Preiskriteriums nicht zum Tragen. Ausserdem sei die der Formel zugrunde liegende Preisspanne von 50 % in einem funktionierenden Wettbewerb «bei im Ergebnis recht standardisierten Produkten und Dienstleistungen» nicht realistisch, vielmehr hätte die Formel anhand der zwischen den beiden Offerten liegenden Bandbreite festgelegt werden müssen (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 108 ff.).

4.3 Bei Anwendung der von der Vergabebehörde bestimmten Formel erhalten Angebote, die um einen bestimmten Prozentsatz über dem tiefsten Angebot liegen, die Note 0 bzw. 0 Punkte. Dazwischen liegende Angebote werden entsprechend ihrer prozentualen Abweichung vom (mit der Höchstnote bewerteten) günstigsten Angebot mit einer proportional tieferen Note bemessen (sog. lineare Interpolation; vgl. auch zum Folgenden BVR 2015 S. 564 E. 5, 2006 S. 500 E. 4.5.2). Bei solchen Formeln ist entscheidend, dass die Preisobergrenze (Note 0) so festgelegt wird, dass alle Angebote, die innerhalb einer vernünftigerweise zu erwartenden Preisspanne liegen, mit einer über 0 liegenden Note bewertet werden können, ansonsten verschiedene (seriöse) Angebote die gleiche Note (0) erhielten, obwohl sie unter Umständen deutlich voneinander abweichen. Wird die Nullgrenze hingegen zu hoch angesetzt, kann den Preisdifferenzen nicht genügend Rechnung getragen werden, womit das Preiskriterium an Gewicht verliert. Die Vorinstanz erachtet für komplexe Beschaffungsgegenstände eine Bewertung als sachgerecht, die ein Preisspektrum von 40-80 % abdeckt bzw. bei der die Preisobergrenze bei 140-180 % im Verhältnis zum günstigsten Angebot liegt. Bei der hier verwendeten Formel hängt die Preisobergrenze von der Höhe des in der Formel enthaltenen Faktors ab. Je grösser der

Faktor, umso kleiner die Preisspanne bzw. umso tiefer die Preisobergrenze. Beträgt der Faktor wie hier 8, liegt sie bei 162,5 %; bei einem Faktor 12 läge sie bei 141,7 % (vgl. angefochtener Entscheid E. 4d). In der Literatur wird empfohlen, für Standardaufträge die Nullgrenze bei 125-150 % und für Individualaufträge bei 175-200 % des günstigsten Angebots festzulegen (Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, in BR 2004 Sonderheft Vergaberecht S. 20 ff., 22 f.). Der von der Vorinstanz zitierte Leitfaden geht bei standardisierten und austauschbaren Leistungen von einer Preisspanne von 20 % aus, womit die Nullgrenze bei 120 % festzulegen wäre. Bei komplexeren Leistungen wird empfohlen, entsprechend der zu erwartenden grösseren Preisspanne diese Grenze zwischen 140-180 % anzusetzen (vgl. Leitfaden Ziff. 5.3.6.3; vgl. auch Niklaus Spori, Beschaffungswesen, Ausgewähltes aus den Entscheiden der BVE und Änderungen des kantonalen Rechts, in KPG-Bulletin 2013 S. 2 ff., 5 ff.).

4.4 Die Beschwerdegegnerin macht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht geltend, die Vergabe betreffe einen «recht standardisierten» Auftrag (vorne E. 4.2), ohne ihre von der Einschätzung der Vorinstanz abweichende Meinung näher zu begründen. Den Ausschreibungsunterlagen kann entnommen werden, dass die Modernisierung der Triebzüge eine grosse Erfahrung im Umbau von solchen Fahrzeugen voraussetzt (vgl. auch hinten E. 6 und 7). Offenbar sind dazu europaweit nur wenige Unternehmen in der Lage, was sich in der geringen Zahl eingegangener Offerten zeigt. Von einem standardisierten Produkt kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Die Verwendung einer Formel, bei der ab einer Grenze von 162,5 % sämtliche Angebote mit der Note 0 bewertet werden, ist daher nicht zu beanstanden. Sie erlaubt es, die in einer gewissen (breiten) Streuung vernünftigerweise zu erwartenden Preisofferten angemessen zu bewerten. Eine Regel, wonach auch bei einer geringen Anzahl Offerten die höchste zwingend 0 Punkte erhält, existiert nicht (vorne E. 3.4; vgl. auch Martin Beyeler, Entscheide, N. 133). Für die hier interessierende Beschaffung wäre eine Preiskurve mit einer Nullgrenze bei 114,27 % (vorne E. 4.2) zu steil und damit nicht sachgerecht. Der Beschwerdegegnerin kann auch insofern nicht gefolgt werden, als sie der Meinung ist, die verwendete Formel trage der Gewichtung des Preiskriteriums zu wenig Rechnung. Die tatsächliche Bedeutung eines Zuschlagskriteriums ergibt sich nicht bereits

aus dessen prozentualer Gewichtung, sondern erst zusammen mit der Bewertungsregel (vorne E. 2.2; vgl. auch Martin Beyeler, Entscheide, N. 142 mit Bemerkungen zu BVR 2015 S. 564). Zwar werden in der Praxis an die Begründung einer nicht im Voraus bekannt gegebenen Formel erhöhte Anforderungen gestellt. So hat das Zürcher Verwaltungsgericht festgehalten: «Je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich» (VGer ZH VB.2013.00824 vom 17.4.2014 E. 6.4.1; Martin Beyeler, Entscheide, N. 140). Die gewählte Formel ist für die Bewertung der hier interessierenden Beschaffung aber durchaus geeignet. Eine Preisspanne von rund 60 % kann für den zu vergebenden Auftrag nicht als besonders weit bezeichnet werden und führt insofern nicht zu einer unzulässigen Relativierung der zuvor bekanntgegebenen Gewichtung. Die Vergabebehörde hat somit das ihr zukommende Ermessen nicht überschritten, indem sie dem Preiskriterium ein Gewicht von 40 % zuerkannt und eine Bewertungsformel mit einer Preisspanne von rund 60 % gewählt hat, wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat (angefochtener Entscheid E. 4d).

4.5 Steht die Gesamtbewertung des Preiskriteriums mit den Grundsätzen des Vergaberechts in Einklang, besteht insoweit kein Anlass zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung. Der (zu spät gerügte) Verstoss gegen Art. 30 Abs. 2 Satz 2 ÖBV vermag die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Letztlich ist auch unerheblich, wann die Vergabebehörde die Preisbewertungsformel bzw. den entscheidenden Faktor festgelegt hat. Ob unmittelbar nach Öffnung der Offerten oder erst im Rahmen der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien – so oder anders besteht systemimmanent ein gewisses Manipulationspotenzial (vorne E. 3.4), dem nur mit einer vorgängigen Publikation der Formel begegnet werden kann. Mithin erweist sich auch der Vorwurf des Verstosses gegen die Gebote der Gleichbehandlung und der unparteiischen Vergabe (angefochtener Entscheid E. 4c und 4f) als ungerechtfertigt.

5. Nicht publiziertes Subkriterium

5.1 Die Vorinstanz hat eine weitere Verletzung des Transparenzgebots darin erblickt, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums «Technisches Konzept» ein in der Ausschreibung nicht enthaltenes zusätzliches Subkriterium berücksichtigt habe. Dieser Fehler sei jedoch für sich allein betrachtet nicht kausal für die Zuschlagserteilung, zumal die Offerte der Beschwerdeführerin ohne dieses Subkriterium immer noch mehr Punkte erzielen würde als das Konkurrenzangebot (angefochtener Entscheid E. 3).

5.2 Gemäss Ausschreibung wird das Zuschlagskriterium «Technisches Konzept» mit 40 % gewichtet und teilt sich in folgende sechs Subkriterien auf: «Einhaltung Fahrleistungen, Gewicht und Platzbedarf, Energieverbrauch, Instandhaltungskonzept, Diagnosemöglichkeit, Zugänglichkeit Ausrüstung» (Ziff. 3.9). Das Angebot der Beschwerdeführerin erhielt bei diesem Kriterium die Note 4 bzw. 16 Punkte, während das Angebot der Beschwerdegegnerin mit der Note 2,5 bzw. 10 Punkten bewertet wurde (Zuschlagsverfügung Ziff. 8). Gemäss einem von der Vorinstanz eingeholten internen Dokument der Vergabebehörde mit dem Titel «Gewichtung Technisches Konzept und Konditionen» (Vorakten BVE [act. 5A] nach pag. 105, nachfolgend: interne Gewichtung) schnitt die Beschwerdeführerin insbesondere beim Subkriterium «Technisches Lösungskonzept» besser ab als ihre Konkurrentin. Dieses Subkriterium war nicht publiziert worden; es wurde im Verhältnis zu den publizierten Subkriterien doppelt gewichtet.

5.3 Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen samt allfälligen Unterkriterien aufzuführen (Art. 30 Abs. 2 Satz 1 ÖBV; vorne E. 2.3). Gegen diesen das Transparenzgebot konkretisierenden Grundsatz hat die Vergabebehörde mit der nachträglichen Einführung eines neuen Subkriteriums verstossen, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Die unter diesem Subkriterium erzielten Noten müssen bei der Bewertung der Offerten unberücksichtigt bleiben (angefochtener Entscheid E. 3d; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 956 ff.; so bereits vor Einführung von Art. 30 Abs. 2 ÖBV: BVR 2002 S. 453 E. 7c/bb). Die Beschwerdeführerin macht sinngemäss geltend, ohne das hier interessierende Subkriterium könne das wichtige Hauptkriterium «Technisches Konzept» gar nicht richtig

bewertet werden, zumal die publizierten Subkriterien nur Einzelaspekte betreffen und keine Gesamtbeurteilung erlauben würden (Beschwerde Rz. 48 ff.). Dieser Einwand mag zutreffen, rechtfertigt jedoch keine nachträgliche Ergänzung der publizierten Subkriterien. Fällt die für das neue Subkriterium ergangene (doppelt gewichtete) Bewertung weg, reduziert sich die Note der Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium «Technisches Konzept» auf 3,75 bzw. 15 Punkte, während die Note der Beschwerdegegnerin unverändert bei 2,5 bzw. 10 Punkten bleibt. Die Rangfolge unter den beiden Konkurrentinnen wird dadurch nicht verändert, womit dieser – von Amtes wegen festgestellte – Fehler für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht kausal war und die Aufhebung der Zuschlagsverfügung nicht zu rechtfertigen vermag (BVR 2004 S. 348 E. 3; Christoph Jäger, a.a.O., S. 869 N. 196). Die von der Beschwerdegegnerin zur übrigen Bewertung des «Technischen Konzepts» vorgebrachte Kritik kann entgegen ihrer Auffassung (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 68) unabhängig von der Benotung des unzulässigen Subkriteriums behandelt werden (E. 6 und 7 hier-nach).

5.4 Weil die Vorinstanz die Beschwerde bereits gestützt auf (vermeintliche) Verfehlungen im Zusammenhang mit der Festlegung der Preisbewertungsformel gutgeheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben hat, hat sie sich mit den weiteren Rügen nicht befassen müssen (vgl. angefochtener Entscheid E. 4f). Grundsätzlich ist es nicht Sache des Verwaltungsgerichts, als letzte kantonale Instanz die Zuschlagsverfügung erstmals auf mögliche weitere Rechtsfehler zu überprüfen. Aus prozessökonomischen Überlegungen und mit Blick auf das in Submissionsstreitigkeiten erhöhte Beschleunigungsgebot (vgl. Art. 14 ÖBG; Art. 15 ff. IVöB) rechtfertigt sich hier indes eine Ausnahme. Die Parteien haben sich zu sämtlichen Aspekten einlässlich geäußert. Das Verwaltungsgericht verfügt im Übrigen über die gleiche Prüfungsbefugnis wie die Vorinstanz (Art. 14 Abs. 2 ÖBG; vorne E. 1.5).

6. Technisches Konzept

6.1 Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wobei als solches dasjenige gilt, das die Zuschlagskriterien am besten erfüllt (Art. 30 Abs. 1 ÖBV; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 Bst. f IVöB). Als Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots können neben dem Preis insbesondere Qualität, Termine, Ökologie, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität und Infrastruktur berücksichtigt werden (vgl. Art. 30 Abs. 3 Satz 1 ÖBV). Anhand der auftragsspezifisch ausgewählten und in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien ermittelt die Vergabebehörde, welches Angebot im Vergleich zu den anderen inhaltlich den Anforderungen der Ausschreibung am besten entspricht. Sie erstellt dazu eine Vergleichstabelle (Art. 25 Abs. 3 ÖBV, sog. Bewertungs- oder Beurteilungsmatrix; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 878; Christoph Jäger, a.a.O., S. 849 N. 130). Die Angebotsbewertung muss in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertungsmethode darf nicht zu Ergebnissen führen, welche die in der Ausschreibung bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt (vgl. BVR 2006 S. 327 E. 4e; Christoph Jäger, a.a.O., S. 852 N. 141; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 914; vgl. auch vorne E. 2.2). Die Vergabebehörde verfügt bei der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien über einen Beurteilungsspielraum, dessen Handhabung der Rechtskontrolle durch die Rechtsmittelinstanzen unterliegt, auch wenn diese regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben (VGE 2016/142 vom 20.9.2016 [noch nicht rechtskräftig] E. 6.1, 2014/248/252 vom 3.11.2014 E. 3.2.4; BGer 2C_346/2013 vom 20.1.2014 E. 1.3.4, 2D_49/2011 vom 25.9.2012 E. 4.2 mit Hinweisen).

6.2 Die Vergabebehörde umschreibt die Bedeutung des Zuschlagskriteriums «Technisches Konzept» wie folgt (Eingabe vom 21.6.2016 Rz. 35, Vorakten BVE pag. 78):

«Die Erfüllung der technischen Anforderungen im vorliegenden Projekt Refit stellt für die Vergabestelle einen entscheidenden Faktor für eine erfolgreiche Projektabwicklung dar. Daher wurde dieses Zuschlagskriterium gleich wie das wirtschaftliche Zuschlagskriterium gewichtet und bewertet. Bei der Festlegung der technischen Zuschlagskriterien wählte die Vergabestelle ein Vorgehen, welches einen hohen Bezug

zur funktionalen Ausschreibungsmethodik aufweist. Anstelle eines Detailanforderungskatalogs mit entsprechenden Spezifikationen wurde vorliegend ein Verfahren gewählt, das den Anbietern die Gelegenheit bot, ihr Verständnis für adäquate und zweckmässige Lösungen zu präsentieren und dabei auch zu belegen, dass sie in der Lage sind, komplexe technische Problemstellungen im Eisenbahnumfeld zu lösen.»

Die Offerten hatten unter diesem Gesichtspunkt folgenden Erwartungen zu entsprechen (Eingabe vom 21.6.2016 Rz. 38, Vorakten BVE pag. 79):

«Die einzelnen Themen des technischen Konzeptes sind vertieft, aber dennoch stufengerecht gemäss Pflichtenheft, Ausschreibung und/oder Projektbeschrieb zu bearbeiten. Zudem haben die Anbieter nachvollziehbar darzulegen, wie die anstehenden technischen Probleme zweckmässig und unter Berücksichtigung der technischen Rahmenbedingungen angegangen und gelöst werden. Ausserdem wurde erwartet, dass Lösungswege beschritten werden, die als zielführend beurteilt werden können und gemäss der Erfahrung der Anbieter in vergleichbaren Projekten erfolgversprechend sind.»

Das von der Vorinstanz edierte Dokument, das die Bewertung der Offerten in Bezug auf die Kriterien «Technisches Konzept» und «Konditionen» erklärt (interne Gewichtung), enthält vorab eine Tabelle mit einem Überblick über die bei den einzelnen technischen Subkriterien erteilten Noten. Weiter finden sich Hinweise zu den Gründen für die teilweise tiefere Benotung der Offerte der Beschwerdegegnerin. Dieser wird vorgeworfen, ihr Angebot enthalte allgemein weniger «Angaben und Beschreibungen», die «zur Beurteilung der vorgesehenen bzw. eingereichten Arbeiten» nötig wären. Anschliessend wird unter Hinweis auf einzelne Ziffern des gleichzeitig eingereichten Dokuments «Angebotsbeurteilung anhand des Anforderungspflichtenhefts» (Vorakten BVE nach pag. 105, nachfolgend: Angebotsbeurteilung) in Stichworten dargelegt, welche Angaben bei den jeweiligen Positionen fehlen würden, so zum Beispiel Angaben zur Installation eines zusätzlichen Stromabnehmers, zum Umbau von Fahrgasttüren und zum Einbau von Klimageräten. Diese Ausführungen beziehen sich jedoch auf die Benotung des Subkriteriums «Technisches Lösungskonzept». Auch zahlreiche weitere von der Vergabebehörde geltend gemachte generelle Mängel haben sich in erster Linie auf die Bewertung dieses Subkriteriums ausgewirkt. Das Angebot der Beschwerdegegnerin hat mit der Note 2,5 gegenüber der Note 4,5 bzw. 5 gegenüber 9 Punkten hier denn auch deutlich schlechter abgeschnitten als das Konkurrenzangebot. Die Beschwerdegegnerin setzt sich im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ausführlich mit der diesbezüglichen Kritik der Vergabebehörde an ihrer

Offerte auseinander (vgl. Beschwerdeantwort insb. Rz. 132 ff.). Ob diese berechtigt ist, kann mangels Relevanz des Subkriteriums «Technisches Lösungskonzept» für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens indes offenbleiben (vgl. vorne E. 5.3).

6.3 Auch bei den übrigen – publizierten – technischen Subkriterien hat die Beschwerdegegnerin teilweise schlechtere Noten erzielt. Die Note 2 gegenüber der Note 4 beim Subkriterium «Gewicht und Platzbedarf» erklärt die Vergabebehörde wie folgt (vgl. interne Gewichtung):

«Die Gewichtsangaben der Hauptkomponenten sind in beiden Angeboten enthalten. Im Angebot [der Beschwerdegegnerin] fehlen Einbauangaben der neuen Ausrüstung in die bestehenden Strukturen. Es kann nicht nachvollzogen werden, wie die Anordnung der einzubauenden Komponenten vorgesehen ist. Auf die Anordnung des Stromrichters im Mittelteil wird ebenfalls nicht eingegangen. [...]»

Die Beschwerdegegnerin macht hierzu im Wesentlichen geltend, gemäss Pflichtenheft seien «keine Angaben betreffend die Fertigkonstruktion, d.h. keine Angaben darüber, wie und wo Arbeiten ausgeführt werden» verlangt gewesen. Diese Fragen seien im Übrigen insofern unproblematisch, als die neu zu implementierenden Teile im Vergleich zu den bestehenden leichter und kleiner seien. Zur Anordnung des Stromrichters habe sie sich nicht geäußert, weil im Technischen Pflichtenheft keine detaillierten Zeichnungen enthalten gewesen seien, anhand derer sie die Anordnung hätte darstellen können. Sie habe auf der Basis des Technischen Pflichtenhefts eine umfangreiche technische Angebotsbeschreibung sowie eine Kommentierung des Technischen Pflichtenhefts ausgearbeitet; diese Unterlagen seien gemessen am tiefen Detaillierungsgrad des Pflichtenhefts mehr als genau (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 136 ff.).

6.4 In den Ausschreibungsunterlagen werden die unter den technischen Subkriterien zu erfüllenden Anforderungen nur teilweise in separaten Abschnitten erläutert. Offenbar erwartete die Vergabebehörde, dass diesen Aspekten allgemein bei den jeweiligen Arbeitsschritten Rechnung zu tragen ist. Dass nicht nur ein Leistungsverzeichnis im Sinn einer Aufzählung und Beschreibung der einzubauenden Bestandteile gefragt war, ergibt sich bereits aus der Bezeichnung des technischen Hauptkriteriums als *Konzept*. Die von der Beschwerdegegnerin als Teil der Offerte eingereichten Doku-

mente «Kommentierung Technisches Pflichtenheft» und «Technische Angebotsbeschreibung» (Offerte der Beschwerdegegnerin [act. 5G] pag. 13 ff. und 23 ff.) vermögen diesen Anforderungen nur ansatzweise zu genügen. Was die angeblich mangelhafte Verfügbarkeit von Zeichnungen und Plänen zu den alten Fahrzeugen anbelangt, kann sich die Beschwerdeführerin nicht einzig auf das Technische Pflichtenheft berufen. Die Vergabebehörde hat ab 23. Oktober 2015, mithin rund drei Monate vor dem Abgabetermin, den Interessentinnen umfangreiche weitere technische Unterlagen zu den umzubauenden Fahrzeugen elektronisch zur Verfügung gestellt (vgl. Vorakten asm AG Register 4 ff.). Die Beschwerdegegnerin macht nicht geltend, diese Unterlagen seien in Bezug auf die Erfüllung des Subkriteriums «Gewicht und Platzbedarf» ungenügend gewesen (vgl. jedoch hinten E. 6.10). Soweit sie die Relevanz von einzelnen technischen Subkriterien hinterfragen will, erweist sich dieses Vorbringen als verspätet (vorne E. 3.2). Sie musste im Übrigen damit rechnen, dass ihre Offerte anhand dieser Aspekte gewürdigt und entsprechend bewertet wird, ansonsten sie nicht als Subkriterien publiziert worden wären. Weitergehende Ausführungen in den Ausschreibungsunterlagen zu den Erwartungen der Vergabebehörde wären für die Anbieterinnen zwar hilfreich gewesen. Deren Fehlen vermag die von der Vergabebehörde gerügten Mängel aber nicht zu rechtfertigen. Es wäre an der Beschwerdegegnerin gelegen, allfällige Fragen zur Bedeutung der Subkriterien vor Einreichung der Offerte klären zu lassen (vgl. auch Eingabe asm AG vom 21.6.2016 Rz. 55, Vorakten BVE pag. 83).

6.5 Dies gilt insbesondere für das Subkriterium «Gewicht und Platzbedarf»: Hätte die Vergabebehörde das Gewicht bzw. dessen Verteilung und die Platzierung der neuen Komponenten als problemlos erachtet, hätte sie kaum ein entsprechendes Subkriterium festgelegt. Zu dessen Bedeutung findet sich im Technischen Pflichtenheft unter Ziff. 4.5 zudem der Hinweis, dass der Einhaltung des heutigen Leergewichts der Triebzüge und der Gewichtsverteilung die nötige Beachtung zu schenken sei (Vorakten asm AG Register 2, nachfolgend: Pflichtenheft). Ergänzend weist die Vergabebehörde darauf hin, dass die Beurteilung des Platzbedarfs und des Gewichts der einzubauenden Teile für sie wichtig sei. Die «Massenverteilung innerhalb eines Wagenkastens» müsse den Vorgaben der Aufsichtsbehörde entsprechen und habe namentlich Einfluss auf die Entgleisungs-

sicherheit (Eingabe vom 21.6.2016 Rz. 45, Vorakten BVE pag. 81). Die Anbieterinnen waren somit aufgerufen, sich dazu zu äussern. Die von der Vergabebehörde festgestellten diesbezüglichen Mängel der Offerte der Beschwerdegegnerin rechtfertigen die Bewertung mit der Note 2.

6.6 Gemäss Pflichtenheft ist beim Subkriterium «Instandhaltungskonzept» insbesondere darauf zu achten, dass möglichst wartungsarme Komponenten eingesetzt werden. Ausserdem muss garantiert werden können, dass für sämtliche eingebauten Komponenten bis ins Jahr 2033 Ersatzteile erhältlich sind (vgl. Ziff. 4.9). Die Vergabebehörde erklärt die Bewertung der Angebote mit den Noten 3 (Beschwerdegegnerin) und 4 (Beschwerdeführerin) wie folgt (vgl. interne Gewichtung):

«In beiden Angeboten ist ein Instandhaltungskonzept für die Traktionsausrüstung enthalten. Im Angebot [der Beschwerdegegnerin] kann aufgrund der fehlenden Einbaudetails der neu zu verbauenden Komponenten der Umfang der zu erwartenden Instandhaltungsaufwendungen nicht abschliessend beurteilt werden. [Die Beschwerdeführerin] hat in Hinblick auf die Verfügbarkeit der Traktionsausrüstung ein Produkt gewählt, das technologisch jünger ist ohne Risiko einer Abkündigung oder kostentreibendes Obsoleszenzmanagements bis zur geforderten Einsatzdauer 2033.»

In ihrem Begleitschreiben zur Zuschlagsverfügung an die Beschwerdegegnerin (Vorakten asm AG Register 15, nachfolgend: Begleitschreiben) hatte die Vergabebehörde noch festgehalten, es fehle ein Instandhaltungskonzept der vorgesehenen Traktionsausrüstung. Dies wird von der Beschwerdegegnerin insofern bestritten, als sie darauf hinweist, dass der von ihr vorgesehene Stromrichter mit dem aktuell im Einsatz stehenden identisch sei, weshalb der Vergabebehörde das Instandhaltungskonzept «bestens bekannt» sei (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 143). Mit der vorne wiedergegebenen Begründung setzt sie sich nicht auseinander. Es sind keine Hinweise erkennbar, dass diese nachgeschoben sein könnte, zumal sie mit den Anforderungen gemäss dem Pflichtenheft und der detaillierten Angebotsbeurteilung vom 27. April 2016 (je Ziff. 4.9) übereinstimmt. Die unterschiedliche Bewertung erweist sich somit als sachlich gerechtfertigt.

6.7 Dieselbe um einen Notenpunkt differierende Bewertung erhielten die beiden Angebote beim Subkriterium «Diagnosemöglichkeit». Die tiefere Benotung beruht auf folgender Feststellung (vgl. interne Gewichtung):

«Die vorgesehene Diagnose wird in beiden Angeboten in genügender Tiefe beschrieben. Im Angebot [der Beschwerdeführerin] wird bereits detaillierter und spezifischer auf die umzubauenden Fahrzeuge eingegangen.»

Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass das Pflichtenheft (Ziff. 5.2.4) keinen Nachweis verlange, wo die Diagnosegeräte einzubauen seien. Deren Positionierung sei Teil der Ausführungsplanung, welche zu einem späteren Zeitpunkt erstellt werde (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 144). Vorab ist festzuhalten, dass ihr mit der Note 3 immerhin eine normale, durchschnittliche Erfüllung des Subkriteriums attestiert worden ist (vgl. Zuschlagsverfügung Ziff. 7). Um eine bessere Note zu erzielen und sich von der Konkurrenz abzuheben, durften sich die Anbieterinnen nicht auf eine Aufzählung und Umschreibung der von ihnen vorgesehenen Produkte begnügen. Dies wäre für die Beschwerdegegnerin aus den bereits dargelegten Gründen (vorne E. 6.4) erkennbar gewesen. Insofern kann die Bewertung nicht als rechtsfehlerhaft bezeichnet werden.

6.8 Beim Subkriterium «Zugänglichkeit Ausrüstung» erhielt das Angebot der Beschwerdegegnerin die Note 1, dasjenige der Beschwerdeführerin die Note 4,5. Die schlechte Benotung ergibt sich aus folgendem Umstand (vgl. interne Gewichtung):

«Im Angebot [der Beschwerdegegnerin] sind keine Einbauangaben enthalten. Dadurch fehlen jegliche Angaben bezüglich Zugänglichkeit der neuen Ausrüstung. Im Angebot [der Beschwerdeführerin] ist die Zugänglichkeit der neuen Ausrüstung anhand von Zeichnungen sehr gut dargestellt. Der gewählte Lösungsvorschlag ist nachvollziehbar.»

Im Pflichtenheft findet sich unter Ziff. 4.9 der Hinweis, dass die Komponenten «gut zugänglich und einfach austauschbar platziert werden» müssen. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass diesem Aspekt aus Sicht der Vergabebehörde nicht nur eine untergeordnete Rolle zukommt und dass ihm je nach der gewählten Einbaulösung besser oder schlechter Rechnung getragen wird. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin, wonach auch dieser Aspekt Teil der Ausführungsplanung sei und in Absprache mit der Auftraggeberin zu einem späteren Zeitpunkt erfolge (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 146), beruht wiederum auf einem falschen Verständnis des Ausschreibungsgegenstands. Wäre dies die Auffassung der Vergabebehörde gewesen, hätte sie kein entsprechendes Subkriterium festgelegt. Welchen Detaillierungsgrad sie im Stadium der Offerte vernünftigerweise verlangen

durfte, kann offenbleiben, zumal die Beschwerdegegnerin diesbezüglich überhaupt keine Angaben gemacht hat. Die Benotung hält somit auch in diesem Punkt der Rechtskontrolle stand.

6.9 Bei den zwei verbleibenden Subkriterien «Einhaltung Fahrleistung» und «Energieverbrauch» haben beide Offerten je die Note 3 erzielt (vgl. interne Gewichtung). Diese Bewertung hat keinen Anlass zu Kritik gegeben, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

6.10 Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass ihre Konkurrentin über einen Wissensvorsprung verfügt habe, weil sie die Herstellerin der umzubauenden Fahrzeuge ist. Um die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen und den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verfahrensfairness Rechnung zu tragen, hätte die Vergabebehörde für einen Ausgleich sorgen müssen, was nicht geschehen sei (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 186 ff.). Eine Ungleichbehandlung sieht sie insbesondere im Umstand, dass die Beschwerdeführerin über «weitergehende Unterlagen (insbesondere Pläne) betreffend die aktuelle Situation der Triebzüge» verfügt habe. Sie erachtet die zur Verfügung gestellten Dokumente als unvollständig und den gewährten Besichtigungstermin als zu kurz. – Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die hier interessierenden Fahrzeuge ursprünglich hergestellt hat (vgl. etwa Beschwerde Rz. 104). Zu Recht schliesst die Beschwerdegegnerin aus diesem Umstand nicht bereits auf eine Vorbefassung ihrer Konkurrentin. Die Vergabebehörde ist entgegen der Darstellung der Beschwerdegegnerin ihren Informationspflichten über den Beschaffungsgegenstand hinreichend nachgekommen und hat ihr genügend Gelegenheit gegeben, sich mit den umzubauenden Fahrzeugen auseinander zu setzen. Zu weiteren Hilfeleistungen oder Ausgleichshandlungen war sie weder berechtigt noch verpflichtet (VGer AG 16.7.1998, in AGVE 1998 S. 350 und ZBI 1999 S. 387 E. II./2c/aa; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1058). Dies gilt auch, wenn die Ausschreibung beim Zuschlagskriterium «Technisches Konzept» tatsächlich Elemente einer funktionalen Ausschreibung aufweisen würde (vorne E. 6.2), was hier nicht näher zu prüfen ist. Jedenfalls geht aus der Ausschreibung genügend klar hervor, dass sich die Anbieterinnen nicht mit einer Auflistung der auszuführenden Arbeiten und einzubauenden Bestandteile begnügen konnten (vorne E. 6.4). Sollten

die ab 23. Oktober 2015 zugänglichen Unterlagen unvollständig gewesen sein, hätte die Beschwerdegegnerin innert verlängerter Frist (30.11.2015) darauf hinweisen müssen. Weiter ist nicht zu beanstanden, dass die Frage nach einem zweiten Besichtigungstermin negativ beantwortet worden ist (vgl. Vorakten asm AG Register 4 und 6 pag. 44). Es wäre Aufgabe der Beschwerdegegnerin gewesen, mit genügend personellen Ressourcen und allenfalls technischen Hilfsmitteln dafür zu sorgen, dass die nötigen Erkenntnisse an einem Tag hätten erhältlich gemacht werden können. Im Übrigen legt sie nicht dar, inwiefern sie hinsichtlich der hier interessierenden Subkriterien ein anderes Angebot gemacht hätte, wenn ihr mehr Informationen zur Verfügung gestanden hätten. Sie hält vielmehr an ihrer Auffassung darüber fest, was vernünftigerweise unter den beim «Technischen Konzept» zu prüfenden Aspekten zu verstehen ist und welcher Detaillierungsgrad die Vergabebehörde voraussetzen durfte (vgl. etwa Beschwerdeantwort Rz. 141, vorne E. 6.3). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich das Vorwissen der Beschwerdeführerin in erster Linie beim Subkriterium «Technisches Lösungskonzept» hat auswirken können, dessen Bewertung unbeachtlich bleibt (vgl. vorne E. 6.2). Erweisen sich die im Zusammenhang mit dem Wissensvorsprung der Konkurrentin vorgetragenen Rügen als unbegründet, kann offenbleiben, ob sie allenfalls verspätet sind.

6.11 Die Beschwerdegegnerin beantragt, es sei ein Gutachten einzuholen, in welchem die beiden Angebote miteinander verglichen und die Beurteilung durch die Vergabebehörde überprüft werde (Beschwerdeantwort Rz. 168). Die Entscheidbehörde zieht die sachdienlichen Beweismittel nach pflichtgemäsem Ermessen bei, ohne an die Beweisanträge der Parteien gebunden zu sein (Art. 18 Abs. 2 VRPG). Ergibt eine antizipierte Beweiswürdigung, dass ein Beweis nicht geeignet ist, das Beweisergebnis zu verändern oder den Entscheid zu beeinflussen, darf die Behörde von der Beweisabnahme absehen und den Beweisantrag ablehnen (vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3; BVR 2015 S. 159 E. 3.4, 2014 S. 118 E. 4.2.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 18 N. 8 ff.). – Die Beschwerdegegnerin verkennt, dass das Verwaltungsgericht einzig eine Rechtskontrolle ausübt (vorne E. 1.5). Im Rechtsmittelverfahren geht es nicht darum zu prüfen, ob die Vergabebehörde im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums auch eine andere Be-

urteilung hätte vornehmen können. Die Vergabebehörde hat im Dokument Angebotsbeurteilung die beiden Offerten auf ihre Übereinstimmung mit den Ausschreibungsvorgaben überprüft, allfällige Differenzen festgehalten und kurz kommentiert. Die Gründe, weshalb das Angebot der Beschwerdegegnerin bei gewissen technischen Aspekten deutlich schlechter abgeschnitten hat als die Konkurrenzofferte, hat sie im Begleitschreiben, in der internen Bewertung und schliesslich in der Eingabe vom 21. Juni 2016 nachvollziehbar dargelegt. Ihre Ausführungen beruhen auf einer sachgerechten Würdigung der beiden Offerten und sind in sich stimmig. Hinweise für eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Beschwerdeführerin finden sich keine (vgl. auch hinten E. 7.4). Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Beweismassnahmen. Der Antrag auf Einholung eines Gutachtens ist zusammen mit den übrigen Beweisanträgen (Parteibefragung) abzuweisen.

6.12 Die gegen die Bewertung der publizierten Subkriterien beim Zuschlagskriterium «Technisches Konzept» von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Rügen erweisen sich nach dem Gesagten als unbegründet. Die Vergabebehörde hat den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten, indem sie die Offerte der Beschwerdegegnerin bei den Subkriterien «Gewicht und Platzbedarf», «Instandhaltungskonzept», «Diagnosemöglichkeit» und «Zugänglichkeit Ausrüstung» tiefer bewertet hat als das Angebot der Beschwerdeführerin.

7. Konditionen

7.1 Das Zuschlagskriterium «Konditionen» beinhaltet gemäss Ausschreibung die Subkriterien «Anerkennungsgrad Werkvertrag», «Angebotsqualität» und «Lieferplan» (Ziff. 3.9). Bei sämtlichen Subkriterien haben beide Offerten je die Note 3 erhalten und damit gleich gut abgeschnitten. Der Kommentar der Vergabebehörde beschränkt sich auf den Hinweis, dass beide Angebote die geforderten Angaben «erfüllen» (vgl. interne Gewichtung). Das Begleitschreiben zur Zuschlagsverfügung enthält folgende ergänzenden Angaben:

«- Die Angebotsunterlagen sind in den wesentlichen Teilen sehr knapp gehalten.

- Die Zusammenarbeit zwischen [der Beschwerdegegnerin] und den beiden Subunternehmungen [...] ist lediglich auf einer Seite dargestellt. Es sind keine Referenzen ausgewiesen bezüglich der Zusammenarbeit zwischen dem Auftragnehmer und den Subunternehmern.
- Der angefügte Projektterminplan (Lieferplan) beinhaltet einen Teil [...] (in Englisch) und einen Teil [in Deutsch], die Übersichtlichkeit ist deswegen suboptimal.»

Auch bei diesem Zuschlagskriterium standen für die Vergabebehörde nicht formelle Aspekte im Vordergrund, sondern «der materielle Inhalt und die konzeptionellen Überlegungen zu den einzelnen Themen». Aus den Beschreibungen der zusammen mit den beiden Subunternehmen ausgeführten Referenzprojekte könne nicht geschlossen werden, dass diese mit dem Ausschreibungsgegenstand vergleichbar seien. Insofern erweise sich die Beurteilung der Referenzen als wohlwollend. Weiter erkannte sie einen Verstoß gegen die Vorgaben der Ausschreibung (Ziff. 3.11), weil ein Teil des Lieferplans auf Englisch verfasst worden sei. Nebst diesem formellen Aspekt seien die beiden Teile auch inhaltlich nicht aufeinander abgestimmt, was auf eine mangelhafte Koordination zwischen der Beschwerdegegnerin und dem beigezogenen Subunternehmen schliessen lasse (vgl. Eingabe asm AG vom 21.6.2016 Rz. 62 ff., Vorakten BVE pag. 84 ff.).

7.2 Die Beschwerdegegnerin erachtet diese Kritik als willkürlich. Sie habe zusammen mit dem Subunternehmen mehrere «dieselelektrisch betriebene GTW-Fahrzeuge hauptuntersucht und modernisiert». Dabei hätten einige Hauptbaugruppen und weitere Fahrzeugdetails «starke funktionale Ähnlichkeiten» zu den Triebzügen der Vergabebehörde aufgewiesen. Zudem habe sie in der Vergangenheit «umfangreiche Wartungs-, Instandhaltungs- und Inbetriebsetzungsleistung[en] an E-Triebzügen» ausgeführt. Für die Planung dieser Arbeiten habe sie regelmässig mit den auch für diesen Auftrag beizuziehenden Unternehmen zusammengearbeitet. Gestützt auf diese Erfahrungen sei sie ohne weiteres in der Lage, den ausgeschriebenen Beschaffungsgegenstand zu erfüllen. Im Übrigen handle es sich bei den Referenzen nicht um ein Zuschlagskriterium bzw. Subkriterium bei den «Konditionen», sondern um ein Eignungskriterium. Letztere habe sie vollständig erfüllt. Was den Lieferplan anbelange, habe die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen weder eine Reihenfolge noch einen genauen Zeitrahmen für die Modernisierung der einzelnen Fahrzeuge vorge-

geben. Demensprechend habe sie davon ausgehen dürfen, dass die Projektrealisierung in Absprache mit der Auftraggeberin bestimmt werde. Weil gewisse weitere Vorgaben ebenfalls nicht bekannt gegeben worden seien, habe sie sich darauf beschränken dürfen, «ihrem Angebot einen entsprechenden Entwurf anzufügen», in der Meinung, dass «nach der Zuschlagserteilung ein gemeinsam abgestimmter Terminplan erarbeitet werde» (vgl. Beschwerdeantwort Rz. 169 ff.).

7.3 In der Ausschreibung waren als Eignungskriterium insbesondere «Referenzen bezüglich erfolgreicher Konstruktion, Fertigung, Lieferung und Inbetriebsetzung von Ausrüstungen ähnlichen Umfangs für Schienenfahrzeuge» genannt (Ziff. 3.7). Eignungskriterien sind in der Regel Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt sind oder nicht: Liegt die geforderte Eignung vor, führt dies zur Zulassung zum (weiteren) Verfahren; sind die Eignungskriterien nicht (vollständig) erfüllt, hat dies grundsätzlich den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren zur Folge (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 580 ff.; Christoph Jäger, a.a.O., S. 842 f. N. 112). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass der «Mehreignung» einer Anbieterin im Rahmen der Zuschlagskriterien Rechnung getragen werden kann. Erreicht eine Anbieterin beispielsweise in Bezug auf die Referenzen die für die Zulassung zum Verfahren nötige Mindesteignung, darf eine allfällige Mehreignung als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden und liegt keine unzulässige Doppelprüfung vor (vgl. BGE 139 II 489 E. 2.2.4; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 583 ff.). Mit der Bezeichnung «Angebotsqualität» ist das zweite Subkriterium sehr offen umschrieben worden. Die Beschwerdegegnerin macht zu Recht nicht geltend, die mit einschlägigen Referenzprojekten nachgewiesene «Mehr-Erfahrung» einer Anbieterin wirke sich nicht auf die Angebotsqualität aus und könne unter diesem Subkriterium nicht geprüft werden. Zwar wäre aus Sicht der Anbieterinnen zweifelsohne zu begrüssen gewesen, wenn die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hätte, wie sie dieses Subkriterium zu konkretisieren gedenkt. Sie hat aber ihren bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Bewertung zustehenden weiten Beurteilungsspielraum nicht überschritten, indem sie unter diesem Subkriterium die ausschreibungsspezifische Erfahrung der Beschwerdegegnerin (in Zusammenarbeit mit den beizuziehenden Subunternehmen) auf eine allfällige Mehreignung hin über-

prüft hat. Es liegt im Ermessen der Vergabebehörde, wenn sie aus der Beschreibung der Referenzprojekte geschlossen hat, diese seien nur bedingt mit dem Beschaffungsgegenstand vergleichbar. Die Beschwerdegegnerin hat bei diesem Subkriterium wie ihre Konkurrentin die Note 3 erhalten (vgl. interne Gewichtung), womit ihre grundsätzliche (Mindest-)Eignung nicht in Frage gestellt wird. Diese Bewertung hält der Rechtskontrolle ohne weiteres stand.

7.4 Trotz formaler und inhaltlicher Mängel, die grundsätzlich unbestritten geblieben sind, ist das Angebot der Beschwerdegegnerin auch beim Subkriterium «Lieferplan» mit der Note 3 und damit gleich wie die Konkurrenzofferte bewertet worden (vgl. interne Gewichtung). Ihre diesbezüglichen Vorbringen sind nicht geeignet, diese Bewertung in Frage zu stellen. Fraglich ist eher, ob der in formaler Hinsicht einwandfreie und inhaltlich differenziertere Produktions- und Lieferplan der Beschwerdeführerin (Offerte der Beschwerdeführerin [act. 5F] pag. 33 bzw. Offerte der Beschwerdegegnerin [act. 5G] pag. 76) nicht eine bessere Note verdient hätte (vgl. dazu auch E. 8.1 hiernach). Was den erwarteten Detaillierungsgrad anbelangt, kann auf die Erwägungen zu den technischen Subkriterien verwiesen werden (vorne E. 6.4 ff.). Reicht die Beschwerdegegnerin in einem als Subkriterium festgelegten Erfordernis nach eigenen Worten nur einen Entwurf ein, kann sie nicht ernsthaft mit einer über der Note 3 liegenden Bewertung rechnen.

7.5 Damit besteht auch bei den Konditionen kein Anlass für eine Korrektur der Bewertung zugunsten der Beschwerdegegnerin. Auf weitere Abklärungen ist in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten (vgl. vorne E. 6.11); die noch offenen Beweisanträge (insb. Parteibefragungen) werden abgewiesen.

8. Ergebnis

8.1 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerde insofern begründet ist, als darin die Aufhebung der Zuschlagsverfügung durch die Vorinstanz kritisiert und die Aufhebung des angefochtenen Entscheids be-

antragt wird. Bleibt das technische Subkriterium «Technisches Lösungskonzept» unberücksichtigt, liegt das Angebot der Beschwerdeführerin mit insgesamt 36,44 Punkten vor dem mit 36 Punkten bewerteten Angebot der Beschwerdegegnerin (vgl. auch angefochtener Entscheid E. 3d). Wird die Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde bestätigt, erübrigt sich die Prüfung der übrigen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen. Insbesondere kann offenbleiben, ob die Beschwerdegegnerin sämtliche Eignungskriterien erfüllt und ob die beiden Angebote beim Kriterium Konditionen im Verhältnis zueinander korrekt bewertet worden sind (vgl. insb. Beschwerde Rz. 34 ff., 89 ff.). Auch eine allfällige in diesem Zusammenhang geltend gemachte Gehörsverletzung durch die Vorinstanz braucht nicht geprüft zu werden, zumal sie für die Beschwerdeführerin folgenlos bliebe.

8.2 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Zuschlagsverfügung vom 24. Mai 2016 für die Vergabe «Refit / Umbau Be 2/6 GTW Triebzüge» ist zu bestätigen. Mit dem Entscheid in der Hauptsache erübrigt es sich, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu beurteilen (vgl. BVR 2012 S. 314 E. 5.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 28 N. 5).

9. Kosten

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Beschwerdegegnerin die gesamten Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG).

9.2 Die Beschwerdegegnerin hat der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG).

9.2.1 Gemäss Art. 41 Abs. 1 des Kantonalen Anwaltsgesetzes vom 28. März 2006 (KAG; BSG 168.11) i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSG 168.811) beträgt das Honorar in Beschwerdeverfahren Fr. 400.-- bis 11'800.-- pro Instanz. Innerhalb dieses Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebote-

nen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Ein Zuschlag von bis zu 100 % auf das Honorar wird gewährt bei Verfahren, die besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, wie namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial oder umfangreichem Briefwechsel oder bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen (Art. 16 i.V.m. Art. 9 PKV). Sind bedeutende vermögensrechtliche Interessen zu wahren, wird auf dem Honorar ein Zuschlag von bis zu 200 % gewährt (Art. 11 Abs. 2 PKV).

9.2.2 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht für das Verfahren vor Verwaltungsgericht ein Honorar von Fr. 35'400.-- (zuzüglich Fr. 250.-- Auslagen sowie MWSt) geltend (vgl. Kostennote vom 10.3.2017). Ein Zuschlag für die Wahrung bedeutender vermögensrechtlicher Interessen, wie ihn Art. 11 Abs. 2 PKV vorsieht, kommt vorliegend nicht in Frage, weil es in submissionsrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich nicht unmittelbar um vermögensrechtliche Interessen geht, zumal nicht das Zusprechen einer bestimmten Geldsumme verlangt wird (vgl. BVR 2005 S. 565 [VGE 2009/44/45 vom 26.6.2009] nicht publ. E. 6, 1999 S. 90 E. 3a; VGE 2010/222 vom 20.7.2010 E. 3). Ebenso wenig rechtfertigt sich ein Zuschlag nach Art. 9 PKV: Zwar stellten sich im verwaltungsgerichtlichen Verfahren teilweise neue Rechtsfragen und wurde ein zweiter Schriftwechsel durchgeführt. Diesen Umständen sowie der rechtlichen Schwierigkeit des Prozesses und der Bedeutung der Streitsache kann aber mit einem Honorar im oberen Bereich des Rahmens von Art. 11 Abs. 1 PKV Rechnung getragen werden.

9.2.3 Die Beschwerdeführerin ist mehrwertsteuerpflichtig (vgl. Unternehmens-Identifikationsnummer-Register, [einsehbar unter: <https://www.uid.admin.ch>](https://www.uid.admin.ch)) und kann deshalb die von ihrem Rechtsvertreter auf sie überwälzte Mehrwertsteuer in ihrer eigenen Mehrwertsteuerabrechnung als Vorsteuer abziehen. In solchen Fällen ist der Partei kein Aufwand für Mehrwertsteuer angefallen und deren Abgeltung käme einer Überentschädigung gleich. Deshalb ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts bei der Bestimmung des Parteikostenersatzes die Mehrwertsteuer nicht zu berücksichtigen (BVR 2015 S. 541 E. 8.2, 2014 S. 484 E. 6). Unter

Berücksichtigung aller Umstände erscheint daher ein Parteikostenersatz von Fr. 8'000.-- zuzüglich Fr. 250.-- Auslagen, d.h. insgesamt Fr. 8'250.--, als angemessen.

9.3 Mit der Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und der Aufhebung des angefochtenen Entscheids sind auch die vorinstanzlichen Kosten neu zu verlegen. Die Pauschalgebühr für das vorinstanzliche Verfahren von Fr. 2'000.-- sowie die Gebühr für die Instruktionsverhandlung von Fr. 400.-- hat die Beschwerdegegnerin als unterliegende Partei zu tragen. Bezüglich des Gesuchs über die aufschiebende Wirkung gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend, weshalb die Gebühr von Fr. 400.-- für diesen Entscheid ihr auferlegt wird (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz rechtfertigen die Verfahrensfehler der Vergabebehörde kein Abweichen von dieser ordentlichen Kostenverteilung.

9.4 Die Vorinstanz hat die (von der Beschwerdegegnerin) geltend gemachten Parteikosten auf Fr. 11'800.-- (zuzüglich Auslagen von pauschal Fr. 600.--) reduziert, mit der Begründung, dass der Bedeutung und der Komplexität der Streitsache sowie dem überdurchschnittlichen Zeitaufwand mit der Ausschöpfung des Kostenrahmens Rechnung getragen werden könne (angefochtener Entscheid E. 6c). Diese Grundsätze können ohne Einschränkung auf die Bemessung des neu der Beschwerdeführerin zuzusprechenden Parteikostenersatzes übertragen werden. Diese hatte nebst einem Parteikostenersatz von Fr. 11'800.-- einen Zuschlag von 200 % nach Art. 11 Abs. 2 PKV, Auslagen von Fr. 250.-- und MWSt geltend gemacht (vgl. Kostennote vom 14.9.2016, Vorakten BVE pag. 252 ff.). Die Parteikosten werden daher entsprechend den Erwägungen der Vorinstanz auf insgesamt Fr. 12'050.-- (inkl. Auslagen) festgelegt. Die Mehrwertsteuer ist wiederum nicht zu berücksichtigen. Auch diese Kosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Für den vorinstanzlichen Entscheid über die aufschiebende Wirkung wird der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 800.-- zugesprochen.

10. Rechtsmittelbelehrung

10.1 Gemäss Art. 83 Bst. f des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffung, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (SR 0.172.052.68) nicht erreicht (Ziff. 1) und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 2). Die Voraussetzungen von Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und Ziff. 2 BGG gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kumulativ. Damit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig ist, darf keines der beiden Ausschlusskriterien erfüllt sein (vgl. BGE 133 II 396 E. 2.1).

10.2 Der geschätzte Auftragswert überschreitet die massgeblichen Schwellenwerte (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB; vorne E. 4.2). Liegt zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, kann der vorliegende Entscheid mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, andernfalls einzig mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde angefochten werden. Das vorliegende Urteil ist daher mit dem Hinweis auf diese beiden Rechtsmittel zu versehen (Art. 117 i.V.m. Art. 112 Abs. 1 Bst. d BGG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 30. September 2016 wird aufgehoben und die Zuschlagsverfügung vom 24. Mai 2016 für die Vergabe «Refit / Umbau Be 2/6 GTW Triebzüge» wird bestätigt.

2. a) Die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 6'000.--, werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 - b) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, bestimmt auf insgesamt Fr. 8'250.-- (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
 3. a) Die Kosten des Verfahrens vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern von Fr. 2'800.-- werden den Parteien wie folgt auferlegt:
 - der Beschwerdegegnerin: Fr. 2'400.--
 - der Beschwerdeführerin: Fr. 400.--
 - b) Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten für das Beschwerdeverfahren vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, bestimmt auf insgesamt Fr. 12'050.-- (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
 - c) Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin die Parteikosten für das Gesuchsverfahren betreffend die aufschiebende Wirkung vor der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern, bestimmt auf insgesamt Fr. 800.-- (inkl. Auslagen), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen:
- der Beschwerdeführerin
 - der Beschwerdegegnerin
 - der Aare Seeland mobil AG
 - der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern
 - der Wettbewerbskommission

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 39 ff. und 113 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) oder, falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. BGG geführt werden. Gegebenenfalls ist in der Begründung auszuführen, warum sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt.