Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-4290/2009

Urteil vom 21. Dezember 2010

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),
Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

Parteien

Verkehrsbetriebe Biel, Bözingenstrasse 78,
2504 Biel/Bienne,
vertreten durch Rechtsanwalt Marc F. Suter,
Zentralstrasse 45/47, 2502 Biel BE ,
Beschwerdeführerin,

Gegen

1. **Aare Seeland mobil AG,** Grubenstrasse 12,
4900 Langenthal,
2. **PostAuto Schweiz AG,** Region Bern,
Tscharnerstrasse 37, Postfach 7574, 3001 Bern,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Stefan Scherler,
Scherler+Siegenthaler Rechtsanwälte, Marktgasse 1,
Postfach 102, 8402 Winterthur ,
Beschwerdegegnerinnen,

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK,
Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
Vorinstanzvertreten durch dessen Amt für öffentlichen Verkehr, Reiterstrasse 11, 3011 Bern,
Besteller,

Gegenstand	Bestellverfahren für ein Verkehrsangebot.

Sachverhalt:

A.
Am 30. Mai 2007 schrieben das Bundesamt für Verkehr (BAV) und der Kanton Bern Buslinien in der Region Biel auf den Fahrplanwechsel vom 14. Dezember 2008 aus. Die Ausschreibung umfasste fünf Buslinien zusammengefasst in drei Losen. In den Ausschreibungsunterlagen wurde darauf hingewiesen, dass für das Ausschreibungs- und Bestellverfahren die Bestimmungen der Abgeltungsverordnung (ADFV, AS 1995 443) massgebend seien. Die Rechtsgrundlagen des Bundes über das öffentliche Beschaffungsrecht würden ausserdem im Sinne einer Orientierungshilfe ergänzend herangezogen. Die drei Lose würden vorerst für 4 Fahrplanjahre (Dezember 2008 bis Dezember 2012) vergeben. Auf das Fahrplanjahr 2013 sei der Übergang ins normale Bestellverfahren gemäss der Angebotsverordnung vom 10. September 1997 (AGV, BSG 762.412) und der Abgeltungsverordnung geplant. Pro Los war das Einreichen maximal einer Unternehmervariante zugelassen.

B.
Innert Frist reichten die folgenden fünf Transportunternehmen eine Offerte ein: Aare Seeland mobil AG (asm), PostAuto Schweiz AG (PAG), Busbetrieb Grenchen und Umgebung (BGU), Verkehrsbetriebe Biel (VB) und Marti AG.

C.
Am 27. Februar 2008 gab das BAV bekannt, Los 1 an asm sowie Los 2 und 3 an PAG zu vergeben. Angebotsvereinbarungen (gemäss Art. 20 ADFV) würden mit den Bestellern abgeschlossen, sofern nicht innert Frist der Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt würde..

D.
Mit Schreiben vom 25. März 2008 (und Ergänzung vom 8. Mai 2008) reichte der BGU beim Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) ein Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung ein. Die VB ersuchten am 31. März 2008 ebenfalls darum.

E.
Das BAV ersuchte das UVEK am 27. Mai 2008 um den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

F.
Am 9. Juli 2008 verfügte das UVEK im Einverständnis mit allen betroffenen Unternehmungen, dass der Status quo als provisorische Lösung zur Aufrechterhaltung des Busbetriebs für ein weiteres Jahr, d.h. bis zum Fahrplanwechsel im Dezember 2009, Geltung habe.

G.
Das UVEK begründete mit Entscheid vom 29. Mai 2009, das wirtschaftlich günstigste Angebot erhalte den Zuschlag. Grundlage für dessen Ermittlung sei eine Nutzwertanalyse und die Gesamtbetrachtung über alle drei Lose. Es prüfe, ob die Bewertungen der Besteller angemessen seien. Diese würden im Rahmen der Auswertung der Kriterien über einen Ermessensspielraum verfügen. Erscheine eine vorgenommene Bewertung angemessen und plausibel, gebe es keinen Grund, davon abzuweichen. Eine Neuberechnung oder Ergänzung – wenn auch nur in Form von Erläuterungen zu den im Ausschreibungsverfahren eingereichten Unterlagen und Angaben – könne nicht Gegenstand des Verfahrens um Erlass einer anfechtbaren Verfügung beim UVEK sein. Dies würde die übrigen am Ausschreibungsverfahren beteiligten Transportunternehmungen in grober Weise benachteiligen. Die VB habe durch das Einreichen separater und andersartiger Formulare Unklarheiten geschaffen, welche die Besteller im normalen Rahmen der Offertbereinigung während des Evaluationsverfahrens nicht hätten aus dem Wege räumen können. Die Besteller hätten zu Recht darauf verzichtet, noch weitere Abklärungen zu treffen oder einen Experten einzusetzen. Die aufgrund der Vorbringen der VB durchgeführte Begutachtung der Auswertung habe keine Ermessensüberschreitung durch die Besteller ersichtlich gemacht. Die von den Bestellern vorgenommene Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei demnach korrekt durchgeführt worden und die getroffene Auswahl der asm als Erbringerin der Transportleistungen im Los 1 und PAG in den Losen 2 und 3 somit rechtmässig erfolgt.

In prozessualer Hinsicht entzog das UVEK der Beschwerde gegen seine Verfügung die aufschiebende Wirkung.

H.
Am 2. Juli 2009 reichen die VB (Beschwerdeführerin) gegen den Entscheid des UVEK (Vorinstanz) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragt, die Verfügung des UVEK sei aufzuheben und der Zuschlag der Auftragsvergabe für alle drei Lose

gemäss Ausschreibung der Besteller vom 30. Mai 2007 ihr zu erteilen. Eventualiter sei der Entscheid des UVEK aufzuheben und die Streitsache im Sinne der richterlichen Erwägungen an die Verwaltung zur Neubeurteilung zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt sie die Wiederherstellung der entzogenen aufschiebenden Wirkung, die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung und den Beizug eines Experten bezüglich der Beurteilung ihrer angeblich falschen oder unverständlichen Formulareinträgen.

Die Beschwerdeführerin rügt u.a. eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, indem die kostenmindernden positiven Synergieeffekte auf den nicht ausgeschriebenen, von ihr betriebenen Linien nicht berücksichtigt worden seien. Sie hätten vergeblich einen „runden Tisch“ gemäss Art. 33b des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) beantragt. Indem die Vorinstanz den Vergabeentscheid lediglich dahingehend geprüft habe, ob dieser plausibel und nachvollziehbar sei, habe sie eine Gehörsverletzung und eine Verletzung des Vertrauensgrundsatzes begangen. Nach dem Vertrauensprinzip könne die Unübersichtlichkeit, welche aufgrund der Einzellos-Betrachtung mit den mindestens acht Variantenoptionen entstanden sei, nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden.

I.

Die übrigen Verfahrensbeteiligten haben die Abweisung des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 17. August 2009 hat der Instruktionsrichter dieses abgewiesen, soweit er darauf eintrat.

J.

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung zur Hauptsache vom 2. Oktober 2009, der Beschwerde sei nicht stattzugeben. Zur Begründung führt sie aus, bei der Prüfung des Resultats der Vergabe der Bestellerbehörde sei sie im Rahmen des eisenbahnrechtlichen Differenzbereinigungsverfahrens gehalten, abzuklären, ob die Nichtwahl der Offerte des Gesuchstellers nicht willkürlich, nachvollziehbar und verhältnismässig sei. Die Prüfung habe sich dabei überwiegend auf rechtliche Aspekte zu beschränken. Bei der Bestellerbehörde würden Ermessensentscheide im Vordergrund stehen. Hinsichtlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör könne es nicht ihre Sache sein, eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Offerte analog den Bestellbehörden vorzunehmen. Entsprechend hätten die rechnerischen Darstellungen und Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Recht nicht im Mittelpunkt des Entscheids gestanden. Das UVEK habe sich jedoch mit der Beurteilung

der Offerte der Beschwerdeführerin und dabei insbesondere mit den Synergieeffekten auseinandergesetzt.

K.
In ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2009 führt die PAG (Beschwerdegegnerin 2) aus, nehme eine Teilnehmerin im Bestellverfahren wegen eines in ihrem Verantwortungsbereich liegenden Grundes ihre Mitwirkungsrechte innerhalb der vorgesehenen Verfahrensfristen nicht wahr, so könne sie nicht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens eine Sachverhaltsergänzung nachliefern. Dies würde zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung der anderen Teilnehmer führen. Es könne nicht Sinn und Zweck sein, dass im Rahmen von Ausschreibungen gleichzeitig die Preise für nicht ausgeschriebene Linien über die gleiche Zeitdauer fixiert würden. Dies würde zur Aushebelung des üblichen Bestellverfahrens führen. Die Vorinstanz habe ihre Kognition zu Recht auf die Prüfung der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit des Zuschlagsentscheids beschränkt. Eine Wiederaufnahme der Berechnungen der Angebote bzw. der Synergieeffekte sei nicht zulässig.

L.
Die Besteller reichten am 7. Oktober 2009 eine Vernehmlassung ein. Die Angaben der Beschwerdeführerin seien verstanden, analysiert und wo nötig ausreichend bereinigt worden, um die Vergleichbarkeit mit den anderen Offerten sicherzustellen. Die Durchführung eines runden Tisches vor dem Erlass einer anfechtbaren Verfügung hätte keine neuen Erkenntnisse gebracht. Die Beschwerdeführerin irre, wenn sie davon ausgehe, die ausschreibende Behörde hätte die fünf Linien prioritär als Gesamtangebot offerieren müssen. Sie hätten die Lose absichtlich separat ausgeschrieben, weil diese auch unabhängig voneinander effizient und kundengerecht betrieben werden könnten. Es sei nicht Aufgabe der ausschreibenden Behörde, zusätzlich eingereichte Formularsätze, die nicht die ausgeschriebenen Linien betreffen würden, im Detail zu analysieren und mittels aufwändigen Differenzberechnungen den massgebenden Preis für die ausgeschriebenen Linien herzuleiten. Es sei die Pflicht der Unternehmung, verständliche Angaben zu machen. Der für die Ausschreibung relevante Preis werde weiterhin nicht dargelegt und ein Vergleich mit den Mitbewerben sei nach wie vor nicht möglich.

M.
In ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2009 bekräftigt die

Beschwerdeführerin, das Amt für öffentlichen Verkehr (AöV) habe den Abgeltungsbedarf gemäss ihrer Unternehmervariante von insgesamt Fr. 8'201'843.-- irrtümlich der Bestimmung des massgebenden Preises (dieser Unternehmervariante) zugrunde gelegt, obschon diese Synergieeffekte bei der Bestimmung des massgebenden Preises (dem Endergebnis gemäss Zeile 11 des Offertformulars) im Total des Abgeltungsbedarfs (gemäss Zeile 9 des Offertformulars) weder enthalten noch berücksichtigt seien.

N.
Die Vorinstanz verzichtet mit Schreiben vom 23. Dezember 2009 auf das Einreichen einer weiteren Stellungnahme.

O.
Am 15. Januar 2010 reichen die Besteller eine zweite Vernehmlassung ein. Der massgebende Preis sei in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig definiert worden. Sie hätten mit Schreiben vom 4. Februar 2008 nachgefragt, ob der durch die Beschwerdeführerin ausgewiesene Abgeltungsbetrag von Fr. 8'201'843.-- alle Synergien berücksichtige. Dies sei von der Beschwerdeführerin im Antwortschreiben vom 11. Februar 2008 bestätigt worden. Sie, die Besteller hätten gestützt auf diese Antwort davon ausgehen dürfen, dass sämtliche Synergien nun in dem angegebenen Preis enthalten seien.

P.
In ihrer Duplik vom 22. Januar 2010 führt die Beschwerdegegnerin 2 aus, die Beschwerdeführerin habe ihre Offerte offensichtlich unvollständig oder unverständlich bei den Bestellern eingereicht. Nur so lasse sich erklären, dass im bisherigen Verfahren weder die mit der Offertevaluation betraute Bestellerin noch die fachlich ebenfalls versierte Vorinstanz die gemäss den Angaben der Beschwerdeführern „klar aufgezeigten Synergieeffekte“ nicht respektive nicht ohne grossen Aufwand hätten nachvollziehen können.

Q.
Anlässlich der öffentlichen Parteiverhandlung vom 10. November 2010 bestätigten und begründeten die Parteien ihre Anträge und Standpunkte und reichten im Nachgang ihre Kostennoten ein.

R.
Auf weitere Ausführungen der Parteien wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 29. Mai 2009 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das UVEK gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG).

2.
Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als im vorinstanzlichen Verfahren unterlegene, formelle und materielle Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert.

3.
Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten.

4.
Am 1. Januar 2010 traten die Verordnung über die Konzessionierung und Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur (KFEV, SR 742.120) sowie die Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV, SR 745.16) in Kraft und ersetzten die Abgeltungsverordnung vom 18. Dezember 1995 (aADFV, AS 1995 443). Die KFEV enthält mit Art. 27 zwar eine Übergangsbestimmung, doch äussert sich diese nicht zum anwendbaren Recht in Abgeltungsverfahren wie dem vorliegenden. Demgegenüber hält Art. 47 Abs. 1 ARPV fest, dass sich das Bestellverfahren für Offerten, die beim Inkrafttreten dieser Verordnung bereits eingereicht sind, nach dem im Zeitpunkt der Offerteinreichung geltenden Recht richtet. Diese Regelung entspricht den allgemeinen übergangsrechtlichen Regeln und muss daher auch für ein

Beschwerdeverfahren gelten. Letztere besagen, dass die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsakts grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens eingetretene Rechtsänderungen sind an sich unbeachtlich, es sei denn, zwingende Gründe sprächen für die Berücksichtigung des neuen Rechts. Das trifft nach bundesgerichtlicher Praxis vor allem dann zu, wenn Vorschriften um der öffentlichen Ordnung willen oder zur Durchsetzung erheblicher öffentlicher Interessen erlassen worden und daher auch in hängigen Verfahren sofort anwendbar sind (BGE 135 II 313 E. 2.2.2 mit Hinweisen; vgl. auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungs¬recht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 322 ff.). Eine solche Situation liegt hier nicht vor; für die Beurteilung des vorliegenden Falles ist deshalb auf die im Zeitpunkt der Offerteinreichung bzw. des Erlasses des angefochtenen Entscheids geltende aADFV abzustellen.

Dieselben Überlegungen gelten für das Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101): Die Bestimmungen von Art. 49 ff. EBG sind im Rahmen des Bundesgesetzes über die Bahnreform 2 (AS 2009 5597-5629) per 1. Januar 2010 geändert worden. Auf das vorliegende Verfahren findet dagegen noch die bis Ende 2009 geltende Fassung vom 24. März 1995 des aEBG Anwendung (AS 1995 3680; vgl. dazu auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3163/2009 vom 27. Mai 2010, E. 2.2).

5.

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, sie habe ihre Kognition in unzulässiger Weise eingeschränkt. Statt zu untersuchen, welches das wirtschaftlich günstigste Angebot sei, habe sie bloss die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids geprüft. Dies stelle eine Verletzung des Gehörsanspruchs sowie des Vertrauensgrundsatzes dar.

5.1. Gemäss Art. 51 Abs. 4 aEBG (in der hier anwendbaren Fassung, vgl. oben E. 4) entscheidet das UVEK bei Differenzen im Bestellverfahren zwischen Kantonen, Transportunternehmen und der zuständigen Bundes-behörde. Werden Abgeltungen in der Form eines Vertrages gewährt, wie dies Art. 51 Abs. 1 aEBG und Art. 20 ADFV mit der Angebotsvereinbarung vorsehen, ist gemäss der allgemeinen Regelung in Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG, SR 616.1) nur auf Verlangen eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Der unbestrittene Entscheid der Besteller eines Verkehrsangebots wird zum Antrag auf Abschluss der Angebotsvereinbarung mit der wirtschaftlich günstigsten Anbieterin (analog Art. 3 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]).

> Die Abgeltung wird zum Bestandteil des Vertrages und damit verbindlich gewährt (Art. 16 SuG). Wird hingegen eine anfechtbare Verfügung verlangt, so ist diese im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom UVEK zu erlassen.

Den Besonderheiten dieses Verfügungsverfahrens bzw. dem bereits durchgeführten Bestellverfahren darf und muss jedoch Rechnung getragen werden, insbesondere dem Umstand, dass der Sachverhalt durch fachkompetente Behörden festgestellt worden ist. So ist denn auch in der Botschaft des Bundesrates zu Art. 51 aEBG festgehalten, dass der Vorsteher des (damaligen) EVED als Schiedsrichter im Konfliktfall auftritt (BBl 1994 I 531). Der in Art. 12 VwVG statuierte Untersuchungsgrundsatz bedeutet daher nicht, dass die Vorinstanz den Sachverhalt eigenhändig erneut ermitteln muss, vielmehr kann sie ihren Entscheid auf die Erkenntnisse und Feststellungen der Besteller abstützen. Ebenso darf sie Auskünfte der Parteien als Erkenntnisquelle nutzen und auf ihre Glaubhaftigkeit hin würdigen (vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/KATHRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/ Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 103 ff.). Das UVEK muss somit nicht mehr als die Besteller unternehmen, um Unklarheiten, die etwa auf fehlerhaften Angaben beruhen, auszuräumen.

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst ferner nicht aus, die Ermessenshandhabung der Besteller mit einer gewissen Zurückhaltung zu überprüfen und diesen die Wahl zwischen mehreren sachgerechten Lösungen zu überlassen. Eine solche Zurückhaltung erweist sich in Bestellverfahren wie dem vorliegenden gar als geboten, denn es ginge nicht an, einem Kanton, welcher neben der zuständigen Bundesbehörde als Besteller auftritt und die betreffende Leistung mitfinanziert, eine von ihm bevorzugte Lösung zu verwehren, obwohl sich diese (ebenfalls) als angemessen erweist. In der Botschaft des Bundesrates zu Art. 51 aEBG wurde denn auch hervorgehoben, dass die Kantone mit dem Bestellverfahren einen erheblichen Spielraum erhalten (BBl 1994 I 531). Frei und ohne jede Zurückhaltung hat die Vorinstanz demgegenüber die Einhaltung der verfahrens- und materiell-rechtlichen Vorschriften zu prüfen, ebenso ob der Sachverhalt im Bestellverfahren korrekt ermittelt worden ist.

> **5.2.** Vor diesem Hintergrund kann in der Tat eine unzulässige Beschränkung der Kognition vorliegen, wenn die Vorinstanz nicht untersucht, welches die wirtschaftlich günstigste Offerte darstellt, sondern sich darauf beschränkt, die Plausibilität der betroffenen Wahl zu überprüfen. Im hier zu beurteilenden Fall hat die Vorinstanz freilich nur deshalb auf eine genaue inhaltliche Prüfung der vorgelegten Offerten verzichtet, weil sie zum Schluss kam, die Besteller hätten das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht als mangelhaft erachtet, weil es den formellen Anforderungen nicht entsprochen habe. Diese entscheidwesentliche Einschätzung hat die Vorinstanz frei überprüft. Ob sie dabei zu zutreffenden Schlüssen gekommen ist, wird in der nachstehenden Erwägung untersucht; eine unzulässige

Kognitionsbeschränkung liegt aber nicht vor und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. des Vertrauensgrundsatzes ist nicht ersichtlich.

6.
Die Beschwerdeführerin rügt, der rechtserhebliche Sachverhalt sei unrichtig und ungenügend festgestellt worden. Die Vorinstanz habe es unterlassen, die kostenmindernden, positiven Synergieeffekte auf den von ihr betriebenen, nicht ausgeschriebenen Linien zu berücksichtigen. Ausserdem könne die Unübersichtlichkeit, welche aufgrund der Einzellos-Betrachtung mit den mindestens acht Varianten entstanden sei, nicht ihr angelastet werden, zumal die Besteller ihr Vorgehen nicht grundsätzlich beanstandet hätten.

6.1. Aus den vorliegenden Akten lässt sich feststellen, dass die Beschwerdeführerin die Offertunterlagen anders interpretiert und ausgefüllt hat als alle anderen Bewerber. Dies wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bestritten. Sie ist der Auffassung, der Kanton Bern und das BAV hätten in erster Linie ein Gesamtangebot bestellt, bei der Vergabe dann aber auf eine Einzellosbetrachtung abgestellt, was zur Nichtberücksichtigung der positiven Synergieeffekte auf den von ihr betriebenen, nicht ausgeschriebenen Linien geführt habe. Hierzu ist allerdings festzuhalten, dass in den Ausschreibungsunterlagen klar das Einreichen einer separaten Offerte für jedes einzelne Los verlangt worden ist (vgl. Ausschreibungsunterlagen Ziff. 2.11) und daher die von den Bestellern vorgenommene Bewertung nach Losen keinen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen darstellt. Die Beschwerdeführerin wusste demnach oder musste zumindest damit rechnen, dass die Bestellbehörde eine Einzellosbetrachtung vornehmen würde. Wäre sie damit nicht einverstanden gewesen, hätte sie Beschwerde gegen die Ausschreibungsunterlagen erheben müssen. Dazu wäre sie nach Art. 49 ff. aEBG berechtigt gewesen. Indem sie dies jedoch unterlassen hat, hat sie sich mit den Bedingungen der Ausschreibung einverstanden erklärt und kann diesen Einwand im vorliegenden Verfahren nicht mehr vorbringen.

Wie die Besteller in ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2009 in überzeugender Weise ausführen, gibt es auch triftige sachliche Gründe, eine Planrechnung pro Linie mit klaren Angaben der erwarteten Synergieeffekte in den einzelnen Jahren zu verlangen. Dieses Vorgehen dient namentlich der Transparenz und Vergleichbarkeit der verschiedenen Offerten. Bei einer Gesamtbetrachtung können Effizienzgewinne auf andern, vom betreffenden Verkehrsunternehmen bereits bisher betriebenen Linien als

Synergiegewinne ausgegeben werden, obwohl sie in keinem Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Linien stehen. Dies könnte zu einer Verzerrung der Offerten führen.

6.2. Das Argument der Beschwerdeführerin, die Besteller hätten ihre Vorgehensweise nicht grundsätzlich beanstandet und im Zuge der Offertbereinigung vor Erlass der Vergabe Missverständnisse vermeintlich geklärt, ist unbegründet. Im Submissionsrecht, das aufgrund der Ähnlichkeit der Ausgangslage in verschiedener Hinsicht sinngemäss beigezogen werden kann, führt die Verletzung von Formvorschriften bzw. die Abgabe eines unvollständigen Angebots zum Ausschluss des betreffenden Anbieters (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/ EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 271 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zum Beschaffungsrecht jedoch auch mehrfach festgehalten, dass nicht jede Unregelmässigkeit den Ausschluss als Sanktion zu rechtfertigen vermag. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit darf (und soll) vom Ausschluss einer Offerte oder von der Ungültigerklärung des Verfahrens abgesehen werden, wenn der festgestellte Mangel relativ geringfügig ist und der Zweck, den die in Frage stehende Formvorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). Auf die Möglichkeit der Berücksichtigung des Beschaffungsrechts wurde in den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.2.3) ausdrücklich hingewiesen. Indem die Besteller statt des Ausschlusses der Offerte der Beschwerdeführerin versucht haben, aus deren Angaben die gewünschten Zahlen herzuleiten, sind sie ihrer Untersuchungspflicht nachgekommen (vgl. Art. 12 VwVG), haben versucht, die Offerte der Beschwerdeführerin einer fairen Prüfung zu unterziehen und haben bewertet, was bewertbar war. Die Besteller haben damit die gegenüber einem Ausschluss gebotene, mildere Massnahme gewählt und dadurch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) nachgelebt. Dies umso mehr, als die fehlenden finanzielle Angaben eine Art zusätzlichen Rabatt betreffen, für die Leistung selbst jedoch unbestritten alle Preisbestandteile ausgewiesen worden sind und damit die Offerte insofern vollständig war. Aus dieser Vorgehensweise kann die Beschwerdeführerin demnach nichts zu ihren Gunsten ableiten.

6.3. Die Beschwerdeführerin hat die Offertunterlagen nicht nur anders ausgefüllt als alle anderen Bewerber, sondern hat diese Dokumente auch

nicht so ausgearbeitet, wie sie es nach den Ausschreibungsunterlagen hätte tun sollen. So führt sie selber aus, sie habe in ihrer Offerte, welche in erster Linie als Gesamtangebot verstanden worden sei, den Übertrag des Synergie-Abzuges in Spalte 10 der Einzellos-Angebotsformulare unterlassen. Anstelle dieses Übertrages seien die Synergieeffekte von Anfang an und übers Ganze der drei Lose betrachtet auf zusätzlichen Bögen des Formulars 2 abgebildet und ausgewiesen worden.

6.4. Das Angebot der Beschwerdeführerin war von Anfang an nicht mit den andern Offerten vergleichbar, weil sie das Formular 2 anders als verlangt und anders als die anderen Offerenten ausgefüllt hatte. Sie hat damit gegen das bei der Ausschreibung ausdrücklich statuierte Gebot verstossen, verständliche Angaben zu machen. In diesen Fällen sind die Besteller zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, weitergehende Informationen einzuholen (Ausschreibungsunterlagen Ziff. 4.1). Wie sich den Akten entnehmen lässt, haben die Besteller dies mit einigem Aufwand versucht (vgl. zur Problematik dieses Vorgehens unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a.a.O., Rz. 280). So haben sie bei der Beschwerdeführerin explizit nachgefragt, ob sie richtig gingen in der Annahme, dass der Abgeltungsbedarf (inklusive Berücksichtigung aller Synergien) über alle 4 Jahre Fr. 8'201'843.-- betrage, was die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigte. Sie führte namentlich aus:

> „ wie sie richtig bemerkt haben, beträgt der Abgeltungsbedarf über alle 4 Jahre Fr. 8'201'843.--. Wir haben in unserem Management Summary einen Betrag von 8'201'839.-- für die Unternehmensvariante deklariert. Wir nehmen an, dass es sich bei den Fr. 4.-- um eine Rundungsdifferenz handelt“.

Die Beschwerdeführerin hat es unterlassen, an dieser Stelle die – angeblich nicht berücksichtigten – Synergien zu erwähnen. Obwohl sie die Möglichkeit hatte, ihr Angebot zu korrigieren bzw. klarzustellen, hat sie diese Gelegenheit nicht genutzt. Gemäss Ziff. 4.1 der Ausschreibungsunterlagen ist die Offerte verbindlich und werden keine Nachbesserungen akzeptiert. Die Beschwerdeführerin muss sich deshalb auf ihren innerhalb der Angebotsfrist gemachten und im Rahmen der Offertbereinigung bestätigten Angaben behaften lassen und kann nicht im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens eine andere, für sie günstigere Betrachtungsweise durchsetzen.

Wie die Besteller in ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2009 ausserdem zu Recht bemerken, kann es nicht ihre Aufgabe sein, zusätzliche Formularsätze zu analysieren und die interessierenden Preisangaben mit aufwändigen Berechnungen herzuleiten. Die Pflicht zur Verwendung vorgegebener Formulare bezweckt gerade, hinreichende Transparenz und die Vergleichbarkeit der Offerten zu gewährleisten und dadurch den Aufwand der Besteller zu verringern. Davon abzuweichen würde entweder einen Anbieter

ungerechtfertigt begünstigen oder aber – sofern mehrere Offerenten zusätzliche und vom Verlangten abweichende Berechnungen einreichen würden – den Rahmen einer solchen Ausschreibung sprengen.

6.5. Ferner ist zu beachten, dass die Besteller gemäss Art. 20 Abs. 1 aADFV eine Angebotsvereinbarung mit der Transportunternehmung abschliessen, wenn sie eine Offerte annehmen und ihr den Abgeltungsbetrag bestätigen. Aufgrund der unklaren bzw. in Ziffer 10 des Formulars 2 fehlenden Angaben der Beschwerdeführerin, die statt losbezogene Angaben eine Gesamtbetrachtung über die ganze Unternehmung angestellt hat, wären die Besteller jedoch gar nicht in der Lage gewesen, für jedes Los denjenigen Abgeltungsbetrag zu bestimmen und zu bestätigen, der auch die streitigen Synergieeffekte berücksichtigt. Auch insofern ist die Beschwerde gegen die Bewertung der Besteller und den Entscheid der Vorinstanz unbegründet.

7.
Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin sinngemäss eine Verletzung der Besitzstandsgarantie gemäss Art. 21 Abs. 1 aADFV. Gemäss dieser Bestimmung könne eine Aufgabe gegen den Willen der bisher damit betrauten Transportunternehmung nur dann einer anderen übertragen werden, wenn sich für die Besteller längerfristig Vorteile ergeben. Die Vorinstanz bejaht solche längerfristigen Vorteile für die Besteller.

7.1. 7.1 Vorweg ist festzustellen, dass sich die Frage einer allfälligen Besitzstandsgarantie von vornherein nur für die beiden Linien stellen kann, die bis anhin von der Beschwerdeführerin betrieben worden waren. Es sind dies die Linie 290.03, die einen Teil des Loses 1 bildet, und die Linie 290.74, die einzige in Los 2. Für die übrigen drei Buslinien kann die Beschwerdeführerin für sich nichts aus Art. 21 aADFV ableiten.

7.2. Unter systematischen Gesichtspunkten ist festzustellen, dass der 3. Abschnitt der aADFV zunächst den Grundsatz aufstellt, wonach die Transportunternehmungen keinen Rechtsanspruch auf eine Bestellung haben und anschliessend die Möglichkeit und die Modalitäten einer Ausschreibung von Verkehrsleistungen regelt. Erst im Anschluss an die Bestimmungen über Angebotsvereinbarungen findet sich die Übertragung der Aufgabe, wobei der Begriff "Aufgabe", bzw. "tâche" in der französischen Fassung, einzig in Art. 21 aADFV verwendet wird, ansonsten von Transportleistungen, Leistungen oder Offerten die Rede ist. Ob einzelne Linien bereits eine Aufgabe im Sinne von Art. 21 aADFV darstellen oder ob darunter eine Gesamtheit zu verstehen ist, kann

jedoch offen blieben. Der Bestimmung ist zu entnehmen, dass die Übertragung ausdrücklich auch gegen den Willen der bisherigen Transportunternehmung möglich ist, wenn sich für die Besteller längerfristig Vorteile ergeben. Der Verordnungstext definiert diese Vorteile nicht, es kommen somit neben wirtschaftlichen auch weitere Vorteile in Betracht. Die Vorinstanz bzw. die Besteller machen als längerfristige Vorteile Einsparungen in der Höhe von rund Fr. 1,2 Mio. und Vorteile für die Reisenden geltend. Hierbei handelt es um Vorteile im Sinne von Art. 21 aADFV. Dass die Besteller ebenso wie die Vorinstanz dabei nur auf die verwertbaren Angaben aus den Offerten der Beschwerdeführerin wie auch der anderen Anbieter abgestellt haben, ist nicht zu beanstanden. Im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Zwischenentscheid vom 22. Juni 2010) wurde zudem die rasche Anbindung an das nationale Tarifsystem des direkten Verkehrs vorgebracht, die ebenfalls einen solchen Vorteil darstellen kann. Die Vergabe an die Beschwerdegegnerinnen stellt daher auch keinen Verstoss gegen Art. 21 Abs. 1 aADFV dar.

8.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die erforderlichen Formulare nicht korrekt ausgefüllt und deshalb die erforderlichen, betriebswirtschaftlichen Informationen nicht wie verlangt geliefert hat. Da es den Bestellern trotz entsprechender Bemühungen in der Folge nicht gelungen ist, diese Unklarheiten zu bereinigen und die gewünschten Zahlen zu erhalten, sind deren Berechnungen nicht zu beanstanden. Sie hat den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu Recht nicht erteilt und dieses Ergebnis kann nicht im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens korrigiert werden.

Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, die verschiedenen Offerten einer "betriebstechnischen Fachexpertise" zu unterziehen. Der entsprechende Beweisantrag der Beschwerdeführerin wird abgewiesen.

9.

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorliegend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig und hat die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'500.-- zu tragen (Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- zu verrechnen. Der

Restbetrag von Fr. 1'000.-- ist innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu bezahlen.

10.
Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VKGE). Weiter ist gemäss Art. 9 Abs. 2 VKGE keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Demzufolge stehen weder der Vorinstanz, noch den Bestellern noch der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegnerin 1 Parteientschädigungen zu.

Unter Berücksichtigung von Umfang und Schwierigkeit der Sache erscheint der vom Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin 2 in seiner Kostennote vom 16. November 2010 ausgewiesene Gesamtaufwand von Fr. 24'325.-- im Vergleich zu anderen, ähnlich gelagerten Fällen als zu hoch. Unter Würdigung aller Umstände erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.-- inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer als angemessen. Auferlegt wird die Parteientschädigung in erster Linie der unterliegenden Gegenpartei im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit, wenn sich diese mit selbständigen Begehren am Verfahren beteiligt hat (Art. 64 Abs. 2 und Abs. 3 VwVG). Die Beschwerdeführerin ist folglich zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin 2 eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 18'000.-- zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.
Der Beschwerdegegnerin 2 wird eine Parteientschädigung von Fr. 18'000.-- (inkl. MWSt.) zugesprochen. Dieser Betrag ist von der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Beschwerdegegnerinnen (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 509-16/les/wed/zuc; Gerichtsurkunde)
– die Besteller (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Lorenz Kneubühler	Bernhard Keller

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: