



Urteil vom 27. September 2022

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),
Richter Marc Steiner, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Reto Finger.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. LL.M. David W. Frei, Rechtsanwalt,
SEQUOIA Legal & Advisory GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen;
Zuschlag betr. Projekt "Fachapplikation für die Steuerung der
Verkehrsmanagement-Anlagen der Nationalstrassen"
SIMAP-Projekt-ID 199375,
SIMAP-Meldungsnummer 1244743.

A.

Das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) hat in den vergangenen Jahren erhebliche Anstrengungen unternommen, die bestehende Infrastruktur der Nationalstrassen effizienter nutzen zu können. Es hat deshalb ein strategisches Programm aufgelegt, das die Automatisierung und die einheitliche Bedienung der Verkehrsmanagement-Anlagen vorantreiben soll.

In diesem Zusammenhang schrieb die Vergabestelle am 2. Dezember 2020 einen Lieferauftrag mit dem Projekttitel "Fachapplikation für die Steuerung der Verkehrsmanagement-Anlagen der Nationalstrassen" im selektiven Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1117281, Projekt-ID 199375).

B.

Am 5. Februar 2021 reichten insgesamt vier Anbieterinnen fristgerecht ihre Teilnahmeanträge ein. Am 12. März 2021 hiess die Vergabestelle drei der vier Teilnahmeanträge gut, unter anderem denjenigen der X. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

C.

Nach der darauffolgenden Dialogphase von April bis November 2021 gingen am 15. Dezember 2021 drei Angebote ein, unter anderem dasjenige der Beschwerdeführerin.

D.

Am 17. Februar 2022 publizierte die Vergabestelle den Zuschlag an die Y. _____ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1244743, Projekt-ID 199375).

E.

Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 8. März 2022 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Entscheid über den Zuschlag vom 17. Februar 2022 im Vergabeverfahren Projekt Verkehrslenkung Schweiz (VL-CH), SIMAP Meldungsnummer 1244743, Projekt-ID 199375, sei aufzuheben und der Zuschlag sei der X. _____ AG zu erteilen.
2. Eventualiter sei der Entscheid über den Zuschlag vom 17. Februar 2022 im Vergabeverfahren Projekt Verkehrslenkung Schweiz

(VL-CH), SIMAP Meldungsnummer 1244743, Projekt-ID 199375, aufzuheben und zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen.

3. Dem vorliegenden Rechtsmittel sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Mehrwertsteuer zulasten der Beschwerdegegnerin.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen aus, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Eignungskriterien BEK04 und BEK05 nicht, weil es nach der Einladung zum Dialogverfahren zu einem Wechsel des Rechtsträgers gekommen sei, ohne dass die Unternehmensreferenzen und die Referenzen der Schlüsselpersonen auf den neuen Rechtsträger übergegangen seien.

Weiter verstosse die gewählte Systemarchitektur der Software gegen die Vorgaben der Richtlinien 13031 und 15019, welche insbesondere einen Monoblock ausgeschlossen hätten. Zudem seien die verschiedenen Prototypen willkürlich bewertet worden.

Schliesslich machte die Beschwerdeführerin geltend, die Vergabestelle habe nachträglich in vergaberechtswidriger Weise das Bewertungsmodell für die qualitätsrelevanten Zuschlagskriterien ZK03 und ZK04 verändert.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 10. März 2022 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und forderte die Vergabestelle auf, zur Hauptsache und zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen. Weiter lud es die Zuschlagsempfängerin ein, innert Frist bekannt zu geben, ob sie am vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerin teilnehmen möchte.

G.

Mit Schreiben vom 15. März 2022 verzichtete die Zuschlagsempfängerin schriftlich auf die Teilnahme als Beschwerdegegnerin am vorliegenden Verfahren.

H.

Die Vergabestelle reichte am 31. März 2022 ihre Vernehmlassung mit nachfolgenden Rechtsbegehren ein:

1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen.

Die Vergabestelle begründete ihre Rechtsbegehren im Wesentlichen damit, dass die Zuschlagsempfängerin zwar tatsächlich erst im Verlauf des vorliegenden Verfahrens ins Handelsregister eingetragen worden sei. Durch die Übernahme der entsprechenden Sparte seien aber sämtliche Referenzen von der ursprünglichen auf die neue Gesellschaft übergegangen. Die einzige wesentliche Änderung habe den vorgesehenen stellvertretenden Projektleiter betroffen, der aber durch eine vergleichbar qualifizierte Person ersetzt worden sei.

Hinsichtlich der Systemarchitektur müsse zwischen den bewerteten Eignungskriterien für die Präqualifikation und den Zuschlagskriterien unterschieden werden. Die vollständige Umsetzung der vorgegebenen Systemarchitektur bzw. die Einhaltung der Architekturprinzipien müsse erst durch das vollständig entwickelte Projekt VL-CH gegeben sein. Im Übrigen sei der Prototyp entlang der ursprünglich bekannt gegebenen Kriterien bewertet worden.

Soweit die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Zuschlagskriterien ZK03 und ZK04 rüge, das Bewertungsmodell sei nachträglich und vergaberechtswidrig angepasst worden, sei festzuhalten, dass diese Änderungen sachlich begründet gewesen seien. Die Anbieterinnen seien über die Anpassungen während des Dialogverfahrens informiert worden, unter Einhaltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots.

I.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen Bezug genommen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni

2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die für die Einleitung des vorliegenden Verfahrens massgebliche Ausschreibung datiert vom 2. Dezember 2020. Damit sind die in jenem Zeitraum geltenden Rechtssätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

2.

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

2.2 Der Zuschlag im Vergabeverfahren gilt als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

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

3.

3.1 Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, AS 1996 609]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist anwendbar, wenn die Vergabestelle dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert

von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

3.2 Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

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

3.4 Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. a aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB i.V.m. Art. 1 Bst. a der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Lieferungen Fr. 230'000. Der Zuschlag im vorliegenden Verfahren wurde zum Preis von Fr. 30'648'094.-- mit MwSt. erteilt. Der Schwellenwert wurde somit erreicht.

3.5 Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB.

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

4.

4.1 Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG).

4.2 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, jedoch nicht, um die Legitimation zu bejahen. Die unterlegene Anbieterin ist nur zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht

legitimiert, wenn sie eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

4.3 Die Beschwerdeführerin hat an beiden Phasen des selektiven Verfahrens (Präqualifikation und Qualifikation) teilgenommen und ist durch die angefochtene Zuschlagsverfügung – der Zuschlag wurde an eine Mitbewerberin erteilt – besonders berührt. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Zuschlagsverfügungen sei aufzuheben und der Zuschlag sei ihr zu erteilen. Sie begründet ihre Anträge unter anderem damit, dass die Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien nicht erfülle, weshalb sie als Zweitplatzierte den Zuschlag erhalten müsse. Würde das Gericht dieser Argumentation folgen, hätte die Beschwerdeführerin eine reelle Chance, den Zuschlag selber zu erhalten. Sie hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügungen, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H. "Monte Ceneri", Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel").

4.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

4.5 Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die Zuschlagsempfängerin erfülle die Mindestanforderungen an die Eignungskriterien BEK04 (Personelle Ressourcen [Schlüsselpersonen]) und BEK05 (Erfahrung und Referenzen zum Standardprodukt [Unternehmensreferenzen]) nicht.

Die Einladung zur Teilnahme an der Dialogphase sei mutmasslich an die Z. _____ AG und nicht an die Zuschlagsempfängerin erfolgt. Gemäss Ziff. 3.8 [recte: Ziff. 3.7] der Ausschreibung müssten aber Anbieterinnen, die nicht zur Dialogphase eingeladen worden seien, aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, weshalb der Zuschlag bereits aus formalen Gründen vergaberechtswidrig erfolgt sei (Beschwerde Rz. 41 ff.).

Zudem müsse davon ausgegangen werden, dass die Vergabestelle nicht weiter abgeklärt habe, ob die Zuschlagsempfängerin selbst die Unternehmensreferenzen nach der Übernahme des Geschäftsbereiches "Intelligent Traffic Systems" von Z. _____ AG erfülle. Auch sei offengeblieben, ob die

ursprünglich genannten Schlüsselpersonen der Zuschlagsempfängerin noch zur Verfügung stünden. Ohne diese Schlüsselpersonen könne sich die Zuschlagsempfängerin nicht auf die entsprechenden Referenzprojekte der früheren Mitarbeiter beziehen (Beschwerde Rz. 50).

5.2 Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Beschwerdeführerin habe zu Recht darauf hingewiesen, dass die Zuschlagsempfängerin erst im Verlauf des vorliegenden Verfahrens gegründet und in das Handelsregister eingetragen worden sei. Richtig sei ebenfalls, dass die Vorgängergesellschaft den Teilnahmeantrag eingereicht habe (Vernehmlassung Rz. 4).

Während der Dialogphase sei der Vergabestelle mitgeteilt worden, dass der Geschäftsbereich "Intelligent Traffic Systems" von der Z. _____ AG an die Zuschlagsempfängerin ausgegliedert worden sei. Damit seien die entsprechenden Referenzen der alten Gesellschaft auf die neue Gesellschaft übergegangen (Vernehmlassung Rz. 7).

Zusätzlich habe auch der vorgesehene stellvertretende Projektleiter gewechselt. Allerdings sei dieser Wechsel bereits vor der Dialogphase erfolgt. Der neue stellvertretende Projektleiter sei vergleichbar qualifiziert und habe bereits an der Dialogphase teilgenommen, so dass sich die Vergabestelle auch im direkten Austausch von dessen Eignung habe überzeugen können (Vernehmlassung Rz. 6).

Es stehe deshalb ausser Frage, dass die Zuschlagsempfängerin die Mindestanforderungen an BEK04 (Personelle Ressourcen [Schlüsselpersonen]) und BEK05 (Erfahrung und Referenz zum Standardprodukt [Unternehmensreferenzen]) erfülle.

5.3

5.3.1 Im Rahmen eines Vergabeverfahrens ist die Befähigung jeder einzelnen Anbieterin zu prüfen. Die Eignung ist gegeben, wenn sichergestellt ist, dass die konkrete Anbieterin den Auftrag in fachlicher, wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht erfüllen kann. Die Auftraggeberin stellt dazu Eignungskriterien auf (Art. 9 Abs. 1 aBöB; vgl. dazu auch Art. VIII Bst. b GPA 1994) und gibt diese und die erforderlichen Nachweise in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (Art. 9 Abs. 2 aBöB). Dabei kommt der Vergabestelle sowohl bei der Festlegung als auch bei der Bewertung bzw. Beurteilung der Anbietenden anhand der ausgewählten Eignungskriterien grundsätzlich ein grosses Ermessen zu (BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri"; Urteile des BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022

E. 6.1 "Einstöckige Standardtriebzüge"; B-5266/2020 vom 25. August 2021 E. 5.5 "2TG Bauabwasserbehandlungsanlage Nord"; ROMANA WYSS, in: Hans Rudolf Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [Handkommentar BöB], 2020, Art. 27 Rz. 16). Das gilt insbesondere auch in Bezug auf die Bewertung von Referenzen (BGE 141 II 14 E. 8.3 "Monte Ceneri"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 565). Dabei handelt es sich bei der Frage, ob ein Eignungskriterium erfüllt ist oder nicht, nicht um eine Ermessens-, sondern um eine Tat- und Rechtsfrage, was allerdings einen Beurteilungsspielraum, in welchem eine gerichtliche Instanz die Beurteilung durch die fachkundigen Stellen nur mit Zurückhaltung überprüft, nicht ausschliesst (Urteil des BGer 2C_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 2.2).

5.3.2 Für Unternehmensreferenzen gilt, dass sie an dasjenige Unternehmen gebunden sind, welches den Referenzauftrag ausgeführt hat. Sie bleiben grundsätzlich auch nach einem Weggang bestimmter Schlüsselpersonen erhalten und können dadurch übertragen werden, dass das Unternehmen als solches oder zumindest die betreffende Unternehmenseinheit insgesamt übertragen wird, wobei sich hernach das frühere Unternehmen nicht mehr auf diese Referenz berufen kann, sondern ausschliesslich das neue (Urteil des BVGer B-7208/2014 vom 13. März 2016 E. 5.3 "Gotthard Strassentunnel Uri Hochspannungsanlagen"; Zwischenentscheide des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 7.4.4.2; B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.5 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik"; MARTIN BEYELER, Angebote und Varianten, in: Baurecht 4/2013 S. 208, mit Anmerkungen zum Urteil 52.2012.386 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 6. Dezember 2012). Ob die Vergabestelle die Unternehmensreferenzen eines Anbieters akzeptieren kann und wie sie zu bewerten sind, hängt sodann wesentlich von deren konkretem Inhalt, dem Zeitablauf und den seither eingetretenen Veränderungen ab (Urteil des BGer 2C_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.3.7, auszugsweise publiziert in BGE 144 II 177).

5.3.3 Persönliche Referenzen hingegen sind an ihre Träger gebunden und können nur solange geltend gemacht werden, wie der Träger der Anbieterin dient (Urteil des BVGer B-4457/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.5 "Präqualifikation Ittigen" mit Hinweis auf das Urteil 52.2012.386 des Verwaltungsgerichts des Kantons Tessin vom 6. Dezember 2012; Zwischenentscheid des BVGer B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 7.4.4.2; MARTIN BEYELER, Angebote und Varianten, a.a.O., S. 208). Kommt es jedoch zu einem Mitarbeiterwechsel, ist der Anbieterin eine angemessene

Frist zur Schaffung von Abhilfe anzusetzen, also zur umgehenden Wiederherstellung des geforderten Zustandes und zur Präsentation eines gleichwertigen Ersatzes des Schlüsselpersonals, weil ein sofortiger Ausschluss unverhältnismässig und unwirtschaftlich wäre (MARTIN BEYELER, Der Gestaltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1687).

5.4

5.4.1 Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, die Zuschlagsempfängerin müsse bereits deshalb aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, weil die Vorgängergesellschaft Z. _____ AG zur Dialogphase eingeladen worden sei, verkennt sie, dass es während eines Vergabeverfahrens ohne Weiteres zu Veränderungen bei den Anbieterinnen kommen kann. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass es nicht auf die Form und die Firma der Anbieterin ankommt, die sich gegebenenfalls verändern kann, sondern auf den Inhalt des Betriebs der jeweiligen Anbieterin (MARTIN BEYELER, Der Gestaltungsanspruch des Vergaberechts, a.a.O., Rz. 1686). Dabei muss die Eignung einer Anbieterin während der gesamten Verfahrensdauer gegeben sein (DENZLER/HEMPEL, Fusioniert, gespalten und übertragen – wenn Anbieter ihr Rechtskleid wechseln, in Baurecht 2006 [Sonderheft] S. 25). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die entsprechenden Referenzen der ursprünglichen Gesellschaft auf die Zuschlagsempfängerin übergegangen sind bzw. auch von dieser erfüllt werden.

5.4.2 Die Vergabestelle hat am 12. März 2021 insgesamt drei Anbieterinnen zur Dialogphase eingeladen, unter anderem die Z. _____ AG. Dem Handelsregister des Kantons Zürich kann entnommen werden, dass die Zuschlagsempfängerin nach ihrer Eintragung am 25. Februar 2021 den Geschäftsbereich "Intelligent Traffic Systems" von Z. _____ AG durch eine Sachübernahme mit allen Aktiven und Passiven übernommen hat. Auf entsprechende Rückfrage der Vergabestelle hat sie zudem bestätigt, auch die Inhaberin sämtlicher Rechte des offerierten Standardproduktes zu sein (Vernehmlassungsbeilagen 4 und 5). Entgegen der Vermutung der Beschwerdeführerin ist somit die fragliche Unternehmensreferenz durch eine entsprechende Ausgliederung der Z. _____ AG auf die Zuschlagsempfängerin übergegangen (vgl. auch Zwischenentscheid des BVGer B-4703/2021 vom 19. April 2022 E. 7.6 "2TG Materialbewirtschaftung und -logistik").

5.4.3 Im Zusammenhang mit den Referenzen der Schlüsselpersonen hat die Beschwerdeführerin die Frage gestellt, ob die ursprünglich bekannt gegebenen Schlüsselpersonen auch der Zuschlagempfängerin zur Verfügung stünden. Aus den Vorakten geht hervor, dass die Z. _____ AG in einer Sitzung vom 22. März 2021 darüber informiert hatte, dass ihr Stv. Projektleiter das Unternehmen per Ende April 2021 verlassen wird. Gleichzeitig wurde der neue Stv. Projektleiter vorgestellt, welcher für die Zuschlagempfängerin tätig ist. Aus den beiden Lebensläufen, dem Teilnahmeantrag der Z. _____ AG vom 5. Februar 2021 sowie dem definitiven Angebot der Zuschlagempfängerin vom 15. Dezember 2021 wird deutlich, dass die beiden Mitarbeiter hinsichtlich ihrer Ausbildung, Erfahrung und Verfügbarkeit gleichwertig qualifiziert sind. Auch ihre persönlichen Referenzprojekte sind vergleichbar und erfüllen beide die Anforderungen an die ausgeübte Funktion und das entsprechende Investitionsvolumen. Es kommt hinzu, dass der neue Stv. Projektleiter bereits die Dialogphase mitbegleitet hat und die Vergabestelle zusätzlich von seinen Fähigkeiten überzeugen konnte. Der ausgeschiedene Stv. Projektleiter der ursprünglichen Gesellschaft wurde somit durch einen gleichwertig qualifizierten Mitarbeiter der Zuschlagempfängerin ersetzt.

5.5 Die Zuschlagempfängerin erfüllt somit offensichtlich die Mindestanforderungen an die Eignungskriterien BEK04 (Personelle Ressourcen [Schlüsselpersonen]) und BEK05 (Erfahrung und Referenzen zum Standardprodukt [Unternehmensreferenzen]). Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

6.

6.1 Mit ihrer zweiten Rüge macht die Beschwerdeführerin zusammenfassend geltend, die Zuschlagempfängerin habe bei ihrem Prototyp die Richtlinie 13031 "Systemarchitektur Leit- und Steuersysteme der Betriebs- und Sicherheitsausrüstungen" sowie die Richtlinie 15019 "Verkehrstechnischen Regelungslogik" zu wenig beachtet. In den Richtlinien stehe klar, dass die Anlagen für die Geschwindigkeitsharmonisierung und die Gefahrenwarnung auf regionaler Ebene und nicht auf der Management-Ebene angesiedelt sein müssten. Im Pflichtenheft 2 und im Konzept zum Prototyp vom 19. März 2021 seien die einzelnen Anforderungen definiert worden. Aus beiden Dokumenten gehe hervor, dass der Einhaltung der Richtlinien ein grosses Gewicht beigemessen werde (Beschwerde Rz. 67). Dement-

sprechend genüge ein funktionaler "Monoblock" auf Stufe der Management-Ebene nicht, um das Eignungskriterium BEK03 "Einhaltung der Architekturprinzipien" zu erfüllen (Beschwerde Rz. 56 ff.).

Die Beschwerdeführerin sei derzeit die einzige Anbieterin, die mit ihren Produkten bereits heute die Richtlinie 15019 erfülle. Vor diesem Hintergrund habe sie während der Dialogphase ihren Lösungsvorschlag sowie den Prototyp konsequent mit ihrem Knowhow aufgebaut. Im Ergebnis habe das zu einem zwar komplexen, aber im Gegenzug bereits sehr weit entwickelten Prototyp geführt. Demgegenüber habe die Zuschlagsempfängerin bloss einen verhältnismässig einfachen Prototyp mit "Monoblock-Architektur" präsentiert (Beschwerde Rz. 72).

Es komme hinzu, dass die Vergabestelle das Zuschlagskriterium ZK02 (Gesamtbewertung des Prototyps, Gewichtung 10 %) nicht gemäss den ursprünglich bekannt gegebenen, detaillierten Anforderungen, sondern nur noch pauschal und damit willkürlich bewertet habe (Rz. 78, 81).

6.2 Die Vergabestelle hält dem entgegen, die erwähnte Systemarchitektur sei als Referenz aufgeführt worden und habe dem besseren Verständnis der Grundlogik gedient. Ausgeschrieben worden sei ein Standardsoftwareprodukt mit Individualisierungsmöglichkeiten und keine individuelle Software. Entsprechend hätten die Anbieterinnen auch gewisse Freiräume gehabt (Vernehmlassung Rz. 12 f.). Die vollständige Umsetzung der Systemarchitektur werde im Übrigen erst zum Abschluss des Projektes VL-CH verlangt, weshalb sie für die Bewertung des Prototyps (ZK02) nicht von entscheidender Bedeutung gewesen sei (Vernehmlassung Rz. 15).

Im Übrigen sei den beiden Richtlinien 13031 und 15019 niemals ein solches Gewicht beigemessen worden, wie das die Beschwerdeführerin ausgeführt habe (Vernehmlassung Rz. 19). Im Konzept zum Prototyp VL-CH werde auf die Richtlinie 15019 lediglich in zwei von insgesamt 23 Anforderungen Bezug genommen. Die Richtlinie 13031 werde nicht einmal erwähnt. Gestützt auf die Ausführungen in der Beschwerde sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin bei der Entwicklung des Prototyps zu sehr auf die Erfüllung der Richtlinien fokussiert habe (Vernehmlassung Rz. 21).

Soweit die Beschwerdeführerin der Vergabestelle vorwerfe, das Zuschlagskriterium ZK02 (Prototyp) falsch bewertet zu haben, konkretisiere

sie ihre Rüge nicht. Aus der Beschreibung der relevanten Kriterien zur Bewertung des Prototyps ergebe sich, dass sich die Beurteilung aus verschiedenen Elementen zusammensetzt und nicht auf die beiden Richtlinien fokussiert (Vernehmlassung Rz. 18).

6.3 Die Vergabestelle gab in Ziff. 3.7 ihrer Ausschreibung folgende bewertete Eignungskriterien bekannt:

"3.7 Eignungskriterien

[...]

Bewertete EK (BEK): Bei allen bewerteten Eignungskriterien (BEK) muss eine Mindestanforderung gemäss der Beschreibung im Pflichtenheft 1 (A002) erfüllt werden. Bewertet werden jeweils die genannten Eigenschaften oder Übererfüllung der Mindestanforderungen. Für jedes der bewerteten Eignungskriterien werden 0-5 [recte: 0, 1, 3 oder 5] Punkte vergeben. Alle bewerteten Eignungskriterien sind gleich gewichtet. Wird ein Kriterium mit 0 Punkten bewertet, gilt dieses Eignungskriterium als nicht erfüllt und führt zum Ausschluss aus der Präqualifikation.

BEK01: Systemanforderungen

BEK02: Aufgabenanalyse

BEK03: Einhaltung der Architekturprinzipien

BEK04: Personelle Ressourcen

BEK05: Erfahrung und Referenz zum Standardprodukt

0 = nicht beurteilbar; keine Angabe; schlechte Erfüllung; ungenügende oder unvollständige Angaben; geringer Projektbezug. 1 = Normale, durchschnittliche Erfüllung; durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend. 3 = Gute Erfüllung, qualitativ gut. 5 = Sehr gute Erfüllung; qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung.

Wahl der Dialogpartner: Die Qualifikation und die Wahl zu einem der max. 3 Dialogpartner ist an folgende Bedingungen geknüpft: Alle EKs müssen erfüllt sein. Der Anbieter muss in der Rangfolge nach Punkten unter den drei höchstbewerteten qualifizierten Anbietern sein. Anbieter, die nicht als Dialogpartner gewählt werden, sind nicht qualifiziert und scheiden aus dem Verfahren aus.

6.4 Die Vergabestelle kann im selektiven Verfahren die Zahl der Angebote für die Dialogphase im Rahmen der Präqualifikation ausnahmsweise beschränken, sofern sie dies, unter Einhaltung des Transparenzgebots, bereits in der Ausschreibung bekannt gibt und durch die Einschränkung ein wirksamer Wettbewerb nicht verhindert wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O.; Rz. 286 und 576; zum Shortlisting [nach dem revidierten BöB] vgl. auch ROMANA WYSS, a.a.O., Art. 27 Rz. 6). Die Vergabestelle hat in Ziff.

3.7 ihrer Ausschreibung "bewertete Eignungskriterien" als Kriterien für die Präqualifikation bekannt gegeben. Demnach wird ein Angebot ausgeschlossen, sofern die bewerteten Eignungskriterien nicht mindestens die Note 1 erhalten. Das in der Ausschreibung umschriebene Verfahren der Präqualifikation blieb unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten und hätte, wenn überhaupt, bereits mit der Ausschreibung angefochten werden müssen.

6.5 Aus dem Teilnahmeantrag und den Angebotsunterlagen geht hervor, dass die Anbieterinnen als Nachweis für BEK03 (Einhaltung der Architekturprinzipien) auf maximal fünf A4-Seiten den von ihnen präferierten Lösungsweg umschreiben mussten, unter Bezugnahme auf die Referenzarchitektur. Zusätzlich hatten die Anbieterinnen grob aufzuzeichnen, welche Technologien bzw. technischen Plattformen und welche Schnittstellentechnologien bei der Lösung zum Einsatz kommen sollten und wie die Skalierbarkeit des Systems gewährleistet werden könne. Die Zuschlagsempfängerin erläuterte dabei ausführlich das Zusammenspiel zwischen der zu beschaffenden VL-CH und den dezentralen VM-Anlagen. Zur Umsetzung verwendet sie regionale und abschnittsbezogene Subsysteme. Die Vergabestelle erachtet diesen Lösungsansatz als zulässige Umsetzungsmöglichkeit und bewertete folgerichtig BEK03 des Angebots der Zuschlagsempfängerin mit einer Note von mindestens 1 (Vernehmlassung Rz. 14).

6.6 Die Vergabestelle hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die vollständige Umsetzung der Systemarchitektur erst mit dem Endprodukt VL-CH und nicht bereits mit dem Prototyp verlangt sei und dass die Richtlinien 13031 und 15019 hinsichtlich der Systemarchitektur als Referenzen dienen würden, die den Anbieterinnen weiterhin gewisse Freiräume gewährten. In diesem Zusammenhang verwies sie nochmals auf das Konzept zum Prototyp VL-CH vom 19. März 2021, Ziff. 3.1, S. 6 und 8, in dem die Richtlinie 15019 als Referenz einzig betreffend die automatisierte Steuerung und betreffend den Einblick in den Steuerungskern erwähnt und auf die Richtlinie 13031 gar nicht eingegangen werde. Diesen Ausführungen der Vergabestelle ist zuzustimmen. Es entspricht auch dem Konzept eines Prototyps, dass nicht bereits eine vollständige Umsetzung der Systemarchitektur verlangt wird. Das gilt umso mehr, als die Beschwerdeführerin selbst ausgeführt hat, sie sei im Moment die einzige Anbieterin, deren Lösung die Richtlinie 15019 erfülle (Beschwerde Rz. 70). Wenn die Vergabestelle in dieser Situation die Richtlinien 13031 und 15019 als Referenzen und nicht als strikte Vorgaben vorsieht und den Anbieterinnen weiterhin gewisse Freiräume bei der Umsetzung zubilligt, kommt sie damit insbesondere auch

ihrer vergaberechtlichen Verpflichtung nach, eine Ausschreibung so auszugestalten, dass ein gewisser Restwettbewerb gewährt bleibt (BVGE 2010/58 E. 6.3).

6.7 Soweit die Beschwerdeführerin zusätzlich geltend macht, die Vergabestelle habe das Zuschlagskriterium ZK02 (Gesamtbewertung des Prototyps) willkürlich bewertet, kann ihr auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden. Im Pflichtenheft 2 vom 19. März 2021, S. 158, hat die Vergabestelle vier Haupt- sowie vier Unterkriterien für die Bewertung des Prototyps (ZK02) bekannt gegeben. Diese Kriterien und Unterkriterien sind genauso so auch im Evaluationsbericht (Projekt VL-CH [Verkehrslenkung Schweiz], Evaluation des Prototyps [ZK02]), aufgeführt. Inwiefern die Prüfung von ZK02 nicht die im Voraus bekannt gegebenen Kriterien berücksichtigt haben soll, ist nicht ersichtlich und wurde auch nicht weiter ausgeführt.

6.8 Die Zuschlagsempfängerin hat für ihre Beschreibungen betreffend das bewertete Eignungskriterium BEK03 (Einhaltung der Architekturprinzipien) mindestens die Note 1 erhalten. Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums ZK02 wurden sodann die im Vorfeld bekannt gegebenen Kriterien herangezogen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Einvernahme von Personen, welche am Debriefing mit der Beschwerdeführerin teilgenommen hatten (vgl. Beschwerde Rz. 72). Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich auch in diesem Punkt als offensichtlich unbegründet.

7.

7.1 Abschliessend rügt die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle habe die Formel zur Bewertung der Zuschlagskriterien nachträglich in vergaberechtswidriger Weise verändert. In der Ausschreibung sei einzig für ZK06 (Angebotspreis) ein Bewertungsmodell mit einer asymptotischen/degressiven Kurve vorgesehen gewesen:

$$\text{Punktemaximum} \times (\text{Gesamtpreis des günstigsten Angebots} / \text{Gesamtpreis des Angebots})^2$$

Die qualitätsorientierten ZK01 bis ZK05 hätten jedoch linear bewertet werden sollen. Nach Abschluss des Dialogs habe die Vergabestelle aber neu auch für die Zuschlagskriterien ZK03 (Einhaltung der Anforderungen 1. Prio) und ZK04 (Einhaltung der Anforderungen 2. Prio) ein asymptotisches Bewertungsmodell bevorzugt:

$5 \times (\text{Punktezahl des Angebotes} / \text{höchste erreichte Punktezahl})^2$

Diese nachträgliche Veränderung des Bewertungsmodells habe den Ausgang des Verfahrens wesentlich beeinflusst. Wäre das ursprüngliche Bewertungsmodell angewandt worden, hätte die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten (Beschwerde Rz. 82 f.). Der Preis, welcher bei der Ausschreibung mit 30 % gewichtet worden sei, dürfe nicht nachträglich durch eine asymptotische Bewertung der Zuschlagskriterien ZK03 und ZK04 noch weiter in den Hintergrund gedrängt werden (Beschwerde Rz. 94).

Die Neubewertung verstosse im Übrigen auch gegen das Handbuch der Vergabestelle zum Beschaffungswesen. Darin sei eine asymptotische Bewertungskurve für den Preis, nicht aber für qualitätsbezogene Kriterien vorgesehen (Beschwerde Rz. 98).

Auch bleibe nicht nachvollziehbar, warum das neue Bewertungsmodell nur auf die Zuschlagskriterien ZK03 und ZK04 angewendet worden sei (Beschwerde Rz. 99), nicht aber auch auf die ebenfalls qualitätsrelevanten Zuschlagskriterien ZK01 (Gesamtbewertung des Lösungsvorschlags), ZK02 (Gesamtbewertung des Prototyps) und ZK05 (Vorgehenskonzept mit Fokus auf Integrationskonzept VM-Anlagen / Architektur, Geschäftsorganisation).

7.2 Die Vergabestelle widerspricht dieser Darstellung. Aufgrund der ursprünglich gewählten Bewertungsmethode mittels einer Note pro Unterkriterium und dem daraus berechneten Mittelwert sei es kaum möglich, für das qualitativ beste Angebot auch die maximale Punktzahl zu erreichen. Es habe deshalb die Befürchtung bestanden, dass die Qualität des Angebots durch die schlechtere Ausnutzung der theoretischen Bandbreite ein faktisch zu geringes Gewicht erhalten würde. Mit der neuen Bewertungsmethode sei einerseits sichergestellt worden, dass das qualitativ beste Angebot auch die maximale Punktzahl für die Qualität erhalte, unabhängig vom entsprechenden Mittelwert (Vernehmlassung Rz. 25 f.). Andererseits sei durch die Wahl einer asymptotischen Kurve sichergestellt worden, dass weniger gute Angebote für ZK03 und ZK04 mit deutlich abgestuften Punktzahlen bewertet würden, wie das auch beim Preis vorgesehen sei (Vernehmlassung Rz. 27).

Die Vergabestelle habe die geänderte Bewertungsmethode drei Monate vor der Angebotsabgabe mit den Anbieterinnen besprochen. Alle Anbieterinnen hätten die Formel verstanden und keine grundsätzlichen Einwände

dagegen gehabt. Es sei daher stossend, wenn sich die Beschwerdeführerin nun auf den Standpunkt stelle, sie sei davon überrascht worden (Vernehmlassung Rz. 29 f.).

Soweit die Beschwerdeführerin darüber hinaus geltend mache, die Vergabestelle habe sich nicht an ihr eigenes Beschaffungshandbuch gehalten, sei anzumerken, dass sich dieses Handbuch insbesondere an die Abteilung Strasseninfrastruktur richte, welche mehrheitlich standardisierte Beschaffungen durchführe. Für andere Abteilungen würden andere Vorgaben gelten (Beschwerde Rz. 37).

7.3 Die Vergabestelle gab in Ziff. 2.10 ihrer Ausschreibung folgende Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt:

"2.10 Zuschlagskriterien

	Zuschlagskriterien	Gewichtung
ZK01	Gesamtbewertung des Lösungsvorschlages	5 %
ZK02	Gesamtbewertung des Prototyps	10 %
ZK03	Einhaltung der Anforderungen 1. Prio	20 %
ZK04	Einhaltung der Anforderungen 2. Prio	10 %
ZK05	Vorgehenskonzept mit Fokus auf Integrationskonzept VM-Anlagen / Architektur, Geschäftsorganisation	25 %
ZK06	Angebotspreis	30 %

Erläuterung: [...] Weiterführende Detaillierung der Zuschlagskriterien werden in den Ausschreibungsunterlagen der Phase 2 (Offertphase) des Verfahrens bekannt gegeben.

Preisbewertung (ZK6): [...] Im Vergleich aller Anbieter erhält das jeweils tiefste Angebot die maximale Punktzahl. Die Punktevergabe erfolgt gemäss der folgenden Formel:

$$\text{Punktemaximum} \times (\text{Gesamtpreis des günstigsten Angebots} / \text{Gesamtpreis des Angebots})^2$$

Benotung der übrigen Zuschlagskriterien: Die Bewertung erfolgt immer mit Noten von 0 bis 5 [recte: 0, 1, 3 oder 5]. 0 = nicht beurteilbar; keine Angabe; schlechte Erfüllung; ungenügende oder unvollständige Angaben; geringer Projektbezug. 1 = Normale, durchschnittliche Erfüllung; durchschnittliche Qualität, den Anforderungen der Ausschreibung entsprechend. 3 = Gute Erfüllung, qualitativ gut. 5 = Sehr gute Erfüllung; qualitativ ausgezeichnet, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung."

7.4 Die Vergabestelle hat sich somit bereits in der Ausschreibung eine weiterführende Detaillierung der Zuschlagskriterien während der Dialogphase

vorbehalten (vgl. Ziff. 2.10 der Ausschreibung). Unter Bezugnahme auf diesen Vorbehalt fand am 16. September 2021 eine Besprechung mit sämtlichen verbleibenden Anbieterinnen statt, in der die Vergabestelle das neue Bewertungsmodell von ZK03 und ZK04 vorstellte, begründete und kritische Nachfragen beantwortete, ohne dass eine Anbieterin grundsätzliche Bedenken dagegen geäussert hätte (Vernehmlassungsbeilagen 14 bis 16). Nach der Bekanntgabe der neuen Bewertungsmethode verblieben den Anbieterinnen weitere drei Monate, um ihre Angebote entsprechend anzupassen. Vorab ist deshalb festzuhalten, dass die Anpassung des Bewertungsmodells von ZK03 und ZK04 unter Einhaltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots erfolgte (BVGE 2018 IV/2 E. 7.6; Urteil des BVGer B-4704/2021 vom 18. Mai 2022 E. 5.2.2 "Einstöckige Standardtriebzüge"; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 972 f.).

7.5 Die Beschwerdeführerin rügt jedoch, durch die Anpassung sei es zu einer rechtswidrigen Diskrepanz zwischen der bekannt gegebenen Gewichtung und der „effektiven Gewichtung“ [des Preises] gekommen. Eine solche kann sich nicht nur in Bezug auf das Zuschlagskriterium „Preis“ ergeben, sondern auch in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Qualität" (BGE 130 I 241 E. 6; BVGE 2018 IV/2 E. 7.4; Urteile des BVGer B-2457/2020 vom 23. August 2021 E. 8.4.2.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"; B-879/2020 vom 8. März 2021 E. 5.2 "Produkte zur Aussenreinigung II"; DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten – Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, S. 215 ff., S. 237). Die Bewertungsmatrix soll dazu dienen, die einzelnen Zuschlagskriterien differenziert zu beurteilen (BVGE 2018 IV/2 E. 7.4; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel"; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen B 2016/116 vom 24. November 2016 E. 5.2). Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die nachträgliche Veränderung des Bewertungsmodells für ZK03 und ZK04 zu einer Verwässerung der ursprünglich bekannt gegebenen Gewichtung führte.

7.5.1 Die möglichen Bewertungsmodelle von Zuschlagskriterien sind gesetzlich nicht geregelt. Umso wichtiger sind die in der Praxis entwickelten Lösungsansätze für Preis und Qualität und die dazu gehörende Rechtsprechung (statt vieler: BGE 143 II 553 E. 6.4; 130 I 241 E. 6.1; Urteil des BGer 2C_412/2007 vom 4. Dezember 2007 E. 3; BVGE 2018 IV/2 E. 7.5; Urteile des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 5.6 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I"; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 10.10 "Casermettatunnel"; Urteil des Verwaltungsgerichts

des Kantons Zürich VB2016.00615 E. 3.3). Dabei können die verschiedenen Bewertungsmodelle grundsätzlich in lineare und asymptotische unterteilt werden. Mit einem asymptotischen Bewertungsmodell findet unter den ähnlichen Angeboten im Vergleich zur einer linearen Bewertung einerseits eine grössere Differenzierung statt, andererseits erhalten auch Angebote mit hohem Preis (bzw. niedriger Qualität) noch immer Punkte (CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Die Bewertung des Preises, Baurecht 2018, S. 327 f., 344 Rz. 48 und 57; vgl. zu den Unterschieden zwischen linearen und asymptotischen Bewertungsmodellen auch CROMP, Westschweizer Leitfaden für die Vergabe öffentlicher Aufträge, Anhang T2 und T3, <<https://www.vd.ch/themes/etat-droit-finances/marches-publics/guide-romand/westschweizer-leitfaden-fuer-die-vergabe-oeffentlicher-auftraege/>>, abgerufen am 12. August 2022).

7.5.2 Ursprünglich waren für ZK03 (Einhaltung der Anforderungen der ersten Priorität, mit insgesamt 283 Unterkriterien) und ZK04 (Einhaltung der Anforderungen der zweiten Priorität, mit insgesamt 122 Unterkriterien) lineare Bewertungen vorgesehen. Dabei hätten die einzelnen Unterkriterien je mit den Noten 0, 1, 3 oder 5 bewertet werden sollen. Die Gesamtnote hätte sich sodann aus dem Mittelwert der jeweiligen Noten ergeben. Die Vergabestelle führte dazu aus, während der Dialogphase sei die Befürchtung aufgekommen, dass die Qualität gegenüber dem Preis ein zu geringes Gewicht erhalte. Durch die lineare Bewertung der Qualität und die asymptotische Bewertung des Preises einerseits sowie andererseits durch die Tatsache, dass für das qualitativ beste Angebot durch die Verwendung des Mittelwerts kaum jemals – im Gegensatz zum Preis – die maximale Punktzahl für Qualität vergeben werde, wäre es unweigerlich zu einem Preiswettbewerb gekommen, der der ursprünglich bekannt gegebenen Gewichtung Preis (30 %) und Qualität (70 %) faktisch nicht entsprochen hätte.

7.5.3 Diese Begründung der Vergabestelle ist mit Blick auf die vorliegend zu beurteilende Beschaffung nachvollziehbar. Die veränderte Formel für die Bewertung von ZK03 und ZK04 sieht nun ebenfalls ein asymptotisches Bewertungsmodell vor:

$$5 \times (\text{Punktezahl des Angebotes} / \text{höchste erreichte Punktezahl})^2.$$

Mögliche Differenzen bei der Qualität der verschiedenen Angebote folgen nun derselben (asymptotischen) Bewertungsmethode, wie mögliche Differenzen beim Preis. Weiter sorgt die Anpassung dafür, dass das qualitativ

beste Angebot – in jedem Fall und trotz Mittelwertmethode – auch die maximale Punktzahl von 5 erreicht. Die Vergabestelle hat einen vergleichbaren Mechanismus von Anfang an auch für das Bewertungsmodell des Preises bekannt gegeben:

Punktemaximum x (Gesamtpreis des günstigsten Angebots/Gesamtpreis des Angebots)².

In diesem Zusammenhang wies die Vergabestelle insbesondere zu Recht darauf hin, dass eine maximale Punktzahl für die qualitätsorientierten ZK03 und ZK04 – anders als beim Preis – im vorliegenden Fall mit insgesamt 405 Unterkriterien ohne die entsprechende Anpassung kaum je von einem Angebot erreicht worden wäre, weil dafür jedes einzelne Unterkriterium mit der Bestnote hätte bewertet werden müssen (vgl. auch E. 7.5.2 hiervor).

7.5.4 Die Vergabestelle wählte das selektive Verfahren und entschied sich für die Gewichtung der Qualität mit 70 %. Damit hat sie von Anfang an deutlich gemacht, dass es sich um ein komplexes Beschaffungsprojekt handelt. Anders als die Beschwerdeführerin dies ausführt, wurde dabei durch die nachträgliche Anpassung des Bewertungsmodells von ZK03 und ZK04 im vorliegenden Fall keine Diskrepanz zwischen der ursprünglich bekannt gegebenen und der "effektiven" Gewichtung geschaffen; womöglich wurde sogar erst durch diese Änderung eine solche verhindert. Insbesondere der Umstand, dass nun auch für die maximal offerierte Qualität das Punktemaximum vergeben wird – selbst wenn nicht für sämtliche 405 Unterkriterien die jeweils höchste Note erreicht werden sollte – ist dabei von zentraler Bedeutung. Entsprechend ist namentlich mit Blick auf die für die Bewertung des Preises gewählte, hinreichend differenzierte Methode auch nicht erkennbar, dass das neue für die Qualität gewählte Bewertungsmodell zu einer geringeren als der ursprünglich bekannt gegebenen Gewichtung des Preises von 30 % geführt hat (vgl. BGE 143 II 553 E. 6.4).

7.5.5 Es kann im vorliegenden Fall deshalb offen gelassen werden, ob die Beschwerdeführerin die nachträgliche Änderung des Bewertungsmodells von ZK03 und ZK04 im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags und damit im vorliegenden Verfahren nach Treu und Glauben überhaupt noch hätte geltend machen können (vgl. Urteil BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 5.5 "HP-Monitore"), zumal die Änderungen drei Monate vor Abgabe der Angebote bekannt gemacht und mit den Anbieterinnen besprochen wurden und die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt keine grundsätzlichen Einwände gegen die Änderungen erhoben hatte.

7.5.6 Die Beschwerdeführerin weist allerdings zu Recht darauf hin, dass die ebenfalls qualitätsorientierten Zuschlagskriterien ZK01, ZK02 und ZK05 auch nach der Anpassung des Modells für ZK03 und ZK04 weiterhin linear bewertet wurden. Die Vergabestelle führt dazu aus, dass eine Änderung während der Dialogphase nur für diejenigen Angebotsbestandteile möglich gewesen sei, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gegeben worden seien, da ansonsten eine Ungleichbehandlung der Anbieterinnen gedroht habe (Vernehmlassung Rz. 32). Auch diese Begründung ist nachvollziehbar. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Zuschlagsempfängerin für die Zuschlagskriterien ZK01, ZK02 und ZK 05 die besseren Bewertungen als die Beschwerdeführerin erhalten hat, weshalb die Frage nach einem linearen oder asymptotischen Bewertungsmodell für den Verfahrensausgang unbedeutend blieb, weil die Zuschlagsempfängerin so oder anders mehr Punkte erhalten hätte.

7.6 Soweit die Beschwerdeführerin ganz grundsätzlich ein asymptotisch (progressives) Bewertungsmodell für qualitätsorientierte Merkmale für ungeeignet bzw. unzulässig hält, ist darauf hinzuweisen, dass sich die entsprechenden Ausführungen im Handbuch an die Abteilung Strasseninfrastruktur richten, welche gemäss Angaben der Vergabestelle hauptsächlich standardisierte Beschaffungen durchführt (vgl. das Handbuch des Beschaffungswesen Nationalstrassen ASTRA, 10. Auflage, 31. Mai 2022, <https://www.astra.admin.ch/dam/astra/de/dokumente/vorlagen_infrastrukturprojekte/beschaffung-vertragswesen/handbuch_beschaffungswesennationalstrassenastra.pdf.download.pdf/Handbuch%20Beschaffungswesen%20Nationalstrassen%20ASTRA%20-%2010.%20Auflage.pdf>, abgerufen am 12. August 2022). Das komplexe Beschaffungsprojekt wurde im selektiven Verfahren und in der Form des Dialogs im Sinne von Art. 26a aVöB durchgeführt. Die Vorinstanz hat die Anpassungen der Bewertungsmethode vorgenommen, um sicherzustellen, dass die Qualität im Vergleich zu der in der Ausschreibung bekannt gegebenen Gewichtung von 70 % ausreichend berücksichtigt werde (vgl. E. 7.5.2 hiervor). Die Begründung liegt im Ermessen der Vergabestelle, weshalb die Abweichung vom Handbuch jedenfalls nicht zu beanstanden ist.

7.7 Die Rüge der Beschwerdeführerin, durch die Anpassung des Bewertungsmodells von ZK03 und ZK04 während der Dialogphase sei es zu einer Diskrepanz zwischen der ursprünglich bekannt gegebenen und der tatsächlichen Gewichtung der Zuschlagskriterien gekommen, erweist sich somit ebenfalls als offensichtlich unbegründet.

8.

Nach dem Dargelegten ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist. Mit Erlass des vorliegenden Urteils wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

9.

9.1 Die Verfahrenskosten, welche sich aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen zusammensetzen, werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr ist nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien festzulegen (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Unter Berücksichtigung des Aufwands und der Schwierigkeit der sich hier stellenden Sach- und Rechtsfragen rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten auf Fr. 23'000.– festzusetzen.

Da die Beschwerde abgewiesen wird, gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und es sind ihr die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

9.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Der Vorinstanz ist aufgrund von Art. 7 Abs. 3 VGKE ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 23'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christian Winiger

Reto Finger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 3. Oktober 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 199375; Gerichtsurkunde)