Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-7822/2007
{T 1/2}

Urteil vom 23. Juli 2008

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian,
Richterin Marianne Ryter Sauvant,
Gerichtsschreiberin Yasemin Cevik.

Parteien

Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), An der Aa 6, 6304 Zug,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Pius Kost, Grossmatte Ost 16, 6014 Littau
Beschwerdeführerin,

Parteien

gegen

PostAuto Schweiz AG, Region Zentralschweiz (PAZ), 6002 Luzern,
vertreten durch Rechtsanwalt Bernhard Antener, Kirchgasse 9, Postfach 529, 3550 Langnau im Emmental
Beschwerdegegnerin,

Kanton Luzern, Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern, Abteilung öffentlicher Verkehr, Arsenalstrasse 43, 6010 Kriens,
Beschwerdegegner,

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK),
Bundeshaus Nord, 3003 Bern
Vorinstanz.

Gegenstand

Vergabe von Buslinien.

Sachverhalt:

A.
Der Kanton Luzern beabsichtigte, auf der Linie zwischen Hochdorf und Rotkreuz eine neue Schnellbuslinie einzusetzten. Zu diesem Zweck schrieben die kantonale Dienststelle Verkehr und Infrastruktur und das Bundesamt für Verkehr (BAV) diese aufgrund der Verordnung vom 25. November 1998 über die Personenbeförderungskonzession (VPK, SR 744.11) aus (Publikation im Luzerner Kantonsblatt, Nr. 32 vom 13. August 2005). Für das Ausschreibungs- und Bestellverfahren wurde in den Ausschreibungsunterlagen (vom 17. August 2005) darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen der Abgeltungsverordnung ([ADFV], SR 742.101.1) massgebend seien. Ausserdem könnten die Rechtsgrundlagen des Beschaffungsrechts von den Auftraggebern herangezogen werden. Der Betrieb der Linie, mit dem Namen TransSeetalExpress, war in einer Pilotphase für die Dauer von drei Jahren mit der Option einer Verlängerung (um weitere 5 Jahre) vorgesehen. Die für das Los 05H TransSeetalExpress ausgeschriebenen Transportleistungen umfassten Vermarktung (Marktverantwortung) und Betrieb von 8 bis 10 Kursen pro Werktag. Das Basisangebot bildeten zwei Kurspaare morgens und drei Kurspaare abends, jeweils von Montag bis Freitag, mit einer Anbindung in Rotkreuz an den Interregio von und nach Zürich. Es bestand auch die Möglichkeit, ein reduziertes Angebot einzureichen. Geplant war, am 9. Januar 2006 den Betrieb der Linie aufzunehmen.

B.
Innert Frist wurden zwei Offerten eingereicht. Die PostAuto Schweiz AG, Region Zentralschweiz (PAZ) reichte ein Basisangebot von 10 Kursen (5 Kurspaare) pro Tag ein, die Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), ein reduziertes Angebot von 8 Kursen pro Tag.

C.
Mit Schreiben vom 23. November 2005, welches als Vergabeentscheid betitelt war, gaben das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern und das BAV bekannt, die ausgeschriebenen Transportleistungen der PAZ zu vergeben. Grundlage bildete eine von den Bestellern unter Beizug der Rapp Trans AG durchgeführten Nutzwertanalyse. Eine Angebots- und eine Abgeltungsvereinbarung (gemäss Art. 20 ADFV) sollten mit der PAZ abgeschlossen werden, sofern nicht innert Frist der Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt wurde.

D.
Am 5. Dezember 2005 verlangte die ZVB beim zuständigen Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) eine anfechtbare Verfügung.

E.
Noch während das Verfahren vor dem UVEK betreffend des Vergabeentscheides lief, erteilte dasselbe am 19. Januar 2006 der PAZ, aufgrund ihres Gesuchs vom 1. Dezember 2005, die Konzession für die regelmässige, gewerbsmässige Personenbeförderung mit Motorfahrzeugen auf der Linie „Hochdorf-Ballwil-Eschenbach-Inwil-Honau-Rotkreuz“, für die Dauer von drei Jahren. Dagegen erhob die ZVB Beschwerde beim Bundesrat. Sie rügte, der PAZ sei eine definitive Konzession für drei Jahre erteilt worden, womit der noch ausstehende Entscheid im Vergabeverfahren präjudiziert worden sei. Der Bundesrat stellte im Beschwerdeentscheid vom 23. August 2006 fest, die Konzession sei trotz der absoluten Formulierung im Dispositiv nicht für eine feste Dauer erteilt worden. Vielmehr sei sie zeitlich limitiert, d.h. sie gelte nur für die Dauer des Versuchsbetriebs, was klar aus dem Vorbehalt in der Konzessionsverfügung des UVEK hervorgehe. Ausserdem ergebe sich dies auch aus der Stellung des Konzessionsverfahrens im Rahmen des Vergabeverfahrens für Transportleistungen im regionalen Personenverkehr; denn erst nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlags werde eine definitive Konzession erteilt. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, entweder werde die Konzession der ZVB ausgedehnt oder es ergehe eine (formlose) Bestätigung der bereits provisorisch erteilten Konzession. Da die ZVB ihr Einverständnis zur vorläufigen Aufnahme des Betriebes durch die PAZ gegeben hatte, konnte dieser vorläufig aufgenommen werden. Allerdings war dazu die Konzessionserteilung notwendig.

F.
Mit Entscheid vom 19. Oktober 2007 kam das UVEK zum Schluss, die von den Bestellern vorgenommene Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei korrekt durchgeführt worden und die getroffene Auswahl der PAZ als Erbringerin der Transportleistungen im Los 05H „TransSeetalExpress“ somit rechtmässig erfolgt.

G.
Am 18. November 2007 reicht die ZVB (Beschwerdeführerin) gegen den Entscheid des UVEK Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht

ein. Sie beantragt, der Entscheid des UVEK sei aufzuheben und dieses sei anzuweisen, nach Ablauf der laufenden Pilotphase die Konzession für die fragliche Linie an die ZVB zu erteilen. Eventualiter sei der Entscheid des UVEK aufzuheben und dieses anzuweisen, die fragliche Linie umgehend, also noch während des Pilotversuches, neu auszuschreiben – unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Beschwerdeführerin rügt u.a., der Entscheid des UVEK sei unrechtmässig und willkürlich begründet. Es liege ausserdem ein Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben vor, indem im Nachhinein die Bewertungsvorgaben geändert wurden und jeweils nicht die maximale Punktzahl für die optimale Erfüllung eines Qualitätskriteriums vergeben wurde.

H.
Mit Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2008 schliesst die PAZ (Beschwerdegegnerin) – unter Kosten- und Entschädigungsfolge – auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

I.
In seiner Vernehmlassung vom 14. Januar 2008 beantragt das UVEK (Vorinstanz), die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

J.
Mit Stellungnahme vom 30. und 31. Januar 2008 bestätigt die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren.

K.
Die Vorinstanz verzichtet mit Schreiben vom 15. Februar 2008 auf die Einreichung von Schlussbemerkungen.

L.
Die Beschwerdegegnerin hält auch in den Schlussbemerkungen vom 20. Februar 2008 an den gestellten Anträgen fest.

M.
Mit Verfügung vom 4. Juli 2008 bringt der Instruktionsrichter dem Kanton Luzern (Beschwerdegegner) den bisher durchgeführten Schriftenwechsel zur Kenntnis und lädt ihn ein, zum vorliegenden Verfahren Stellung zu nehmen. Mit Eingabe vom 10. Juli 2008 verzichtet der Beschwerdegegner auf eine Stellungnahme.

N.
Auf die Ausführungen der Parteien in den Rechtsschriften wird – soweit entscheidrelevant – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 19. Oktober 2007 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) 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 (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Beurteilung vorliegender Beschwerde zuständig.

2.
Zur Beschwerde ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist im Verfahren vor der Vorinstanz mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und deshalb zur Beschwerde befugt.

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

4.
Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es überprüft die Angemessenheit behördlichen

Handelns an sich frei. Allerdings übt es Zurückhaltung und greift nicht ohne Not in Ermessensentscheide der Vorinstanz ein, wenn sich diese durch besonderen Sachverstand auszeichnet und wenn sie über einen gewissen Handlungsspielraum verfügen muss (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N. 460 f. und 473 f., mit Hinweisen; BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen, BGE 129 II 331 E. 3.2). Aufzuheben und zu korrigieren sind Ermessensentscheide, wenn die Behörde von dem ihr zustehenden Ermessen einen falschen Gebrauch gemacht hat, in dem sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, sachfremde Gesichtspunkte berücksichtig hat, rechtserhebliche Umstände unberücksichtigt liess oder sich das Ergebnis als offensichtlich unbillig, in stossender Weise ungerecht erweist (BGE 132 III 49 E. 2.1, mit Hinweisen).

5.
Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Antrag der Beschwerdeführerin ihr die Konzession zu erteilen, sei nicht Streitgegenstand des Vergabeverfahrens. Die entsprechende Rüge könne deshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht erhoben werden; auf die Beschwerde sei deshalb nicht einzutreten. Dasselbe gelte auch hinsichtlich des Eventualantrags, die Vorinstanz sei anzuweisen, die Linie neu auszuschreiben. Es ist vorliegend deshalb zu prüfen, ob die Anträge der Beschwerdeführerin tatsächlich den Streitgegenstand bilden.

5.1 Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Anfechtungs- und Streitgegenstand sind danach identisch, wenn die Verwaltungsverfügung insgesamt angefochten wird; bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einzelne der durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisse, gehören die nicht beanstandeten – verfügungsweise festgelegten – Rechtsverhältnisse zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweisen).

5.2 Vorliegend geht es um einen Entscheid des UVEK betreffend einer Vergabe. Fragen im Zusammenhang mit der Konzessionserteilung

können deshalb nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein. Damit ist auf den Antrag der Beschwerdeführerin, ihr nach Ablauf des Pilotversuches die Konzession für die fragliche Linie zu erteilen, nicht einzutreten. Bezüglich des Eventualantrags lässt sich festhalten, dass auch eine erneute Ausschreibung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann. Da sich den weiteren Ausführungen in der Beschwerde allerdings sinngemäss entnehmen lässt, dass die Beschwerdeführerin im Grunde beantragt, der Vergabeentscheid sei aufzuheben, weil er richtigerweise zu ihren Gunsten hätte ausfallen sollen, ist in diesem Punkt auf die Beschwerde einzutreten.

6.
Zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz die beiden Offerten nach den einschlägigen Vorschriften richtig beurteilt hat und der Vergabeentscheid demnach rechtmässig erfolgt ist.

6.1 Dem angefochtenen Entscheid des UVEK ging ein sogenanntes Bestell- und Ausschreibungsverfahren voraus. Im sechsten Abschnitt des EBG ist das mit der Revision des EBG vom 24. März 1995 (AS 1995 3680) neu eingeführte und seit dem 1. Januar 1996 geltende Finanzierungssystem im öffentlichen Verkehr geregelt. Dieses System gilt u.a. auch für konzessionierte Automobil- und Trolleybuslinien, soweit sie nicht ausschliesslich dem Orts- oder Ausflugsverkehr dienen (Art. 95 Abs. 2 EBG). Die Art. 49 ff. EBG sehen vor, dass Verkehrsangebote von Bund und Kantonen bestellt werden und die Besteller im Gegenzug die ungedeckten Kosten der Verkehrsangebote abgelten. Das Verfahren ist in der Verordnung vom 18. Dezember 1995 über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach Eisenbahngesetz (ADFV, SR 742.101.1) geregelt. Neben dem Bestellverfahren ist auch eine Ausschreibung der Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen unter den dafür geeigneten Transportunternehmungen möglich, falls grössere Veränderungen geplant sind, die mehrere Linien betreffen oder die Offerten einer bestimmten Unternehmung nicht befriedigen (Art. 15 Abs. 1 ADFV). Zudem kann ein Kanton vorsehen, dass Aufträge für bestimmte Verkehrsleistungen generell in bestimmten Zeitabständen ausgeschrieben werden (Art. 15 Abs. 2 ADFV). Mit der Ausschreibung erhoffen sich die Besteller durch den Einbezug weiterer Transportunternehmungen Preisvorteile oder eine Steigerung der Qualität und Effizienz im öffentlichen Verkehr (Daniel Fischer/Michael Hügli, Ausschreibungen im Regionalverkehr – Eine strategische Herausforderung für öV Unternehmen, Jahrbuch der Schweizerischen Verkehrswirt-

schaft 2005/2006, S. 5; Ausschreibung von Personentransportleistungen im öffentlichen Verkehr, Leitfaden BAV vom 1. Juli 2007, S. 1).

6.2 Nach Art. 51 Abs. 4 EBG entscheidet das UVEK bei Differenzen im Bestellverfahren zwischen Kantonen, Transportunternehmungen und den Bundesbehörden, die mit der Aushandlung der Vereinbarungen über die Abgeltung betraut sind (vgl. Art. 49 Abs. 1 EBG). Es kann dabei wesentliche submissionsrechtliche Belange berücksichtigen; Raum dafür besteht umso mehr, als vorliegend eine gemäss Art. 15 Abs. 2 ADFV (nur fakultative) kantonale Ausschreibung stattgefunden hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.315/2004 vom 26. April 2005, E. 2.3).

6.3 Die Besteller haben in den Ausschreibungsunterlagen vom 17. August 2005 (Beilage 5) die folgenden Zuschlagskriterien festgeschrieben:

Preis (Betriebskosten normiert auf Basisangebot, Standardkapazität und erweiterte Kapazität)	40%
Marketingkonzept Aufbau der Marke TansSeetalExpress (Positionierung, Zielgruppen, Erscheinungsbild, Logo, Bekanntheitsgrad, Kundenbindung, Verkaufsförderung, Kommunikationskanäle, detaillierte Zeitplanung)	20%
Erfahrung (Erfahrungen in Aufgaben der Marktverantwortung, insb. Produkteinführung, Marketing, Angebotsgestaltung; Fahrleistung)	10%
Kundendienst (Zusatzdienstleistungen zur reinen Beförderung, Kundengarantien, Fahrgastinformation über Fahrpläne, bzw. im Störungsfall, Zeitplanung)	10%
Innovationskraft	10%

In der Bewertung werden einzelne Teilkriterien innerhalb der obigen Hauptkriterien gewichtet. Die Bewertung erfolgt für jedes Teilkriterium auf einer Skala von 1 (bietet sehr schlechte Leistungen an) bis 10 (bietet sehr gute Leistungen an).

6.4 Zu prüfen ist, ob jene Anbieterin mit dem besten Angebot den Zuschlag erhielt. Auszugehen ist ausschliesslich von den oben aufge-

führten Zuschlagskriterien, welche bei der Offerteingabe bekannt waren.

6.5 Unbestrittenermassen ist der Inhalt der Offerte im Zeitpunkt der Überprüfung entscheidend. Ansonsten könnte allenfalls dem Anspruch auf Gleichbehandlung nicht genüge getan werden. Da die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte Synergien, welche sie zusammen mit der Linie „Pyjama Express“ erzielen wollte, nicht explizit ausgewiesen hat, ist aus den eingangs genannten Gründen nicht weiter darauf einzugehen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang noch darauf hinzuweisen, dass Synergie-Effekte ohnehin nur insoweit relevant sind, als sich eine Vergrösserung des Netzes direkt auf die Kosten der ausgeschriebenen Linien auswirkt. Diese Einsparungen sind dann allerdings in den entsprechend tieferen Kosten enthalten – weitere Abzüge unter dem Titel „Synergie-Effekt“ sind folglich nicht möglich (vgl. hierzu Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 66.46 E. 4.5).

6.6 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, dass die angegebenen Bewertungsvorgaben im Rahmen des Bestellverfahrens nicht eingehalten wurden. Insbesondere sei die Bewertungsmethodik nicht im Detail bekannt gewesen. Aus den in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Hauptkriterien habe sich ergeben, dass die Qualität bzw. die Leistung mit 60% und der Preis mit 40% gewichtet würden. Allerdings sei die angegebenen Gewichtung nicht eingehalten worden. Faktisch habe dies dazu geführt, dass das Kriterium des Preises eine höhere Gewichtung erhielt als die Qualität. Inkonsequenterweise sei zudem beim Kriterium Qualität nicht die maximale Punktzahl für das jeweils beste Angebot vergeben worden. Die Vorinstanz führt hierzu aus, die vorgenommene Gewichtung der Hauptkriterien, wie auch jene der Teilkriterien (welche den Anbieterinnen im Einzelnen nicht bekannt waren), seien nicht zu beanstanden. Das Gebot der Gleichbehandlung sei somit zweifellos eingehalten worden. An das Verfahren nach ADFV würden denn auch keine so strengen Anforderungen wie sie das Beschaffungsrecht kenne, gestellt (vgl. Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB, SR 172.056.1]; strenger, z.B. im Sinn einer Präzisierung der Gewichtung der einzelnen Zuschlags- bzw. Teilkriterien). Die Beschwerdegegnerin ist zudem der Auffassung, dass der Beschwerdeführerin bewusst gewesen sein müsse, dass die Vergabe aufgrund einer Gesamtbeurteilung erfolgen würde. Aufgrund der Vorgaben habe sie denn auch nicht von einer „deut-

lich höheren“ Bewertung der Qualität gegenüber dem Preis ausgehen können.

6.6.1 Den Bestellern steht bei der Wahl der verwendeten Bewertungsmethode als auch bezüglich der Detailbemessung der jeweiligen Qualitätskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. auch VPB 68.120, E. 4c.cc.). Wie unter E. 7.3 dargelegt, war in den Ausschreibungsunterlagen festgeschrieben, dass die verschiedenen Qualitätsparameter insgesamt mit 60% und der Preis mit 40% bewertet würden. Ebenfalls liess sich den Unterlagen entnehmen, die Offerten würden mittels Nutzwertanalyse beurteilt. Ausserdem wurde ausdrücklich vermerkt, dass der Auftrag an jenen Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Abgebot vergeben werde. Dies ergebe sich wiederum aus dem besten Preis-/Leistungsverhältnis (vgl. Beilage 5, S. 1).

6.6.2 Das gewählte System der sog. Nutzwertanalyse wird für derartige Vergaben empfohlen und wurde auch in früheren Verfahren bereits angewendet (vgl. Leitfaden BAV, a.a.O., S. 24; vgl. VPB 66.46). Danach erhält das billigste Angebot beim Kriterium Preis stets die volle Punktzahl (vgl. auch Beilage 6, S. 6). Bei den qualitativen Kriterien wird hingegen bewertet, inwieweit sie erfüllt sind. Folglich muss für das jeweils beste Angebot, z.B. beim Kriterium Marketing, nicht zwingend die maximale Punktzahl vergeben werden (E. 7.6.3 f.). Die Wahl der wie vorliegend gewählten Gewichtung (Preis = 40%, Qualität/Leistung = 60%) sagt deshalb nur aus, dass nicht allein der Preis, sondern auch noch andere Kriterien bei der Beurteilung eine Rolle spielen (vgl. dazu Leitfaden BAV, a.a.O., S. 21).

6.6.3 Soweit die Beschwerdeführerin die angebliche Nichteinhaltung der vorgegebenen Gewichtung darauf zurückführt, dass (ihr) hinsichtlich der Qualitätskriterien nicht immer die Maximalpunktzahl zugesprochen wurde, liegt sie falsch. Das gewählte System gibt gerade vor, dass ein Angebot die Vorgaben der Besteller vollumfänglich erfüllen muss um in einer Kategorie die maximal mögliche Punktzahl zu erhalten. Die Beurteilung solcher qualitativer Kriterien eröffnet wie erwähnt einen erheblichen Ermessenspielraum. Deshalb ist es wichtig, dass die einzelnen Kriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden (vgl. Leitfaden BAV, a.a.O., S. 24).

6.6.4 Das Bundesverwaltungsgericht kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die Besteller und die Vorinstanz sachlich nachvollziehbar begründet haben, weshalb sie sich für dieses System entschieden

hatten. Bei der Detailbemessung sind die Besteller aufgrund des ihnen eingeräumten Ermessenspielraums befugt, in dessen Rahmen einzelne Kriterien stärker zu gewichten als andere (vgl. Leitfaden BAV, a.a.O., S. 24). Um eine ungleiche Behandlung der Offerenten zu vermeiden, müssen die Kriterien bereits von vornherein bekannt sein, was vorliegend der Fall war. Im Offertvergleich wurde sodann begründet und offen gelegt, wie die einzelne Kriterien im Detail bewertet wurden (in Beilage 6: Beilage 4/ 2). Das Ermessen wurde nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt. Auch nicht, indem die Vorinstanz zum Ergebnis kam, dass trotz qualitativer Vorteile bei der Offerte der Beschwerdeführerin, der kostengünstigeren der Zuschlag zu erteilen sei, weil die öffentlichen Mittel wirtschaftlich und mit dem grösstmöglichen Nutzen einzusetzen seien. Die beiden Offerten der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin lagen äusserst dicht beieinander, wonach zwei nahezu gleichwertige Angebote vorlagen und deshalb durchaus am Schluss der Preis entscheidend sein kann. Vorwürfe, wonach sie ihr Ermessen gar missbräuchlich angewendet bzw. entgegen dem Prinzip von Treu und Glauben (Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) gehandelt haben soll, sind somit nicht zutreffend. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich deshalb in diesem Punkt als unbegründet.

6.7 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, dass den Bestellern habe klar sein müssen, dass sie mit 12 Monaten im ersten Betriebsjahr gerechnet habe, während die Beschwerdegegnerin lediglich mit deren 11 rechnete. Dieser Unterschied hätte im Rahmen des Verfahrens korrigiert werden müssen, d.h. man hätte ihr Angebot auf 11 Monate reduziert berechnen sollen. Die Vorinstanz führt hierzu aus, die Besteller hätten wohl vermutet, dass die Beschwerdeführerin fälschlicherweise im ersten Jahr mit 12 statt 11 Monaten gerechnet habe, Sicherheit hätten sie jedoch keine gehabt. Aufgrund der Zweifel und weil die beiden Offerten fast gleichwertig waren, hätten die Besteller deshalb eine sog. Sensitivitätsanalyse durchgeführt. Dabei reduzierten sie den Offertpreis entsprechend. Die Analyse habe allerdings ergeben, dass die Offerte der Beschwerdegegnerin immer noch besser abschneide (um 8 Punkte). Die Besteller hätten somit mehr gemacht, als sie verpflichtet gewesen wären. Darüberhinaus sei zu berücksichtigen, dass deshalb keine Rückfragen gestellt wurden, weil dies überaus heikel sei und allenfalls dem Gebot der Rechtsgleichheit widersprechen würde. Ausserdem hätte eine nachträgliche Korrektur die Beschwerdeführerin sogar insoweit bevorteilen können, als dass sie – im Wissen

um das Angebot der Konkurrenz – das ihrige (noch) hätte anpassen können. Die Offertbewertung sei deshalb korrekt durchgeführt worden.

Der Rüge der Beschwerdeführerin, die Besteller seien verpflichtet gewesen, eine Korrektur des Preises vorzunehmen, kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat richtigerweise festgestellt, dass Rückfragen bei Fehlern in der Offerte nur zulässig sind, sofern es sich um offensichtliche Rechnungsfehler handelt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 2. Kammer, vom 12. Oktober 2007, U 07 71, E. 1). Dies insbesondere auch aus Gründen der Gleichbehandlung der Offertsteller. Sodann waren sich die Besteller nicht ein mal sicher, ob die Beschwerdeführerin mit 12 statt 11 Monaten für das erste Betriebsjahr gerechnet hatte, dennoch führten sie eine Nutzwertanalyse durch, worin sie diesen Fehler behoben. Diese Analyse fiel zwar knapp, aber wiederum zu Gunsten der Beschwerdegegnerin aus. Ein Hinweis, dass die Vergabebehörde ihren Beurteilungsspielraum missbraucht hätte, liegt nicht vor. Die Offertbewertung ist auch im Punkt der Preisberechnung rechtmässig erfolgt.

6.8 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, die Besteller hätten ihr Konzept beim Kriterium Marketing im Vergleich zu jenem der Beschwerdegegnerin zu niedrig bewertet. Sie fordert das Bundesverwaltungsgericht deshalb auf, die beiden Eingaben in Bezug auf ihre Marketing-Konzepte zu vergleichen, da beträchtliche Unterschiede bestünden. Die Beschwerdegegnerin habe auch die Marketing-Kosten nicht separat ausgewiesen. Ausserdem erfülle sie bereits die Marketing-Vorgaben nicht. Die Vorinstanz führt dagegen aus, es sei nicht verlangt worden, die Marketing-Kosten separat auszuweisen, weshalb dies nicht weiter relevant sei. Die Beschwerdegegnerin habe sodann die Vorgaben erfüllt. Betreffend der zugewiesenen Punkte fügt sie an, dass trotz sehr guter Qualität des Konzepts der Beschwerdeführerin noch Steigerungsmöglichkeiten bestanden hätten. Die Beschwerdegegnerin erklärt, dass gerade diese Kriterien einen gewissen subjektiven Ermessensspielraum eröffneten. Sie habe die Marketing-Kosten nicht explizit ausgewiesen, weil dies nicht verlangt wurde.

Es ist richtig, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt wurde, die Marketing-Kosten separat aufzuführen (vgl. Beilage 6). Aus diesem Grund ist es richtig, nur zu überprüfen, was aufgrund der Unterlagen vorgegeben war. Was die nach Ansicht der Beschwerdeführerin beträchtlichen Unterschiede zwischen den beiden Marketing-Kon-

zepten betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht wie erwähnt bei der Ermessensüberprüfung Zurückhaltung auferlegt. Der Grund dafür liegt in der Natur der Sache, denn die Bewertung eines Marketingkonzepts ist schwer überprüfbar. Demnach würde das Bundesverwaltungsgericht den Entscheid nur aufheben, wenn das Prüfungsergebnis materiell nicht vertretbar erscheint (vgl. VPB 60.41 E. 4), was nicht zutrifft. Damit erübrigen sich auch weitere Ausführungen zum Vorwurf, die Beschwerdegegnerin habe die Marketing-Vorgaben nicht eingehalten. Insbesondere vermögen auch die eingereichten Fotos nicht das Gegenteil zu belegen, da diese lediglich die (heutige) Umsetzung des Konzepts dokumentieren und zum Zeitpunkt der Vergabe noch nicht einmal existierten. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, ihr Konzept sei zu Unrecht nicht mit der Höchstnote (also der Maximalpunktzahl) bewertet worden, obschon es ein „sehr gut“ erhielt, kann aus den bereits dargelegten Gründen ebenfalls nicht gehört werden (vgl. E. 7.6). Betreffend den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen bezüglich Innovation, Erfahrung und Kundendienst/Info, wo wiederum die Zuteilung der maximalen Punktzahl gefordert wird, kann ebenfalls auf die Ausführungen unter E. 7.6 verwiesen werden. Die Beschwerde ist somit auch in diesen Punkten unbegründet.

7.
Auch mit den weiteren Vorbringen dringt der Beschwerdeführerin nicht durch:

7.1 So macht sie geltend, dass bei der Beschwerdegegnerin infolge knapper Budgetierung ein Kostenrisiko vorlag. Bei Berücksichtigung dieses Risikos hätte ihre Offerte beim Kriterium Preis sogar besser bewertet werden müssen. Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass immer ein gewisses Kostenrisiko bestehe. Die Besteller verfügten allerdings aufgrund der Zusammenarbeit in der Vergangenheit über Erfahrungswerte, sodass ein solches Risiko abschätzbar sei. Es besteht kein Zweifel, dass die Besteller durchaus in der Lage sind, ein solches Risiko abzuschätzen.

7.2 Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, sie hätte, um die Kommunikation zwischen Einsatzfahrzeugen sicherstellen zu können, eine Einsatzzentrale zur Verfügung gehabt. Verlangt ist aber lediglich, die Kommunikation zwischen ihren Fahrzeugen und den SBB sicherzustellen. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist es tatsäch-

lich nicht relevant, mit welchen Mitteln die Kommunikation sichergestellt wird – entscheidend ist, dass sie sichergestellt wird.

7.3 Auf die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht weiter einzugehen, da nicht hervorgeht, inwiefern anwendbares Recht verletzt worden sein soll.

8.
Zusammenfassend kommt das Bundesverwaltungsgericht somit zum Schluss, dass die Beurteilung des Vergabeentscheids durch die Vorinstanz rechtmässig erfolgt ist.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerführerin als unterliegende Partei und hat die entsprechenden Verfahrenskosten, bestimmt auf Fr. 3'000.--, zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe zu verrechnen.

10.
Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Als obsiegend ist vorliegend die Beschwerdegegnerin zu betrachten. Aufzukommen für die Entschädigung hat als unterliegende Partei die Beschwerdeführerin. Der Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin hat eine Kostennote eingereicht und verlangt darin eine Parteientschädigung von Fr. 6'402.20 (inkl. Mehrwertsteuer). Dieser Betrag gibt zu keinen Beanstandungen Anlass. Demnach hat die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin eine Entschädigung von Fr. 6'402.20 zu bezahlen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.
Die Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'402.20 zu bezahlen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- den Beschwerdegegner (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 509-09 zuc; Gerichtsurkunde)
- das BAV (zur Kenntnis; B-Post)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli Yasemin Cevik

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: