Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-948/2025

Urteil vom 10. November 2026

Besetzung

Richter Marc Steiner, Richterin Eva Schneeberger,
Richterin Kathrin Dietrich, Richter Pascal Richard,
Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),
Gerichtsschreiberin Iryna Sauca.

Parteien

X._____,
[Unternehmen mit Sitz in Italien]
vertreten durch Rechtsanwalt Riccardo Schuhmacher,
Studio 1896 SA,
Via Pretorio 7, casella postale 1869, 6901 Lugano,
Beschwerdeführerin,

gegen

SBB AG Einkauf Infrastruktur,
Hilfikerstrasse 3, 3000 Bern 65,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Hans Rudolf Trüeb und/oder Isabell Schellhas,
Walder Wyss AG,
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen - Ausschluss des Angebots betreffend das Projekt "23-493-1 Gleisbaumaschinen-leistungen Stopfen_Planieren_Verdichten“, Lose 1.3 und 1.4 «Stopfen» (SIMAP-Meldungsnummer 1423723; 1431009; Projekt-ID 282269).

Sachverhalt:

A.

A.a

Am 31. Mai 2024 schrieben die Schweizerischen Bundesbahnen SBB, Infrastruktur/Einkauf, Supply Chain und Produktion (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "23-493-1 Gleisbaumaschinenleistungen Stopfen_Planieren_Verdichten" einen Bauauftrag im offenen Verfahren aus (SIMAP-Meldungsnummer 1423723, berichtigt durch Meldungsnummer 1431009; Projekt-ID 282269).

Gemäss Ziffer 1.9 dieser Ausschreibung handelt es sich um eine Auftragsvergabe im Staatsvertragsbereich betreffend eine Bauleistung in Form von Gleisbauarbeiten (CPV-Nummer 45234116). In Ziffer 4.4 der Ausschreibung hält die Vergabestelle fest, dass die Auftraggeberin den Beschaffungsauftrag nur an Anbieter vergibt, welche die in den Ausschreibungsunterlagen und der Gesetzgebung festgelegten Teilnahmebedingungen einhalten, insbesondere die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Lohngleichheit, das Umweltrecht sowie das wettbewerbskonforme und korruptionsfreie Verhalten.

Die nachgefragten Stopfarbeiten sind in fünf Lose aufgeteilt (Ziffer 2.4 der Ausschreibung). Das seinerseits wiederum unterteilte Los 1 und die Laufzeit des Vertrags werden wie folgt beschrieben:

> "**Los-Nr**: 1
> […]
> **Kurze Beschreibung:** Stopfen Universal R < 150m, Einzelfehlerbehebung
> **Umfang bzw. Menge:** 100 - 120 Schichten jährlich
> **Laufzeit des Vertrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems:** Beginn: 01.01.2026, Ende: 31.12.2029. Dieser Auftrag kann verlängert werden: Ja, 3 x 2 Jahre. Mögliche Gesamtvertragslaufzeit 10 Jahre".

A.b

Die X._____ mit Sitz in [Italien] (im Folgenden: Beschwerdeführerin) reichte am 27. September 2024 jeweils ein Angebot für das Los 1.3 und das Los 1.4 ein.

A.c
Nach der Einreichung der Angebote schloss die Vergabestelle mit Verfügung vom 17. Januar 2025 die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h, Art. 44 Abs. 2 Bst. b, Art. 44 Abs. 2 Bst. d sowie Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB von diesem Vergabeverfahren aus.

A.d
Die Vergabestelle begründete diesen Ausschluss damit, dass gegen die Beschwerdeführerin hängige Strafverfahren im In- und Ausland, namentlich zu Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit der Vergabe von Aufträgen in Italien und Verwicklungen der Beschwerdeführerin in organisierte Kriminalität, vorliegen würden, die derart schwer wögen, dass der Vergabestelle bis zum Vorliegen entlastender Beweise kein erneuter Vertragsschluss mit der Beschwerdeführerin zugemutet werden könne.

B.
Mit Eingabe vom 12. Februar 2025 erhob die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht in italienischer Sprache Beschwerde gegen die Ausschlussverfügung der Vergabestelle vom 17. Januar 2025. Dabei stellte die Beschwerdeführerin den prozessualen Antrag, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Ausschlussgründe der Vergabestelle, namentlich die behauptete Verletzung von Vorschriften über den Arbeitnehmerschutz und die Arbeitssicherheit, die behaupteten Wettbewerbsabreden im Beschaffungswesen in Italien und die Verwicklung der Beschwerdeführerin in die organisierte Kriminalität, als – soweit relevant – nicht stichhaltig und rügt insbesondere auch die Unverhältnismässigkeit der angefochtenen Verfügung.

C.
Das Bundesverwaltungsgericht ordnete mit Zwischenverfügung vom 14. Februar 2025 superprovisorisch an, bis zu seinem Entscheid über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum Urteil hätten alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Zuschlag, zu unterbleiben. Dabei wurde der Vergabestelle – mit dem Risiko, die Beschwerdeführerin später in die Offertbewertung miteinbeziehen zu müssen – gestattet, mit der Evaluation fortzufahren.

D.
Mit Stellungnahme vom 27. Februar 2025 äusserte sich die Vergabestelle dahingehend, dass sie den Entscheid über die aufschiebende Wirkung dem Gericht überlässt und sich ein eventuelles Gesuch um Erteilung einer Vorabbezugsbewilligung zur Deckung besonders dringenden Bedarfs vorbehält. Sie reichte ausserdem die Vorakten ein und stellte ein Editionsbegehren namentlich mit dem Antrag, die Beschwerdeführerin möge die Beschwerdebeilagen, insbesondere den Entscheid der Mailänder Ermittlungsrichterin vom 27. Januar 2022 betreffend vorsorgliche Massnahmen und das Urteil des Berufungsgerichts Mailand vom 20. Juni 2024, vollständig nachreichen.

E.
Mit Verfügung vom 4. März 2025 wurden der Beschwerdeführerin die für sie von der Vergabestelle vorbereiteten Verfahrensakten zugestellt und dem Editionsbegehren der Vergabestelle stattgegeben. Die Beschwerdeführerin leistete diesem am 14. März 2025 Folge mit dem Hinweis, sie habe der Vorinstanz immer angeboten, die vollständigen Urteile zu liefern, was die Vergabestelle offensichtlich bis heute nicht als notwendig erachtet habe.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2025 hat das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen. Dies mit der Begründung, die Vergabestelle habe sich im Ergebnis der Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht widersetzt. Demnach wurde dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung ohne Prüfung der Prozessprognose einzelrichterlich entsprochen.

G.

G.a
Am 21. März 2025 stellte die Beschwerdeführerin ihre Akteneinsichtsbegehren und verlangte insbesondere ein Dossier, welches die [meint: von der Beschwerdeführerin] für die SBB ausgeführten Arbeiten im Zeitraum 2016 – 2025 betrifft, sowie jegliche Information und jegliches Dokument, das zwischen SBB und der Gewerkschaft Unia oder den jeweiligen Angestellten im Zeitraum zwischen 2019 und 2025 bezüglich der Beschwerdeführerin geflossen ist.

G.b
Mit Verfügung vom 3. April 2025 verlangte das Gericht — wie mit Verfügung vom 24. März 2025 angedeutet – von der Vergabestelle die Einreichung des Offertöffnungsprotokolls, welches die Vergabestelle am 17. April 2025 einreichte.

G.c
Mit Zwischenverfügung vom 11. April 2025 hat das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 21. März 2025 in die gesamten Verfahrensakten — soweit die Akten nicht bereits von der Vergabestelle eingereicht worden waren – zumindest einstweilen abgewiesen. Dem Antrag auf Aktenbeizug bzw. Einsicht in ein Dossier, welches die für die SBB ausgeführten Arbeiten im Zeitraum von 2016 bis 2025 dokumentiere, wurde teilweise dahingehend entsprochen, dass die Vergabestelle bis zum 17. April 2025 eine Liste mit den von der Beschwerdeführerin erbrachten Leistungen jeweils unter Angabe von Projekt, Ausführungszeitraum und Volumen einzureichen hatte. Im Übrigen wurde das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 17. März 2025 abgewiesen, soweit diesem nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden war. Mit derselben Zwischenverfügung vom 11. April 2025 wurde von Amtes wegen die im Sachverhalt der angefochtenen Verfügung erwähnte, vom vorliegenden Beschaffungsverfahren unabhängige Korrespondenz zwischen Vergabestelle und Beschwerdeführerin betreffend eine eigentliche Auftragssperre ebenfalls mit Frist bis zum 17. April 2025 von der Vergabestelle einverlangt.

H.

H.a
Die Vergabestelle begehrte mit ihrer Beschwerdeantwort im Hauptverfahren vom 17. April 2025, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Vergabestelle habe die Beschwerdeführerin zu Recht vom streitigen Vergabeverfahren ausgeschlossen, da hinreichende Anhaltspunkte bestünden für unzulässige Wettbewerbsabreden, die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen und den Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln. Sie stellte ausserdem den prozessualen Antrag, ihr sei zu erlauben, für den Zeitraum vom 1. Januar 2026 bis 31. Dezember 2026, für den Fall, dass der Zuschlag bis 1. Mai 2025, eventualiter 1. Juli 2025, nicht in Rechtskraft erwachsen sei, die unter den Losen 1.3 und 1.4 ausgeschriebenen Stopfleistungen in Höhe von 30 Millionen Franken vorab zu beziehen. Das Gesuch

um teilweisen Vorabbezug begründet die Vergabestelle im Wesentlichen mit der Gewährleistung der Sicherheit im Schweizer Zugverkehr.

H.b
Mit Eingabe vom 30. April 2025 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zum prozessualen Antrag der Vergabestelle um einen teilweisen Vorabbezug vom 17. April 2025 ein. Die Beschwerdeführerin beantragte im Wesentlichen die Abweisung des Gesuchs um Vorabbezug und verlangte eventualiter, dass nur eine Tranche für das erste Halbjahr 2026 freigegeben werde.

H.c
Am 7. Mai 2025 reichte die Vergabestelle eine Stellungnahme zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 30. April 2025 ein, in der sie sich namentlich zur Bestimmung der Auftragnehmerinnen für die Leistungen äusserte, die Gegenstand des Vorabbezugs bilden sollen. Sie konkretisierte ihre Angaben dahingehend, dass sie beabsichtige, ihren Bedarf für den Vorabbezug im Jahr 2026 von allen nicht ausgeschlossenen bzw. nicht auszuschliessenden Anbieterinnen zu decken, da sie vor allem – im Vergleich zu früheren Ausschreibungen von Stopfleistungen – dieses Mal grössere Stopfmaschinen zum Stopfen einsetzen wolle, die leistungsfähiger seien und sowieso nicht in ausreichender Anzahl bei einer einzigen Anbieterin vorhanden seien.

H.d
Mit Verfügung vom 8. Mai 2025 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass damit aus Sicht des Gerichts in Bezug auf die Frage, an wen die Leistungen vergeben werden sollen (vgl. Ziffer 2.1 der Verfügung vom 1. Mai 2025), der relevante Sachverhalt erstellt ist.

H.e
Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs wurden der Beschwerdeführerin die Informationen aus dem vertraulichen Offertöffnungsprotokoll zur Kalkulation der Höhe des zu bewilligenden Vorabbezugs mit Verfügung vom 16. Mai 2025 offengelegt, worauf die Beschwerdeführerin am 19. Mai 2025 eine abschliessende Stellungnahme zum Antrag auf Bewilligung eines Vorabbezugs abgab.

H.f
Mit Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 wurde der Vergabestelle sodann erlaubt, für den Zeitraum vom 1. Januar 2026 bis 30. Juni 2026, die unter

den Losen 1.3 und 1.4 ausgeschriebenen Stopfleistungen in Höhe von 15 Millionen Franken (exkl. MWST) von den nicht ausgeschlossenen bzw. nicht auszuschliessenden Anbieterinnen zu beziehen. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, wonach ihr Angebot im Rahmen dieses Vorabbezugs berücksichtigt werden soll, wurde abgewiesen.

I.
Am 2. Juni 2025 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik ein. Sie hält an ihren Beschwerdeanträgen fest und verwehrt sich namentlich gegen den Vorwurf, sie habe sich nicht kollaborativ gezeigt, keine Auskünfte erteilt und der Vergabestelle Informationen verschwiegen. In Bezug auf das Beschwerdeverfahren wirft die Beschwerdeführerin der Vergabestelle vor, sie habe neu den Schwerpunkt auf zwei Tatsachenkomplexe gelegt, auf die sie zuvor nur allenfalls minimal Bezug genommen habe. Materiell führt die Beschwerdeführerin insbesondere aus, sie habe weder in der Schweiz noch in Dänemark gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstossen. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin am 1. April 2025 die Eintragung in das Antimafia-Register erreicht; das entsprechende Zertifikat werde nun vorgelegt.

J.
Mit Verfügung vom 4. Juni 2025 wurde die Replik der Beschwerdeführerin vom 2. Juni 2025 inkl. Beilagen der Vergabestelle zugestellt und dieser eine Frist zur Duplik angesetzt. Ausserdem wurde erwägungsweise darauf hingewiesen, dass es sachgerecht erscheine, allfällige Editionsbegehren im Sinne einer möglichst straffen Prozessführung vor Ablauf dieser Frist zu stellen, damit nicht ein weiterer Schriftenwechsel erforderlich werde. Zudem wurde die Vergabestelle ersucht, bis zum 16. Juni 2025 eine Stellungnahme betreffend die vom Gericht ins Auge gefasste Fortführungsbewilligung des Vergabeverfahrens bis zum Zuschlagsentscheid einzureichen.

K.
Mit Verfügung vom 13. Juni 2025 traf das Gericht einerseits die nötigen Anordnungen in Bezug auf die Anonymisierung der Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 betreffend Vorabbezugsbewilligung. Mit Blick auf die mit Verfügung vom 4. Juni 2025 ins Auge gefasste Anordnung des Gerichts, die Vergabestelle das Vergabeverfahren bis zum Zuschlagsentscheid weiterführen zu lassen, wurde namentlich ausgeführt, seitens der Vergabestelle seien im Rahmen des Antrags auf Vorabbezugsbewilligung neue Argumente zur Dringlichkeit vorgetragen worden. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin im Rahmen des Schriftenwechsels zur

Vorabbezugsbewilligung selbst geltend gemacht, dass eine solche Bewilligung nicht erteilt werden soll, ohne dass zuvor eine Bewertung der Angebote und eine Zuschlagsentscheidung durch die Vergabestelle erfolgt ist (vgl. Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 E. 4.3 und 4.5 f.).

L.

Mit Eingabe vom 18. Juni 2025 reichte die Vergabestelle ein Editionsbegehren mit Blick auf ihre Duplik ein, insbesondere betreffend die in der Replik erwähnten, aber nicht eingereichten Vergleichsvereinbarungen mit der dänischen Gewerkschaft über die Zahlung von [ca. 400’000 Euro] bzw. [ca 1.5 Millionen Euro] und mit der schweizerischen Gewerkschaft Unia betreffend die Baustelle am Monte Ceneri.

M.

M.a

Mit Eingabe vom 25. Juni 2025 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme mit dreifachem Gegenstand ein. Zum Ersten betreffend die vom Gericht ins Auge gefasste Fortführungsbewilligung des Vergabeverfahrens bis zum Zuschlagsentscheid, zum Zweiten betreffend das Editionsbegehren der Vergabestelle und zum Dritten betreffend die Einholung eines der Beschwerdeführerin ausgestellten italienischen Anti-Mafia-Zertifikats und allfälliger damit in Verbindung stehender Korrespondenz mit der zuständigen italienischen Behörde. Betreffend Letzteres gehe die Beschwerdeführerin davon aus, es handle sich bei der Beilage OO zu ihrer Eingabe vom 2. Juni 2025 um das endgültige Anti-Mafia-Zertifikat, welches auch die einzige Korrespondenz mit der zuständigen italienischen Behörde darstelle. Zudem verlangt die Beschwerdeführerin die Abweisung aller Editionsbegehren der Vergabestelle, begründend mit Irrelevanz, dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz und dem Grundsatz von Treu und Glauben. Ausserdem sprach sich die Beschwerdeführerin gegen die vom Gericht ins Auge gefasste Bewilligung der Fortführung des Vergabeverfahrens bis zum Zuschlagsentscheid aus und führte begründend an, dass einerseits die Dringlichkeit als Voraussetzung nicht erfüllt sei und andererseits der Widerruf der bisher erteilten aufschiebenden Wirkung der Beschwerdeführerin einen nicht wiedergutzumachenden Schaden zufügen würde.

M.b

Die Vergabestelle reichte ebenfalls mit Eingabe vom 25. Juni 2025 eine Stellungnahme zu der mit Verfügung vom 4. Juni 2025 vom Gericht ins Auge gefassten Bewilligung der Fortführung des Vergabeverfahrens bis

zum Zuschlagsentscheid ein. Sie führte darin aus, dass aus ihrer Sicht kein Anlass bestehe, auf die bereits angeordneten vorsorglichen Massnahmen zurückzukommen.

M.c
Mit Verfügung vom 26. Juni 2025 stellte das Bundesverwaltungsgericht nach den Ausführungen der Vergabestelle fest, dass es unabhängig von der Argumentation der Beschwerdeführerin von der ins Auge gefassten Anpassung des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung bzw. betreffend vorsorgliche Massnahmen absieht. Zudem zog das Gericht in Bezug auf das nicht streitige Los 1.2 desselben Beschaffungsprojektes (vgl. Simap-Publikation vom 7. Mai 2025 mit der Meldungsnummer #14242-01) Erkundigungen ein zur Frage, inwiefern dieser Zuschlagsentscheid das Vergabevolumen in den strittigen Unterlosen 1.3 und 1.4 von Los 1 beeinflusst.

N.
Mit Verfügung vom 3. Juli 2025 wurde das Editionsbegehren der Vergabestelle vom 18. Juni 2025 im Hauptverfahren, insbesondere in Bezug auf die Vergleichsvereinbarungen betreffend die Arbeitsbedingungen bzw. Sozialleistungen im Rahmen der Baustelle Monte Ceneri und in Dänemark, teilweise gutgeheissen.

O.
Mit Verfügung vom 8. Juli 2025 wurde die teilweise geschwärzte Version der Eingabe der Vergabestelle vom 7. Juli 2025 betreffend den Zuschlagsentscheid für Los 1.2 der Beschwerdeführerin ohne weitere Anordnungen zur Kenntnis zugestellt.

P.
Die Beschwerdeführerin erstattete am 11. Juli 2025 vorab in elektronischer Form ihre Stellungnahme – einstweilen ohne Beilagen – betreffend die mit Verfügung vom 3. Juli 2025 teilweise gutgeheissenen Editionsbegehren der Vergabestelle (Posteingang der Beilagen: 15. Juli 2025).

Q.

Q.a
Am 15. Juli 2025 reichte die Vergabestelle ihre Duplik ein. Sie hält an den bereits gestellten Anträgen fest und weist insbesondere darauf hin, dass A._____ (ebenso wie sein Bruder B._____) nach den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin in ein Strafverfahren verwickelt sei.

Gleichwohl sei er als Schlüsselperson (COO) nach wie vor mit der operativen Führung der Geschäfte der Beschwerdeführerin betraut. (Unter den Parteien unbestritten ist ausserdem, dass A._____ zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung für die Filiale Bellinzona zeichnungsberechtigt gewesen ist.) Auch sonst seien die Selbstreinigungsmassnahmen der Beschwerdeführerin ungenügend. Die Vergabestelle habe auch die Rechtsgrundlagen für den Ausschluss nicht verändert und vor Ergehen der Ausschlussverfügung mehrmals und nachdrücklich ausreichende Informationen eingefordert. Schliesslich sei es der Beschwerdeführerin anzulasten, wenn das Anti-Mafia-Zertifikat erst mit der Replik vorgelegt werde.

Q.b
Mit Einreichen der Duplik stellte die Vergabestelle den prozessualen Antrag, ihr sei «mit Zustellung der von der Beschwerdeführerin gemäss Verfügung vom 3. Juli 2025 zu edierenden Dokumente» eine angemessene Frist von nicht weniger als vierzehn Tagen anzusetzen, um ihre Duplik unter Berücksichtigung der offengelegten Dokumente und der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2025 zu ergänzen. Diesem Antrag wurde mit Verfügung vom 16. Juli 2025 entsprochen.

Q.c
Die von der Vergabestelle am 4. August 2025 eingereichte Ergänzung der Duplik enthält insbesondere die Feststellung, dass das Sanktionsregime des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen Makulatur wäre, wenn Anbieterinnen mit dieser Geschichte und diesem uneinsichtigen Verhalten nach wie vor millionenschwere Aufträge für die öffentliche Hand erhalten dürften.

R.
Mit Eingabe vom 29. August 2025 reichte die Beschwerdeführerin eine abschliessende Stellungnahme und neue Beilagen ein, insbesondere als Doc. AAA das “Modello di organizzazione, gestione e controllo [Modello 231], parte generale und parte speciale”. Sie verwahrt sich insbesondere gegen den Vorwurf, sie habe die Vergabestelle durch selektive Information täuschen wollen. Ausserdem seien die getroffenen Self-Cleaning-Massnahmen zu ihren Gunsten zu berücksichtigen. In Bezug auf die Ereignisse an der Baustelle Monte Ceneri und in Dänemark sei festzuhalten, dass seit beiden Vorfällen lange Zeit verstrichen und es in beiden Fällen nicht zu einer Verurteilung gekommen sei. Verfahrensmässig beantragt sie sinngemäss ein Gutachten zum italienischen Recht sowie die Befragung von

Zeugen in Bezug auf Sitzungen mit der Vergabestelle und die Self-Cleaning-Massnahmen bzw. die aktuelle Organisationsstruktur.

S.
Mit Verfügung vom 1. September 2025 erhielt die Vergabestelle die Möglichkeit zu den neu von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Beweismitteln Doc. ZZ und Doc. AAA wie auch zu den Beweisanträgen betreffend die Sitzungen mit der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung Stellung zu nehmen. Soweit die Vergabestelle die Auffassung vertreten sollte, dass ihr eine weitergehende Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist, wären entsprechende Anträge umgehend zu stellen gewesen.

T.

T.a
Am 10. September 2025 reichte die Vergabestelle eine Stellungnahme beschränkt auf die neu von der Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 29. August 2025 vorgebrachten Beweismittel Doc. ZZ und Doc. AAA wie auch zu den Beweisanträgen betreffend die Sitzungen mit der Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung ein. Sie führt insbesondere aus, dass sich ein aufwendiges Beweisverfahren als nicht zielführend erweise.

T.b
Mit Verfügung vom 11. September 2025 wurde die Eingabe der Vergabestelle der Beschwerdeführerin zugestellt mit dem Hinweis, dass das Gericht – ohne umgehend zu stellende anders lautende Anträge auf Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme – davon ausgehe, dass der Schriftenwechsel geschlossen werden könne.

T.c
Mit elektronischer Eingabe vom 12. September 2025 verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine weitere Stellungnahme. Dementsprechend wurde der Schriftenwechsel mit Verfügung vom gleichen Tage – vorbehaltlich weiterer Anordnungen zur Abnahme von Beweisen – geschlossen.

U.

U.a
Aufgrund einer entsprechenden Anfrage des Gerichts reichte die Beschaffungskonferenz des Bundes (BKB) am 17. Dezember 2025 eine Kopie des in ihrem öffentlich zugänglichen Zwischenbericht vom 19. November 2025

zum «Stand der Umsetzung der Beschaffungsstrategie der Bundesverwaltung 2026-2030» zitierten Rechtsgutachtens mit dem Titel «Vergaberechtliche Sanktionen: Voraussetzungen, Effektivität und Revisionsbedarf» von Prof. Hans Rudolf Trüeb und Lena Götzinger ein.

U.b
Mit Eingabe vom 9. Januar 2026 verzichtete die Beschwerdeführerin in Bezug auf das Gutachten auf die Ansetzung einer Frist und reichte zwei Auszeichnungen ein, die sie neuerdings erhalten hat. Die Vergabestelle hat auf eine Stellungnahme dazu verzichtet.

V.
Die Honorarnote der Beschwerdeführerin vom 2. Februar 2026 wurde der Vergabestelle mit Verfügung vom 4. Februar 2026 zugestellt. Die Vergabestelle machte von der Gelegenheit zur Stellungnahme keinen Gebrauch.

W.
Auf Nachfrage des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin zum Verfahrensstand teilte der Instruktionsrichter mit Schreiben vom 6. März 2026 mit, dass geplant sei, den Urteilsentwurf im Monat April 2026 in Zirkulation zu setzen.

X.

X.a
Mit Eingabe vom 17. März 2026 formulierte die Vergabestelle ein zweites Gesuch um Vorabbezug. Sie stellte den prozessualen Antrag, es sei ihr in Wiedererwägung der Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 zu erlauben, für den Zeitraum vom 1. Juli 2026 bis 31. Dezember 2026 die unter den Losen 1.3 und 1.4 ausgeschriebenen Stopfleistungen in Höhe von zusätzlichen 15 Millionen Franken von den nicht ausgeschlossenen bzw. nicht auszuschliessenden Anbieterinnen zu beziehen für den Fall, dass der Zuschlag bis am 1. Mai 2026 nicht in Rechtskraft erwächst.

X.b
Mit Eingabe vom 31. März 2026 reichte die Beschwerdeführerin eine Stellungnahme zum prozessualen Antrag der Vergabestelle um einen zweiten Vorabbezug vom 17. März 2026 ein. Sie beantragte die vollständige Abweisung des Gesuchs, eventualiter die teilweise Berücksichtigung ihrer Maschinen.

X.c
Mit Verfügung vom 1. April 2026 wurde der Schriftenwechsel im Zwischenverfahren betreffend das zweite Gesuch um Vorabbezug – vorbehaltlich umgehend zu stellender anders lautender Anträge der Vergabestelle – geschlossen. Die Vergabestelle verzichtete in der Folge auf entsprechende Anträge.

X.d
Mit Zwischenverfügung vom 22. April 2026 wurde der Vergabestelle sodann in vollumfänglicher Gutheissung des zweiten Gesuchs um Vorabbezug erlaubt, für den Zeitraum vom 1. Juli 2026 bis 31. Dezember 2026, die unter den Losen 1.3 und 1.4 ausgeschriebenen Stopfleistungen in Höhe von 15 Millionen Franken (exkl. MWST) von den nicht ausgeschlossenen bzw. nicht auszuschliessenden Anbieterinnen zu beziehen. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, wonach ihr Maschinenpark im Rahmen dieses Vorabbezugs berücksichtigt werden soll, wurde abgewiesen.

Y.
Auf die entscheidwesentlichen Ausführungen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteile des BVGer B-1112/2022 vom 27. September 2022 E. 2.1 "Steuerung Verkehrsmanagement der Nationalstrassen" und B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4 E. 1.1 "Publicom").

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen den Ausschluss eines Anbieters, sofern die betreffende Vergabe in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB, SR 172.056.1) fällt und der für den Rechtsschutz einschlägige Schwellenwert erreicht wird (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Anhang 4; Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB).

1.3 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 55 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 56 Abs. 3 BöB kann die Angemessenheit einer Verfügung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden (vgl. demgegenüber zu Art. 53 Abs. 3 BöB betreffend Sanktionen E. 4.1.1 und E. 4.5.4.2 hiernach).

2.

Nach Art. 1 BöB findet das Gesetz auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung. Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 Abs. 1 BöB) und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist. Innerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes definiert Art. 52 BöB die Voraussetzungen für den Rechtsschutz. Dabei werden der Rechtsschutz innerhalb des Staatsvertragsbereichs (Art. 8 Abs. 4 i.V.m. Art. 54 Abs. 2 BöB) und derjenige ausserhalb des Staatsvertragsbereichs unterschieden (Art. 8 Abs. 5 i.V.m. Art. 52 Abs. 2).

2.1 Mit Inkrafttreten des bilateralen Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen

Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) auf den 1. Juni 2002 sind die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bereitstellen oder Betreiben von Eisenbahnen einschliesslich des darauf durchgeführten Verkehrs) sind die Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) daher als öffentliche Auftraggeberin dem BöB unterstellt (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB). Ausgenommen sind die Tätigkeiten, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bahnbetrieb zu tun haben (Art. 4 Abs. 3 BöB). Der von der Vergabestelle ausgeschriebene Auftrag von Gleisbauarbeiten weist – insofern vergleichbar mit Weichenschleifmaschinenleistungen – einen unmittelbaren funktionalen Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb auf (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.3 "Weichenschleifmaschinen"), da es sich um Arbeiten am schweizerischen Eisenbahnnetz handelt. Entsprechend fällt die Beschaffung der Vergabestelle, in deren Kontext die vorliegend angefochtene Ausschlussverfügung erging, unter diesem Gesichtspunkt in den Anwendungsbereich des BöB (Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB i.V.m. Art. 4 Abs. 3 BöB).

2.2 Im Folgenden ist des Weiteren zu prüfen, ob die ausgeschriebenen Leistungen sachlich dem Staatsvertragsbereich unterstehen, was in Bezug auf Bauleistungen gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB nur dann zutrifft, wenn diese vom Anhang 1 Ziffer 1 zum BöB erfasst werden und die Schwellenwerte nach Anhang 4 Ziffer 1 zum BöB erreicht werden (Zwischenentscheid des BVGer B-2117/2024 vom 19. Dezember 2024 E. 1.8 "Hubarbeitsbühnen").

2.2.1

2.2.1.1 Gemäss den Ziffern 1.8 und 2.5 der Ausschreibung ist vorliegend ein Bauauftrag mit der CPV Klassifikation 45234116 – Gleisbauarbeiten – ausgeschrieben. Als Gegenstand des Auftrags werden in Ziffer 2.6 der Ausschreibung das Stopfen, Verdichten sowie Planieren in Gleisen und Weichen genannt. In der Beschwerdeantwort (Rn. 9) spricht die Vergabestelle davon, dass mit dem Auftrag Stopf-, Verdichtungs-, Planier- und Stabilisierungsleistungen vergeben werden sollen. Insgesamt ist die Ausschreibung der Gleisbauleistungen auf fünf Lose aufgeteilt, wobei mit Los 1 bis 4 unterschiedliche Stopfleistungen ausgeschrieben werden und mit Los 5 Planierungs-, Verdichtungs- und Schottermanagementleistungen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.4).

2.2.1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat in Bezug auf Leistungen im Bereich der Schienenbearbeitung festgehalten, dass die Vergabestelle von Gleisbauarbeiten spricht (Zwischenentscheid des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.3 "Weichenschleifmaschinen"), was auch im vorliegenden Fall der Zuordnung zum CPV-Code 45234116 durch die Vergabestelle entspricht. Für die Klassifizierung ist im vorliegenden Zusammenhang die Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov) massgebend (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 1.6 "Publicom"; MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, in: Cottier/Oesch [Hrsg.], Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Basel 2020, Rz. 68 mit Fn. 201). Der in Frage stehende öffentliche Auftrag fällt wohl unter die CPC-Gruppe 513 und ist demnach in Übereinstimmung mit der Vergabestelle eher als Bauleistung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a BöB und damit wohl nicht als Dienstleistung zu qualifizieren. Somit fällt der öffentliche Auftrag sachlich wohl gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 1 zum BöB in den Staatsvertragsbereich. Bauleistungen sind dem GPA umfassend unterstellt (HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch: Wettbewerbsrecht II, 2. Auflage, Zürich N 20 zu Art. 8 BöB; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 937). Dabei ist davon auszugehen, dass sich der Anhang VII zum Bilateralen Abkommen Schweiz-EG insoweit grundsätzlich am Anwendungsbereich des GPA orientiert.

2.2.1.3 Ein Dienstleistungsauftrag fällt gemäss Art. 8 Abs. 4 in den Staatsvertragsbereich, soweit er von Anhang 3 zu Art. 8 Abs. 4 BöB erfasst wird (vgl. zum Ganzen Anhang VI zum Bilateralen Abkommen Schweiz-EG). Das Bundesverwaltungsgericht hat betreffend die Schienenbearbeitung prima facie festgestellt, dass in Bezug auf diese im Bereich der Dienstleistungskategorien gemäss der CPCProv in der Gruppe 886 Leistungen wie "maintenance" oder "repair services" (im Unterschied etwa zu Maschinen) nicht explizit genannt sind (Zwischenentscheid des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.4 "Weichenschleifmaschinen"). Aus systematischen Gründen müssen aber auch Wartungsdienstleistungen im Bereich Schienenunterhaltsleistungen der CVP-Gruppe 886 zugeordnet werden. Dementsprechend wird für das europäische Klassifizierungsrecht festgehalten, dass der insofern einschlägige CPV-Code 50225000-8 (Wartung von Gleisen) unter die CPC-Kategorie 88680 fällt (vgl. Anhang II zur Verordnung Nr. 213/2008 der Kommission vom 28. November 2007 über das Gemeinsame Vokabular für Öffentliche Aufträge [CPV], ABl. L 74

vom 15. März 2008, S. 1 ff., insb. S. 69). Diese Kategorie ist wiederum in der Ziffer 1 des Anhangs 3 zum BöB mit der Bezeichnung "Instandhaltung und Reparatur" enthalten (vgl. zum Prüfprogramm in Bezug auf Dienstleistungen etwa das Urteil B-2229/2025 vom 16. Oktober 2025 E. 2.3 "Fingerabdruck-Identifikationssystem"). Damit würde auch die Qualifikation des zu beurteilenden Auftrags als Dienstleistung dazu führen, dass dieser gemäss der Positivliste nach Anhang 3 zum BöB in den Staatsvertragsbereich fällt. Demnach würde es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 i.V.m. Ziff. 1 des Anhangs 3 zum BöB handeln.

2.2.1.4 Zusammenfassend ergibt sich unter der Voraussetzung, dass die einschlägigen Schwellenwerte erreicht werden, dass die vorliegend in Frage stehenden Leistungen unabhängig von der Frage, ob sie als Bauleistungen oder Dienstleistungen zu qualifizieren sind, in den Staatsvertragsbereich fallen (vgl. dazu den Zwischenentscheid des BVGer B-4959/2021 vom 18. Mai 2022 E. 2.4 in fine "Weichenschleifmaschinen"). Damit kann die Frage nach der Qualifikation – trotz guter Gründe für die Zuordnung zu den Bauleistungen – letztlich offen bleiben (vgl. mutatis mutandis den Zwischenentscheid B-5488/2021 vom 29. Juli 2022 E. 4.4 in fine "Tunnelfunkanlagen I").

2.2.2

2.2.2.1 Der Primärrechtsschutz des BöB gelangt ferner nur dann zur Anwendung, wenn die ausgeschriebene Beschaffung nicht nur sachlich in den Staatsvertragsbereich fällt, sondern auch der einschlägige Schwellenwert gemäss Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziffer 1 zum BöB erreicht wird.

2.2.2.2 Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Auftraggeberin nach Art. 4 Abs. 2 Bst. f BöB, die Eisenbahnen bereitstellt oder betreibt, und damit auch um eine dem Bilateralen Abkommen Schweiz-EG unterstellte Auftraggeberin (vgl. E. 2.1 hiervor). Der im Vergleich zu Dienstleistungen höhere Schwellenwert für Beschaffungen von Bauleistungen einer solchen Auftraggeberin im Staatsvertragsbereich beträgt Fr. 8'000'000.– für den Gesamtwert des Bauwerks.

2.2.2.3 Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibung auf fünf Lose aufgeteilt, wobei mit Los 1 bis 4 unterschiedliche Stopfleistungen ausgeschrieben werden und mit Los 5 Planierungs-, Verdichtungs-, und Schottermanagementleistungen (vgl. Ausschreibung, Ziffer 2.4). Dabei sieht die Vergabestelle einen Mehrfachzuschlag für die beiden strittigen Lose 1.3 und 1.4

vor (Stellungnahme der Vergabestelle vom 7. Mai 2025, Rz. 20). Die Laufzeit der möglichen Verträge für die fünf Lose wurde mit Beginn auf 1. Januar 2026 und mit Ende auf 31. Dezember 2029 gesetzt (vgl. Ausschreibungs-Ziffer 2.4). Jedoch sind in das Beschaffungsvolumen des Auftrags auch die Optionen auf Folgeleistung einzurechnen (Art. 15 Abs. 4 BöB). Im vorliegenden Fall sind daher die Optionen, wonach der Vertrag dreimal für zwei Jahre verlängert werden kann, zu berücksichtigen (vgl. Ausschreibungs-Ziffer 2.4), woraus sich eine mögliche Gesamtlaufzeit von insgesamt 10 Jahren für jedes Los ergibt.

2.2.2.4 Im Rahmen des Schriftenwechsels zum mit Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 teilweise bewilligten ersten Vorabbezug im Umfang von Fr. 15'000'000.– legte die Vergabestelle offen, dass sich aus dem Offertöffnungsprotokoll ergebe, dass in Los 1.3 auf die potenziellen Zuschlagsempfängerinnen für das Jahr 2026 eine Zuschlagssumme von […] Millionen Franken und in Los 1.4 eine Zuschlagssumme von […] Millionen Franken entfällt. Daraus ergebe sich nur schon für das Jahr 2026 ein Gesamtbetrag in Höhe von 30 Millionen Franken, der als maximal möglicher Umfang des Vorabbezugs für die Lose 1.3 und 1.4 betrachtet werden könne (vgl. Zwischenverfügung vom 2. Juni 2025 E. 6.3). Damit ist der für Bauleistungen geltende Schwellenwert deutlich überschritten und die Vergabe fällt auch insoweit in den Staatsvertragsbereich.

2.3 Im Übrigen liegt auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vor.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung sowohl in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen als auch in den Staatsvertragsbereich fällt. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig und der Primärrechtsschutz ist gegeben (Art. 54 Abs. 2 BöB).

3.

3.1 Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 55 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 141 II 14 E. 2.3 "Monte Ceneri", BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"; Urteile des BVGer B-1606/2020 vom 11. Februar 2022 E. 4.2.1 "Mediamonitoring ETH-Bereich II" und B-5601/2018 vom 24. April 2019 E. 4.4 "Betankungsanlagen"). Danach ist zur Beschwerde

berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen 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).

3.2 Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat jeweils ein Angebot für Los 1.3 und Los 1.4 eingereicht und am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen. Als Adressatin der Ausschlussverfügung ist sie offensichtlich berührt, weil ihr dadurch die Möglichkeit entzogen wird, den Zuschlag zu erhalten.

3.3 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. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri"). Die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihr gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri"; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-4199/2021 vom 9. November 2021 E. 5.1.2 "Elementwandsysteme ETH").

3.3.1 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, sie habe zwei wettbewerbsfähige Angebote jeweils für Los 1.3 und Los 1.4 eingereicht, welche insbesondere durch die bisherigen Referenzen für diese Leistung bei der öffentlichen Auftraggeberin selbst, durch ihren auf dem Markt raren Maschinenpark und durch ihren Preis überzeugen. Die Beschwerdeführerin sei eine der wenigen Anbieterinnen auf dem schweizerischen Markt, die über die in den Losen ausgeschriebenen Stopfmaschinen verfüge, die zudem genau den Anforderungen der SBB entsprächen. Da ihr Angebot in den letzten zehn Jahren den Zuschlag für das gegenständliche Los

erhalten habe, dürften die Chancen auf einen Zuschlag auch in diesem Vergabeverfahren gut stehen (vgl. Beschwerde, Rz. 9; zum Preis vgl. Replik vom 30. April 2025, Rz. 4.2).

3.3.2 Die Vergabestelle bestreitet im vorliegenden Fall die Legitimation der Beschwerdeführerin nicht. Vielmehr legt sie in ihrer Stellungnahme vom 7. Mai 2025 (Rz. 20) dar, dass sie für die strittigen Lose bewusst einen Mehrfachzuschlag ausgeschrieben habe, da eine einzelne Anbieterin zur Deckung des gesamten Stopfbedarfs – aufgrund eines begrenzten Maschinenparks – nicht in der Lage wäre.

3.3.3 Im vorliegenden Fall ist bisher weder ein Zuschlag ergangen noch die Beschwerdeführerin in die Bewertung einbezogen worden, sodass nicht klar ist, ob die Beschwerde führende Anbieterin im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin aufgrund der Bewertung einen Punkteabstand aufweist, der allenfalls Anlass geben könnte, die Legitimation zu bestreiten. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin vorab ausgeschlossen worden. Immerhin ist der Beschwerdeführerin zuzubilligen, dass ihr Preisangebot – jedenfalls vor der Bereinigung durch die Vergabestelle – durchaus kompetitiv erscheint und die Beschwerdeführerin, welche in den letzten Jahren mehrere Aufträge für die Vergabestelle ausgeführt hat, einen sehr spezifischen Markt bedient und die Anbietenden einschlägiger Maschinen sich – was auch aus der Anzahl der anbietenden Unternehmen erhellt – offenbar auf einem sehr überschaubaren Markt bewegen. Würden sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin daher als stichhaltig erweisen, so hätte diese bei Aufhebung der Ausschlussverfügung durchaus reelle Chancen, einen der Zuschläge zu erhalten. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde gegen den Ausschluss ihres Angebots betreffend das Los 1.3 und das Los 1.4 legitimiert.

3.4 Die Beschwerde ist ausserdem frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), wobei auch der Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt wurde (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen hat (Art. 11 VwVG).

3.5 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und damit auf die Beschwerde, welche sich gegen den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin richtet, einzutreten ist.

4.
Vorab ist – als Grundlage für die nachfolgende Prüfung der von der Beschwerdeführerin erhobenen formellen Rüge zur Verletzung des rechtlichen Gehörs – der rechtliche Rahmen betreffend die Ausschlussgründe gemäss Art. 44 BöB namentlich im Verhältnis zur Sanktion bzw. Auftragssperre nach Art. 45 BöB darzustellen. Dies insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass die Vergabestelle im vorliegenden Fall zwei Sanktionsverfahren gegen die Beschwerdeführerin angestrengt hat, wovon eines nach wie vor hängig ist.

4.1

4.1.1 Anfechtungsobjekt bildet vorliegend eine Ausschlussverfügung im Sinne von Art. 44 BöB (Art. 53 Abs. 1 Bst. h BöB; vgl. E. 1.2 hiervor). Der Ausschluss führt dazu, dass das Angebot einer Anbieterin nicht in die Bewertung einbezogen wird, und dient der Sicherung bzw. "Wiederherstellung des ordnungsgemässen Gangs" eines spezifischen Vergabeverfahrens (CHRISTOPH JÄGER, Öffentliches Beschaffungsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2021, S. 871 ff., insb. S. 936). Damit ist der Ausschluss mit einer polizeilichen Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands vergleichbar. Die Lehre spricht insoweit auch von "restitutorischem Charakter" (NICOLAS DIEBOLD/ALWIN KELLER/MANUEL KREIS/ANNE-CATHRINE TANNER, Aufsichtsinstrumente im revidierten Beschaffungsrecht, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2020, Zürich 2020, S. 315 ff., insb. S. 321 und S. 332). Davon ist eine eigentliche Sanktion oder Auftragssperre im Sinne von Art. 45 BöB zu unterscheiden. Während der Ausschluss gelegentlich als "administrativer Rechtsnachteil" beschrieben wird, ist eine Auftragssperre "repressiv" (KERSTIN NOELLE VOKINGER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht [im Folgenden: Handkommentar BöB], Zürich 2020, Rz. 5 zu Art. 45 BöB). Gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB kann die Auftraggeberin eine Anbieterin für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen, wenn bestimmte Ausschlusstatbestände im Sinne von Art. 44 BöB erfüllt sind. Mit Blick auf den strafrechtsähnlichen Charakter einer Sanktion gelten daher die spezialgesetzlichen Regeln des BöB zum rechtlichen Gehör im Verfügungsverfahren (Art. 51 Abs. 1 BöB), zur aufschiebenden Wirkung und zur Beschränkung der Beschwerdegründe in Bezug auf vergaberechtliche Sanktionen nicht (Art. 53 Abs. 3 BöB; Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., insb. S. 1980 zu Art. 53 Abs. 3 BöB; vgl. zum strafrechtsähnlichen Charakter relativierend DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., S. 328 und zum Ganzen E. 4.5.6 hiernach). Zum Anspruch auf rechtliches

Gehör vor Erlass einer Sanktion gehört insbesondere, dass der betroffenen Anbieterin mitgeteilt wird, auf welchen konkreten Ausschlusstatbestand im Sinne von Art. 44 BöB die beabsichtigte Auftragssperre gemäss Art. 45 BöB gestützt werden soll.

4.1.2 Im vorliegenden Fall hat die SBB vor Ergehen der angefochtenen Ausschlussverfügung – soweit ersichtlich – zwei Sanktionsverfahren gegen die Beschwerdeführerin angestrengt. Mit Schreiben vom 18. Januar 2024 ist der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB mitgeteilt worden, dass ihre Angebote nicht berücksichtigt werden können, bis es im Zusammenhang mit hängigen Strafverfahren in der Schweiz und Italien zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen ist. Die Vergabestelle bitte die Beschwerdeführerin, sie zeitnah und proaktiv über den Fortgang der Gerichtsverfahren zu informieren, um den nun getroffenen Entscheid gegebenenfalls in Wiedererwägung ziehen zu können. Mit Schreiben vom 28. Mai 2024 hat die SBB den Ausschluss bekräftigt, aber zugleich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung angekündigt, welche aber offenbar später nicht erlassen worden ist. Ein zweites Sanktionsverfahren ist derzeit hängig, nachdem die Vergabestelle der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Ausschluss von künftigen Verfahren wegen "Erfüllung des Tatbestands" von Art. 44 Abs. 2 Bst. b und Bst. f BöB mit Schreiben vom 17. Januar 2025 das rechtliche Gehör gewährt hat. Dieses Verfahren hat die Vergabestelle mit Schreiben vom 15. April 2025 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids im vorliegenden Beschwerdeverfahren sistiert.

4.1.3 Nachdem sich die Vergabestelle im Rahmen der angefochtenen Ausschlussverfügung nicht auf das erste Sanktionsverfahren als Grundlage für den Ausschluss beruft, ist die Rechtmässigkeit einer auf Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB gestützten Auftragssperre auch nicht vorfrageweise zu prüfen. Dies gilt umso mehr, als sich die angefochtene Ausschlussverfügung nicht auf Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB stützt. Ebenso wenig kann im zweiten – hängigen und einstweilen sistierten – Sanktionsverfahren eine Basis für den Ausschluss gesehen werden. Die Vergabestelle hat die Korrespondenz mit der Beschwerdeführerin betreffend Auftragssperre auch nicht als Vorakten eingereicht. Vielmehr hat das Gericht die entsprechende Korrespondenz mit Verfügung vom 11. April 2025 von Amtes wegen einverlangt. Inwieweit sich die Vergabestelle im Rahmen der Frage, ob in Bezug auf den angefochtenen Ausschluss das rechtliche Gehör ordnungsgemäss gewährt worden ist, auf diese Korrespondenz berufen kann, bleibt im Folgenden zu prüfen.

4.2

4.2.1 In formeller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabestelle vor Ergehen der Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025 seit deren E-Mail vom 5. September 2024 betreffend die erste Auftragssperre (vgl. dazu ausführlich E. 4.4.3.1 hiernach) bzw. seit Einreichung ihres Angebots am 30. September 2024 in keinerlei Kontakt mit der Beschwerdeführerin betreffend die angerufenen Ausschlussgründe Art. 44 Abs. 1 Bst. h sowie Abs. 2 Bst. b, d und f BöB getreten sei (Beschwerde, Rz. 25 ff., Rz. 41, 44, 50 und Rz. 54; Replik, Rz. 2, 11 und 18; Stellungnahme vom 29. August 2025, Rz. 6, Bst. h).

4.2.2 Die Vergabestelle führt dazu aus, die Beschwerdeführerin habe – womit die SBB wohl den Schriftenwechsel betreffend Auftragssperre meint – mehrmals Gelegenheit gehabt, sich vor dem Ausschluss zu äussern (Beschwerdeantwort, Rz. 192). Ausserdem hätten die Anbieterinnen vor Eröffnung der Verfügung nach Art. 51 Abs. 1 BöB keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dies gelte auch für Ausschlussverfügungen (Duplik, Rz. 8). Dass die Beschwerdeführerin die ihr gebotene Gelegenheit, sich zu den Vorfällen, die Gegenstand der Ausschlussverfügung bilden, zu äussern, ungenutzt gelassen und erst auf Anordnung des Gerichts vollständige Unterlagen eingereicht habe, könne nicht der Vergabestelle angelastet werden. Soweit im Rahmen des Beschwerdeverfahrens neue Tatsachen ans Licht gekommen seien – etwa die Einstellungsverfügungen der schweizerischen Strafverfahren, zu denen die Vergabestelle mehrfach verlangt habe, dokumentiert zu werden –, habe die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren Gelegenheit erhalten, sich dazu zu äussern (Duplik, Rz. 8).

4.2.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung

bringen kann (statt vieler BGE 135 II 286 E. 5.1 mit Hinweisen). Dies gilt insbesondere für das Recht auf vorgängige Anhörung im Sinne von Art. 30 VwVG.

4.2.4 In Art. 55 BöB wird festgehalten, dass sich das Verfügungs- und das Beschwerdeverfahren nach den Bestimmungen des VwVG richten, soweit das vorliegende Gesetz nichts anderes bestimmt. Nach Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Diesbezüglich enthält indessen Art. 51 Abs. 1 BöB eine spezialgesetzliche Regelung, wonach die Anbieterinnen vor Eröffnung der Verfügung keinen Anspruch auf rechtliches Gehör haben (vgl. zur Gegenausnahme für Sanktionen Art. 53 Abs. 3 BöB sowie E. 4.1.1 hiervor). In Bezug auf das bereits nach Art. 26 Abs. 2 aBöB wegbedungene Recht auf vorgängige Anhörung im Sinne von Art. 30 VwVG bleibt die Rechtslage insoweit unverändert. Es wird indessen zusätzlich Art. 29 VwVG wegbedungen (vgl. dazu auch E. 4.4.3 hiernach). Art. 51 Abs. 1 BöB bezieht sich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur auf das Recht auf Akteneinsicht, das mit Blick auf den Vertraulichkeitsgrundsatz im Sinne von Art. 11 Bst. e BöB relativiert wird, sondern auch auf den Anspruch auf Anhörung im Sinne von Art. 30 VwVG. Dies erhellt namentlich aus den Ausführungen in der Botschaft, wonach der Gehörsanspruch der Anbieterinnen "durch die verschiedenen Interaktionen im Laufe eines Vergabeverfahrens ausreichend geschützt" wird (Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [nachfolgend: Botschaft BöB], BBl 2017 1851, 1975).

4.2.5 In der angefochtenen Ausschlussverfügung (S. 11; vgl. auch Duplik, Rz. 8) wird zum rechtlichen Gehör ausgeführt:

> «Im Gegensatz zu einer Sanktionierung nach Art. 45 BöB hat die Anbieterin bei einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren gemäss Art. 51 Abs. 1 BöB keinen Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 51 Abs. 1 BöB). Aufgrund der Dringlichkeit der mit dem vorliegenden Vergabeverfahren nachgesuchten Leistung und nach Prüfung der mehrfachen Stellungnahmen Ihrer Zweigniederlassung Bellinzona müssen wir Ihre Angebote mit der vorliegenden Verfügung vom obengenannten Verfahren ausschliessen, ohne vorgängig eine weitere Stellungnahme von Ihnen einfordern zu können.»

Das impliziert, dass Art. 51 Abs. 1 BöB nach der Auffassung der Vergabestelle bewusst eine verfassungswidrige Spezialregelung enthält, welche gestützt auf Art. 190 BV massgebend ist. Indessen ist im Folgenden zu prüfen, ob die in Frage stehende spezialgesetzliche Bestimmung einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist (BGE 147 I 206 E. 2.3;

BGE 138 I 61 E. 4.3). So kann gemäss BGE 139 I 257 E. 4.2 vom klaren Wortlaut einer Gesetzesbestimmung abgewichen werden, wenn das Bestehen ernsthafter Gründe die Annahme erlaubt, dass dieser Wortlaut nicht in allen Punkten dem wahren Sinn der betreffenden Gesetzesbestimmung entspricht und zu Ergebnissen führt, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann und die gegen den Gerechtigkeitsgedanken ("le sentiment de la justice") oder den Grundsatz der Gleichbehandlung verstossen. Solche Gründe können sich aus den Materialien, aus der Begründung und dem Zweck der zur Diskussion stehenden Vorschrift sowie aus ihrem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen ergeben. Entsprechend wird in der beschaffungsrechtlichen Literatur festgehalten, dass vom allgemeinen Verfahrensrecht abweichende Regeln des Vergabeprozessrechts insbesondere auch VwVG- und verfassungskonform auszulegen sind (TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Rz. 5 zu Art. 55 BöB; ELISABETH LANG, in: BöB-Handkommentar, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 55 BöB).

4.3 Nachdem bereits ausgeführt worden ist, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Anbieterinnen "durch die verschiedenen Interaktionen im Laufe eines Vergabeverfahrens ausreichend geschützt" sind (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1975; vgl. E. 4.2.4 hiervor), ist im Folgenden vorab auf einige Formen der Interaktion aus verfahrensrechtlicher Sicht näher einzugehen.

4.3.1 Nach Art. 38 Abs. 2 BöB kann die Auftraggeberin im Rahmen der Prüfung der Angebote von den Anbieterinnen verlangen, dass sie ihre Angebote erläutern. In der Rechtsprechung wird dazu namentlich eine Konstellation abgehandelt, aus welcher sich im Ergebnis ein Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt. Das Vorgehen insbesondere bei unvollständigen Offerten beschreibt als eine von drei Kategorien eine Rückfragepflicht bzw. die Gelegenheit zur Verbesserung bei unwesentlichen Formfehlern. Bei geringfügigen formellen Mängeln des Angebots muss die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten (BVGE 2007/23 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 "Studie Schienengüterverkehr"). Damit wird materiellrechtlich dem Verhältnismässigkeitsgebot bzw. dem Verbot des überspitzten Formalismus Rechnung getragen. Andererseits dient die Rückfragepflicht auch der Gewährung des rechtlichen Gehörs (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 440 sowie Rz. 483 mit Hinweis).

4.3.2 Eine weitere Konstellation, welche Kontakt mit der betroffenen Anbieterin voraussetzt, ist die Rückfrage bei ungewöhnlich niedrigen

Angeboten (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 3.1 und E. 5.3 "Publicom"). Nach Art. XV:6 GPA kann die Auftraggeberin beim Anbieter nachprüfen, ob er die Teilnahmebedingungen erfüllt und in der Lage ist, die Auftragsmodalitäten zu erfüllen, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere eingereichte Angebote (vgl. dazu den Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB). Diese Norm bezweckt materiell die Verhinderung des Ausschlusses ohne sachlichen Grund ("inappropriate"; SUE ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, The Hague 2003, S. 248). Zugleich dient sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Gewährung des rechtlichen Gehörs (MARTIN BEYELER, Anmerkungen zum Urteil 2D_46/2020 vom 8. März 2021, in: Baurecht 2022, S. 48). Das Bundesgericht stellt diesbezüglich zunächst (in Bezug auf das alte Recht) fest, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch im Beschaffungsrecht gilt, und gelangt damit ebenfalls zum Ergebnis, dass einer Anbieterin (auch ausserhalb des Staatsvertragsbereichs) vor einem Ausschluss das rechtliche Gehör zu gewähren ist (BGE 141 II 353 E. 8.3.2 "Krankenhaus Riviera Chablais"; Urteil des BGer 2D_46/2020 vom 8. März 2021 E. 3.2.2 "Trinkwasserdruckleitung"). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in diesem Kontext kann so schwer wiegen, dass der Mangel auch nicht im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (BGE 130 I 241 E. 7.3 in fine "tranchée couverte A9"; Urteil des BGer 2D_46/2020 vom 8. März 2021 E. 3.4.2 "Trinkwasserdruckleitung"). Nach neuem Recht ist die Rückfrage bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten zwingend (Art. 38 Abs. 3 BöB). Ausserdem ist insoweit allenfalls der Ausschluss nach Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB ins Auge zu fassen. Im Ergebnis darf ein Ausschluss gestützt auf diese Norm nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung also nicht ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgen.

4.3.3 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ergibt sich, dass der Hinweis in der BöB-Botschaft, wonach die Anbietenden "durch die verschiedenen Interaktionen im Laufe eines Vergabeverfahrens ausreichend geschützt" sind, in verfassungskonformer Auslegung von Art. 51 Abs. 1 BöB jedenfalls so zu verstehen ist, dass die bisher durch die ständige Rechtsprechung – wie soeben beschrieben – etablierten spezifischen "Interaktionen" bzw. Verfahrensgarantien durch das neue Recht nicht in Frage gestellt werden sollen (PASCAL BIERI, in: BöB-Handkommentar, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 51 BöB, sowie E. 4.4.3 hiernach).

4.4

Im Folgenden ist nach dem Gesagten zu prüfen, inwieweit vor Ergehen von

Ausschlussverfügungen über die hiervor beschriebenen Konstellationen hinaus und spezifisch in Bezug auf die von der Vergabestelle angerufenen Ausschlussgründe das rechtliche Gehör zu gewähren ist.

4.4.1 Der Wortlaut von Art. 51 Abs. 1 BöB, wonach im Vergabeverfahren vor Ergehen einer Verfügung der Vergabestelle kein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, legt nahe, dass auch bei auf Art. 44 BöB gestützten Verfügungen kein Anspruch auf vorherige Anhörung besteht. Diese Regelung ist vom Ansatz her kongruent mit dem Gedanken, dass unerwünschte intransparente und das Gleichbehandlungsgebot verletzende Kontakte zwischen Vergabestelle und Anbieterin vermieden werden sollen (vgl. BVGE 2017 IV/4 E. 3.1 in fine "Publicom"). In der Botschaft wird indessen ausdrücklich festgehalten, dass eine Ausnahme von diesem Grundsatz dort angezeigt sein dürfte, wo eine Anbieterin nach Art. 44 BöB vom Verfahren ausgeschlossen wird (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1975). Das wird namentlich auch vor dem Hintergrund einer Erläuterung in der Botschaft zu Art. 44 BöB plausibel, wonach allfällige Verdachtsgründe im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BöB sorgfältig abzuklären sind (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, 1963). Indessen gilt auch für den gestützt auf Art. 44 Abs. 1 IVöB bzw. BöB gestützten Ausschluss, dass der Auftraggeber gehalten ist, sich die vorausgesetzte "sichere Kenntnis" vor seinem Entscheid zu verschaffen (Musterbotschaft zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB] vom 15. November 2019, S. 84 zu Art. 44 Abs. 1 IVöB).

4.4.2 In der Literatur wird dazu ausgeführt, dass die Dringlichkeit der öffentlichen Beschaffung die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs zumindest in den Fällen nach Art. 44 Abs. 2 BöB – ebenfalls entgegen dem Wortlaut der spezialgesetzlichen Bestimmung in Art. 51 Abs. 1 BöB – nicht zu rechtfertigen vermag. Naturgemäss – so MARTIN BEYELER – können blosse Anhaltspunkte trügen, und umso mehr diene es der Effizienz der Beschaffung, wenn die Vergabestelle durch Anhörung der betreffenden Anbieterin ihren Verdacht auf die Probe stelle. So könne die ausgeschlossene Anbieterin Beweise vorlegen, die belegen, dass der Verdacht trotz der Anhaltspunkte falsch gewesen sei. Dies bedeute, dass bei jedem aufgrund von Art. 44 Abs. 2 BöB verfügten Ausschluss ein spezifisch erhöhtes Risiko bestehe, dass das Verfahren dadurch verzögert wird, dass die Vergabestelle ohne Gehörsgewährung ausschliesst, dieser Ausschluss jedoch auf Beschwerde hin und nach Vorlage von entsprechenden Beweisen allenfalls wieder aufgehoben werden muss (BEYELER, a.a.O., Baurecht 2022, S. 48).

4.4.3 Weniger klar sind in diesem Punkt andere Literaturstimmen. PASCAL BIERI hält zunächst fest, dass fraglich erscheint, ob tatsächlich noch von einem grundsätzlichen Anspruch auf rechtliches Gehör gesprochen werden kann (BIERI, in: Handkommentar BöB, Rz. 16 zu Art. 51 BöB). Diese Frage stellt sich in Bezug auf das neue Recht tatsächlich, da in Art. 51 BöB im Unterschied zu Art. 26 Abs. 2 aBöB neu auch Art. 29 VwVG wegbedungen wird (vgl. E. 4.2.4 hiervor). BIERI hält zwar – ohne Zitat der Botschaft – fest, dass der Ausschluss einer Anbieterin nach Art. 44 BöB einen Spezialfall darstellt, verweist aber auf die bereits dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör. Damit bleibt offen, ob seine Ausführungen im Sinne des Wortlauts der Botschaft generell den Ausschluss gestützt auf Art. 44 BöB beschlagen oder so zu verstehen sind, dass diese nur, aber immerhin dazu dienen, den in E. 4.3.3 hiervor beschriebenen verfahrensrechtlichen "status quo" in Bezug auf das Vorgehen bei unvollständigen oder ungewöhnlich niedrigen Angeboten zu garantieren (BIERI, in: Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 18 zu Art. 44 BöB mit Fussnoten 30 und 31, und darauf Bezug nehmend TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, a.a.O, Rz. 4 in fine zu Art. 51 BöB). Letzteres würde nahelegen, auch die Botschaft insofern eng zu interpretieren.

4.4.4 DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER verweisen einerseits auf die dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. E. 4.2.5 hiervor), welche sie so interpretieren, dass ein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, wenn die Auftraggeberin selbst Informationen einholt oder auf eigene Erfahrungen abstellt und diese zum Nachteil der Anbieterin verwendet. Andererseits vertreten sie darüber hinausgehend die Auffassung, dass bereits aufgrund des Wortlauts der Botschaft eine Ausnahme von der Nichtanwendbarkeit des Gehörsanspruchs für alle Fälle des Ausschlusses nach Art. 44 BöB "angezeigt sein dürfte" (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., S. 339 mit Fn. 97). ELISABETH LANG führt zu Art. 55 BöB – unter Hinweis auf die Botschaft zu Art. 51 BöB – aus, dass sich eine Ausnahme vom Grundsatz, dass kein vorgängiger Gehörsanspruch besteht, (meint: grundsätzlich) rechtfertigen dürfte, wenn eine Anbieterin nach Art. 44 BöB vom Verfahren ausgeschlossen werden soll oder wenn die Anordnung von Sanktionen nach Art. 45 BöB droht (LANG, in: Handkommentar BöB, Rz. 12 zu Art. 55 BöB mit Fn. 22). Zugleich weist sie darauf hin, dass sich Art. 53 Abs. 3 BöB, wonach eine Ausnahme zu Art. 51 Abs. 1 BöB statuiert wird und demnach das rechtliche Gehör zu gewähren ist, nach dem Wortlaut nur für Sanktionen im Sinne von Art. 45 BöB gilt. Dieser Hinweis auf eine gewisse Nähe des Ausschlusses zur Sanktion ist jedenfalls dort offensichtlich einschlägig, wo die Ausschlussgründe im Sinne von Art. 44 BöB

zugleich Sanktionsgründe im Sinne von Art. 45 BöB darstellen, was vorliegend in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB (Ausschluss wegen unzulässiger Wettbewerbsabsprachen) und Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (Ausschluss wegen Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen bzw. Arbeitsbedingungen) zutrifft. Diese Konstellation spricht schon als solche für die Gewährung des rechtlichen Gehörs, weil der Ausschluss in diesen Fällen von seiner Bedeutung her einschneidender ist im Vergleich zu Ausschlusstatbeständen, an die keine Sanktion geknüpft werden kann. Kommt hinzu, dass dieser Tatbestand wie auch die von der Vergabestelle ebenfalls angerufenen Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB und Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB – wie von MARTIN BEYELER beschrieben (vgl. E. 4.4.2 hiervor) – an das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte anknüpft, was ebenfalls dafür spricht, der betroffenen Anbieterin Gelegenheit zu geben, diesen Verdacht zu entkräften. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Verzicht auf die Anhörung, wie er in Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BöB statuiert ist, im Zusammenhang mit dem Umstand zu sehen ist, dass die Anbieterinnen, die eine Offerte legen, in diesem Sinne mehr mitwirken als in anderen Verwaltungsverfahren (vgl. dazu TRÜEB/CLAUSEN, Rz. 3 in fine zu Art. 55 BöB) und insbesondere durch die Offertbereinigung im Sinne von Art. 38 BöB und entsprechende "Interaktionen" geschützt sind (vgl. E. 4.2.4 hiervor). Für andere Fälle sind die einschlägigen Ausführungen gemäss der BöB-Botschaft relevant. Nach diesen dürfte eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach das Verwaltungsverfahrensrecht insoweit wegbedungen wird, im Sinne eines Anspruchs auf rechtliches Gehör dort angezeigt sein, wo eine Anbieterin nach Artikel 44 BöB vom Verfahren ausgeschlossen wird (BöB-Botschaft, BBl 2017 1851, insb. S. 1975 zu Art. 44 BöB; vgl. E. 4.4.1 hiervor). Stützt sich die Vergabestelle also – wie vorliegend – auf Aktenstücke, die nicht Teil der von der Anbieterin eingereichten Vergabeakten oder Teil der Evaluation der Offerten sind, dann spricht auch dieser Umstand für die Gewährung des rechtlichen Gehörs (vgl. insoweit zu von der Vergabestelle selbst eingeholten Informationen DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., S. 339).

4.4.5 Zusammenfassend ergibt sich demnach einerseits, dass Art. 51 Abs. 1 BöB, welcher nach dem Wortlaut den Anspruch auf rechtliches Gehör inklusive Anhörung im Verfügungsverfahren wegbedingt, aufgrund der in der Botschaft enthaltenen Formulierung, welche für den Ausschluss im Sinne von Art. 44 BöB eine Ausnahme vorsieht (vgl. E. 4.4.1 hiervor), einer verfassungskonformen Auslegung grundsätzlich zugänglich ist (vgl. E. 4.2.5 hiervor). Die verfassungskonforme Auslegung drängt sich schon grundsätzlich auf für Ausschlussgründe im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BöB, welche zugleich Sanktionsgründe im Sinne von Art. 45 BöB darstellen

könnten. Als zwingend erweist sie sich jedenfalls, wenn zur Begründung des Ausschlusses – wie im vorliegenden Fall und auch für die in Frage stehenden Tatbestände typisch – zugleich auf Akten abgestellt wird, die nicht zu den Offertunterlagen gehören. Das seitens der Vergabestelle geltend gemachte Dringlichkeitsinteresse vermag das Interesse an der Einhaltung eines derart grundlegenden verfahrensrechtlichen Mindeststandards nicht zu überwiegen. Damit ist die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor einem Ausschluss insoweit auch nicht "freiwillig", wie dies MARTIN BEYELER im Sinne einer Kompromisslösung vorschwebt (BEYELER, Baurecht 2022, S. 48). Demnach hat die Beschwerdeführerin entgegen der in der angefochtenen Verfügung formulierten Auffassung der Vergabestelle jedenfalls in Bezug auf den Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b sowie Bst. f BöB Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. vorherige Anhörung. Und da die Vergabestelle in der Ausschlussverfügung offen zugibt, die Beschwerdeführerin nicht angehört zu haben (vgl. E. 4.2.5 hiervor), ist dieser Anspruch auch offensichtlich verletzt. Auch die Korrespondenz zwischen Vergabestelle und Beschwerdeführerin vor Eröffnung des zweiten Sanktionsverfahrens vermag das rechtliche Gehör im Ausschlussverfahren schon aus rein zeitlichen Gründen nicht zu ersetzen. Die letzte Mitteilung der Vergabestelle, mit welcher diese den Erhalt eines Schreibens der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 bestätigt und sich vorbehalten hat, zu gegebener Zeit weitere Informationen zu verlangen, datiert vom 5. September 2024 (vgl. zum Ganzen ausführlich E. 4.5.5.1 hiernach). Am 30. September 2024 hat die Beschwerdeführerin ihr Angebot eingereicht. Daraufhin hat unbestrittenermassen kein weiterer Kontakt zwischen den Parteien stattgefunden. Vielmehr ist als nächster Schritt direkt die angefochtene Ausschlussverfügung am 17. Januar 2025 erlassen worden. Die Frage, inwieweit die Beschwerdeführerin aufgrund der Korrespondenz im Rahmen des erwähnten Sanktionsverfahrens im Ergebnis nicht überrascht sein konnte, ist entgegen der Auffassung der Vergabestelle nur in Bezug auf die Frage relevant, ob die Gehörsverletzung geheilt werden kann. Dies ist im Folgenden zu prüfen.

4.5

4.5.1 Die Beschwerdeführerin macht zur Korrespondenz mit der Vergabestelle geltend, "in der Überzeugung, dass in einem Rechtsstaat am Ende die Vernunft obsiegen müsse" in ihrem letzten Schreiben vom 27. August 2024 dargelegt zu haben, dass die wichtigsten Anklagepunkte gegen die Organe der Beschwerdeführerin in den Urteilen, die in der Zwischenzeit ergangen seien, widerlegt worden seien (Beschwerde, Rz. 25). Dies im

Anschluss an eine Sitzung vom 25. Juni 2024, anlässlich welcher sich abgezeichnet habe, dass trotz des Fehlens von Ausschlussgründen und trotz der Tatsache, dass auch die SBB mit der Beschwerdeführerin nur positive Erfahrungen gemacht habe, anscheinend nichts getan werden könne, um den formellen Ausschlussentscheid zu vermeiden. Es sei der Beschwerdeführerin klar zu verstehen gegeben worden, dass der Ausschlussentschied auf den oberen Etagen gefasst worden sei und dass er rein politischer Art sei. Die SBB werde den Ausschluss ungeachtet der Rechtslage aussprechen (Beschwerde, Rz. 25). Andererseits habe die SBB mit E-Mail vom 5. September 2024 den Erhalt des Schreibens der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 lediglich bestätigt und sich vorbehalten, zu gegebener Zeit weitere Informationen zu verlangen (Beschwerde, Rz. 25). Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, der Vergabestelle über die Einigung zwischen den Parteien als Basis der Einstellungsverfügung der Tessiner Staatsanwaltschaft vom 10. Dezember 2024 Bescheid gegeben zu haben, ohne jegliche Rückmeldung erhalten zu haben (Beschwerde, Rz. 26 in fine; vgl. dazu aber E. 4.5.5.4 hiernach).

4.5.2 Die Vergabestelle führt wiederum aus, sie habe mit Schreiben vom 28. Mai 2024 mit Blick auf die Ausschreibung der vorliegend in Frage stehenden Gleisstopfarbeiten der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass es für einen Ausschluss nicht zwingend einer rechtskräftigen Verurteilung bedürfe. Erneut sei die Beschwerdeführerin aufgefordert worden, die Vorwürfe (z.B. durch Vorlage der relevanten Gerichtsurteile oder Einstellungsverfügungen) zu entkräften. Ausserdem habe die Vergabestelle einen Gesprächstermin angeboten (Beschwerdeantwort, Rz. 91). Anlässlich der Sitzung vom 25. Juni 2024 sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit gegeben worden, entlastende Nachweise vorzulegen. Eine Vorlage entlastender Nachweise sei jedoch nicht erfolgt. Auch habe die Vergabestelle auf ihre Nachfrage, welche konkreten Tatbestände Gegenstand des italienischen Verfahrens seien und was der Stand des Verfahrens sei, keine nähere Auskunft erhalten (Beschwerdeantwort, Rz. 92). Mit Schreiben vom 27. August 2024 habe die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Strafverfahren in Italien erstens in Bezug auf entscheidende Punkte keine Nachweise beigelegt (Beschwerdeantwort, Rz. 95) und zweitens inhaltlich die Vorwürfe nur teilweise entkräftet (Beschwerdeantwort, Rz. 93 ff., insb. Rz. 96). In Bezug auf das Strafverfahren im Kanton Tessin gegen Unbekannt wegen Verstössen gegen Art. 59 ff. des Arbeitsgesetzes und Art. 12 des Entsendegesetzes habe die Beschwerdeführerin zwar ausgeführt, dass eine das Verfahren erledigende Einigung unmittelbar bevorstehe, aber zugleich bestätigt, dass sowohl das im Kanton Tessin geführte Strafverfahren als auch dasjenige in

Italien weiterhin hängig gewesen seien (Beschwerdeantwort, Rz. 98). Es treffe nicht zu, dass die Vergabestelle die Beschwerdeführerin aufgefordert habe, sich nicht an der Ausschreibung zu beteiligen, oder dass die Vergabestelle den Ausschluss aufgrund politischen Drucks unabhängig von der Rechtslage vollzogen hätte (Beschwerdeantwort, Rz. 187). Ausserdem sei ihr die Einstellung des Tessiner Strafverfahrens erst mit der Beschwerde zur Kenntnis gebracht worden (Beschwerdeantwort, Rz. 179).

4.5.3 Auch wenn die Vergabestelle in der angefochtenen Ausschlussverfügung davon ausging, das rechtliche Gehör in diesem Fall nicht gewähren zu müssen, hat sie im Beschwerdeverfahren dennoch – wie gesehen erfolglos – die Verletzung des rechtlichen Gehörs bestritten. Die entsprechenden Ausführungen sind indessen jedenfalls dahingehend relevant, dass im Folgenden namentlich gestützt auf dieselben zu prüfen ist, ob die Gehörsverletzung so schwer wiegt, dass sie nicht geheilt werden kann. Die Vergabestelle verweist in ihren Rechtsschriften darauf, die Beschwerdeführerin im Rahmen des Auftragssperreverfahrens in ihren Schreiben bzw. während der Treffen um Erläuterungen bzw. um entkräftigende Beweise zu den Verdachtsindizien ersucht zu haben (Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 Punkt 2.6: Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 1. Dezember 2022, 19. Januar 2023, 18. Januar 2024, 28. Mai 2024; Duplik vom 15. Juli 2025 Rz. 8: Gespräch vom 25. Juni 2024 und E-Mail vom 10. Juni 2024):

– Schreiben vom 1. Dezember 2022 (Beschwerdeantwort, Beilage 26): ,,*Wir möchten Sie entsprechend bitten, zu den Vorkommnissen, Anschuldigungen und erhobenen Strafverfahren noch vor dem 15.12.2022 schriftlich Stellung zu beziehen* [...]";

– Schreiben vom 19. Januar 2023 (Beschwerdeantwort, Beilage 27); ,,*In quanto azienda statale che utilizza fondi pubblici, non possiamo avere rapporti contrattuali con un'azienda associata a un'organizzazione criminale. Purtroppo, non abbiamo ancora ricevuto una Vostra dichiarazione. Di conseguenza, vi chiediamo di commentare entro il 15 febbraio 2023 per lettera raccomandata gli incidenti, le accuse e i procedimenti penali sollevati.";*

– Schreiben vom 18. Januar 2024 (Beschwerdeantwort, Beilage 30): "*Nach Prüfung der uns zugestellten Unterlagen und der Durchführung eines Due Diligence Checks Ihrer Unternehmung müssen wir Ihnen leider mitteilen, dass wir Angebote Ihrer Unternehmung bis auf weiteres nicht berücksichtigen werden und gestützt auf Art. 44 Abs. 1 lit. e des*

Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) ausschliessen müssen. Dies so lange, bis es in den im Zusammenhang mit Ihrer Unternehmung hängigen Strafverfahren in der Schweiz und Italien zu einem rechtskräftigen Urteil gekommen ist. Wir möchten Sie bitten, uns zeitnah und proaktiv über den Fortgang der Gerichtsverfahren zu informieren, sodass wir den nun getroffenen Entscheid in Wiedererwägung ziehen können.";

– Schreiben vom 28. Mai 2024 (Beschwerdeantwort, Beilage 32): «*Wir möchten Sie bitten, uns zeitnah mitzuteilen, ob Sie an einem Treffen interessiert sind. Weiter möchten wir Sie bitten, uns die für Ihre Entlastung relevanten Gerichtsurteile oder möglichen Einstellungsverfügungen (insbesondere in Sachen Strafverfahren in Mailand, in dem A._____ Beschuldigter ist) vorgängig zukommen zu lassen.* [...]»;

– E-Mail vom 10. Juni 2024 (Duplik, Beilage 37): «*Wie bereits in unserem Schreiben erwähnt, möchten wir Sie bitten, uns allfällige Einstellungsverfügungen und/oder entlastenden Gerichtsurteile vorgängig zukommen zu lassen.*»

– Nicht protokolliertes Gespräch vom 25. Juni 2024 (Duplik, Rz. 8), in welchem die Vergabestelle nach eigenen Angaben besonders nachdrücklich auf eine Vorlage des Anti-Mafia-Zertifikats bestanden hat.

4.5.4

4.5.4.1 Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Eine Verletzung dieses Rechts führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 144 I 11 E. 5.3). Indes kann nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen darf (Urteil des BGer 2C_84/2024 vom 30. September 2024 E. 4.1.3). Die Heilung eines allfälligen Mangels soll aber die Ausnahme bleiben (BGE 147 IV 340 E. 4.11.3; Urteil des BGer 4A_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung kennt ausserdem die Möglichkeit, dass selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abgesehen werden kann, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen

Verzögerungen führen würde, die mit dem - der Anhörung gleichgestellten - Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 147 IV 340 E. 4.11.3; 142 II 218 E. 2.8.1; Urteil des BVGer B-2449/2012 vom 6. September 2012 E. 3.5.2 "IT-Integration Luftwaffe"; vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1175 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung bzw. kritisch zur Heilung der Gehörsverletzung Rz.1178).

4.5.4.2 Das Bundesverwaltungsgericht geht im Beschaffungsrecht davon aus, dass eine Gehörsverletzung als heilbar betrachtet werden kann, zumal etwa eine Aufhebung einer Abbruchverfügung ohne materielle Prüfung des geltend gemachten sachlichen Grundes für den Abbruch einen formalistischen Leerlauf zur Folge hätte (Urteil des BVGer B-4162/2022 vom 18. April 2023 E. 5.6 und 5.8 "2TG Bauabwasserbehandlung II"; B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.2 und 2.3.3 "Abbruch Geo-Agrardatenerfassung"). Dabei wird selbstverständlich vorausgesetzt, dass sich die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren umfassend äussern kann, was auch im vorliegenden Fall geschehen ist (vgl. Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 2.3.3 "Abbruch Geo-Agrardatenerfassung"). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird indessen auch verlangt, dass die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid mit derselben Kognition überprüft (BGE 146 III 394 E. 4.4; Urteil 2C_84/2024 vom 30. September 2024 E. 4.1.3 i.V.m. E. 4.1.4.2; BVGE 2015/10 E. 7.1; vgl. zum Ganzen MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.112a). Im Unterschied zu einer Sanktion bzw. Auftragssperre gemäss Art. 45 BöB (vgl. dazu Art. 53 Abs. 2 BöB) ist in Bezug auf einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 BöB die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts im Beschaffungsrecht spezialgesetzlich beschränkt und umfasst grundsätzlich keine Angemessenheitskontrolle (Art. 56 Abs. 3 BöB). Vorliegend erhebt die Beschwerdeführerin jedoch keine Rügen hinsichtlich der Ermessensausübung der Vergabestelle, sondern beanstandet neben einer willkürlichen Ermessensüberschreitung (Beschwerde, Rz. 41, Rz. 50 und Rz. 54) bzw. einer willkürlichen Ermessensunterschreitung (Beschwerde, Rz. 49) in Bezug auf die Würdigung des Sachverhalts vielmehr die fehlende gesetzliche Grundlage sowie die Unverhältnismässigkeit des Ausschlusses (Beschwerde, Rz. 41 und Rz. 51 f.). In Bezug auf diese Prüfung kommt dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zu (vgl. zur Bedeutung des tatsächlichen Prüfungsumfangs im Vergleich zur Formel, mit welcher die Kognition (abstrakt) umschrieben wird BGE 138 II 77 E. 4.2.1). Damit steht

im vorliegenden Fall auch die Kognition einer Heilung der Gehörsverletzung nicht entgegen.

4.5.5 Nach dem Gesagten ist daher im vorliegenden Fall die Schwere der Gehörsverletzung zu prüfen. In Bezug auf die Möglichkeit der Heilung spielt auch die Verfahrensdauer bzw. das Beschleunigungsinteresse eine Rolle (BGE 138 II 77 E. 4).

4.5.5.1 Mit Blick auf die Feststellung des zu würdigenden Sachverhaltes ist Folgendes festzuhalten: Der letzte Kontakt der Vergabestelle zur ersten Auftragssperre auf Basis von Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB fand mit Schreiben vom 18. Januar 2024 bzw. mit Treffen vom 25. Juni 2024 statt. Die Beschwerdeführerin wiederum hat zuletzt mit Stellungnahme vom 27. August 2024 dargelegt, dass nach ihrem Verständnis in den italienischen Strafverfahren die wichtigsten Anklagepunkte gegen die Organe der Beschwerdeführerin durch die zwischenzeitlich ergangenen Urteile widerlegt worden waren. Dies allerdings ohne die jeweiligen Urteile mitzusenden. Mit E-Mail vom 5. September 2024 hielt die Vergabestelle fest, dass sie das Schreiben der Beschwerdeführerin "mit Blick auf die laufende Gleisbaumaschinen-Ausschreibung" zu ihren Akten nehme und dieses – sollte die Beschwerdeführerin ein Angebot einreichen – eingehend prüfen werde. Sie behalte sich explizit vor, bei Bedarf und zu gegebener Zeit weitere Nachweise einzufordern (vgl. dazu auch E. 4.5.6 hiernach). Am 30. September 2024 legte die Beschwerdeführerin ihr Angebot im gegenständlichen Beschaffungsverfahren. Daraufhin fand kein weiterer Kontakt zwischen den Parteien statt; vielmehr wurde direkt die im vorliegenden Beschwerdeverfahren angefochtene Ausschlussverfügung am 17. Januar 2025 erlassen.

4.5.5.2 Im vorliegenden Fall ist hinsichtlich der Schwere der festgestellten Gehörsverletzung insbesondere die letzte Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 vor Erlass der Ausschlussverfügung relevant. In Bezug auf die dort aufgeführten Strafverfahren in Italien war die Beschwerdeführerin grundsätzlich in Kenntnis dessen, was die Vergabestelle ihr in Bezug auf die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung sowie - wenn auch insoweit weniger spezifisch - Verstössen gegen das italienische Kartellrecht vorhält. Dementsprechend hat sich die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. August 2024 ausdrücklich auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB (unzulässige Wettbewerbsabreden) bezogen. Indessen stellt sich die Frage, inwieweit die angefochtene Verfügung in Bezug auf die angerufenen Ausschlussgründe bzw. den insoweit relevanten Sachverhalt über das mit der Beschwerdeführerin im Rahmen des Schreibens vom

27. August 2024 Erörterte hinausgeht. Bereits aus dem Schreiben der Vergabestelle vom 28. Mai 2024 ergibt sich, dass der Fokus damals auf dem Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB (Verletzungen von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption) gelegen hat. Zugleich war auch das Strafverfahren "gegen Unbekannt" im Tessin betreffend Verstoss gegen das Arbeitsgesetz und das Entsendegesetz (Neat-Baustelle des Ceneri Basistunnels) ein Thema.

4.5.5.3 Soweit sich die Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung (Punkt 1.2 Bst. b) auf Sicherheitsmängel auf italienischen Baustellen bezieht, geht sie über das der Beschwerdeführerin früher Vorgeworfene hinaus, wobei der Zusammenhang mit den Strafverfahren insoweit gewahrt wird, als die Nähe der Beschwerdeführerin zu mafiösen Unternehmen hervorgehoben wird. Die Sicherheitsmängel in Italien werden dann aber nicht als Ausschlussgrund beschrieben. Weiter stützt sich die Vergabestelle zur Begründung der angefochtenen Verfügung (und noch gewichtiger im vorliegenden Beschwerdeverfahren) neu auf "Vorfälle in Dänemark" betreffend den Bau der U-Bahn "Cityringen" in Kopenhagen bzw. Unterbezahlung und Verletzung der dänischen Arbeitsmarktvorschriften. Auch in Bezug auf diesen Vorfall beruft sich die Vergabestelle auf die RAI-Reportage "L'ultima fermata" vom 8. Oktober 2023. Damit hatte die Beschwerdeführerin aufgrund der Korrespondenz im Rahmen der ersten von der Vergabestelle verfügten Auftragssperre keinen Anlass anzunehmen, dass sie mit Vorfällen in Dänemark konfrontiert werden würde. Insoweit wiegt die festgestellte Verletzung des rechtlichen Gehörs schwer. Soweit indessen lediglich bereits bekannte Gesichtspunkte wiederholt wurden, kommt der unterlassenen Anhörung vor Erlass der Ausschlussverfügung nicht dieselbe Tragweite zu. Dies betrifft insbesondere die Ausführungen zum Mailänder Strafverfahren.

4.5.5.4 Relevant ist aber in diesem Zusammenhang nicht nur, ob der Beschwerdeführerin die Vorwürfe grundsätzlich bekannt waren. Vielmehr hätte sich die Vergabestelle folgerichtig mit den mit Schreiben vom 27. August 2024 vorgebrachten Argumenten auseinandersetzen müssen. In der angefochtenen Verfügung wird diesbezüglich lediglich ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei anlässlich der Sitzung vom 25. Juni 2024 mit den Vorwürfen betreffend Wettbewerbsabreden konfrontiert worden und es sei ihr ermöglicht worden, entlastende Beweise einzureichen. Dies sei bis anhin nicht erfolgt. Mit diesen Ausführungen der Vergabestelle wird das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 nicht hinreichend gewürdigt. In Bezug auf das Tessiner Strafverfahren wäre die Vergabestelle,

nachdem ihr mit Schreiben vom 27. August 2024 eine baldige Verfahrenseinstellung angekündigt worden war, ausserdem gehalten gewesen, sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung nach dem Verfahrensstand zu erkundigen. Allerdings ergibt sich aus den Akten auch nicht, dass die Beschwerdeführerin der Vergabestelle ihrerseits nach Ergehen der Einstellungsverfügung Mitteilung gemacht hätte (vgl. dazu auch E. 10.3.1 hiernach).

4.5.5.5 Nicht gefolgt werden kann der Vergabestelle auch, soweit sie zum von der Beschwerdeführerin geltend gemachten "Austausch der Rechtsgrundlagen" (vgl. Replik, Rz. 5, 9, 10a, 11) geltend macht, die Rechtsgrundlagen der Ausschlussverfügung hätten sich nicht verändert (Duplik, Rz. 8). Vielmehr ergibt sich aus dem Vergleich der Korrespondenz zum ersten Sanktionsverfahren und der angefochtenen Ausschlussverfügung klar, dass die erste Auftragssperre gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB ergangen ist, wobei aufgrund des Hinweises auf das Tessiner Strafverfahren in der Sache wohl auch Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB mitgemeint war. In der angefochtenen Verfügung wird demgegenüber Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB nicht mehr erwähnt; vielmehr stützt sich diese neu auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h sowie Art. 44 Abs. 2 Bst. b, d und f BöB. Nachdem der Fokus insoweit auf den Ausschlussgründen gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. b und Bst. f BöB liegt, kann offen bleiben, welche Bedeutung dem Umstand zukommt, dass es der Beschwerdeführerin auch nicht möglich war, sich vor Ergehen der angefochtenen Verfügung zur Tragweite des Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB (Erkennenlassen mangelnder Verlässlichkeit und Vertrauenswürdigkeit) zu äussern.

4.5.5.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die spezialgesetzliche Regelung betreffend die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Vergabesachen im vorliegenden Fall nicht in einer Weise auswirkt, welche eine Heilung von Gehörsverletzungen ausschliessen würde (vgl. E. 4.5.4.2 hiervor). In Bezug auf das italienische Strafverfahren wiegt die festgestellte Gehörsverletzung insoweit weniger schwer, als die Vorwürfe der Beschwerdeführerin – wenn auch ohne den neuen, spezifischen Fokus auf Wettbewerbsabreden – bekannt waren. Indessen fällt zulasten der Vergabestelle ins Gewicht, dass sie sich in der angefochtenen Verfügung mit dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024, mit welchem die Beschwerdeführerin namentlich dargelegt hat, dass ihrer Auffassung nach inzwischen namentlich im Mailänder Verfahren wichtige Anklagepunkte fallen gelassen worden sind, nicht auseinandergesetzt hat (vgl. E. 4.5.5.4 hiervor). Auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist nach der Rechtsprechung die Heilung nicht ausgeschlossen. Dies gilt auch für das

Tessiner Strafverfahren und die Vorfälle in Dänemark. Vielmehr spricht der Umstand, dass Art. 51 Abs. 1 BöB, wonach vor Eröffnung der Verfügung kein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, im vorliegenden Urteil erstmals verfassungskonform ausgelegt wird (vgl. E. 4.4.5 hiervor) dafür, die angefochtene Verfügung nicht bereits wegen Gehörsverletzung aufzuheben. Dasselbe ergibt sich auch aus dem auch in der Lehre betonten Beschleunigungsinteresse in Bezug auf Beschaffungsverfahren. Ausserdem gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren nach Erteilung der aufschiebenden Wirkung ebenfalls ein qualifiziertes Beschleunigungsgebot. Eine Rückweisung der Sache an die Vergabestelle ohne materielle Beurteilung des Ausschlusses hätte lediglich einen formalistischen Leerlauf zur Folge. Damit führt die festgestellte Gehörsverletzung nicht zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

4.6

4.6.1 Wenn es in Art. 44 BöB heisst, dass die Auftraggeberin eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen kann […], wenn festgestellt wird oder hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die betreffende Anbieterin […] gewisse "Sachverhalte" zutreffen, sind damit Tatbestände gemeint (Art. 44 Abs. 1 und Abs. 2 BöB; vgl. Urteil WBE.2022.283 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Januar 2023 E. 3.1). In Bezug auf die auf den Ausschluss anwendbaren Prozessmaximen wird in der Literatur festgehalten, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für den Ausschluss etwa wegen beruflichen Fehlverhaltens (nach altem Recht und im umfassenden Sinn verstanden) nicht bei der betroffenen Anbieterin, sondern bei der Vergabestelle liegt (MARTIN BEYELER, BVR 2018, S. 217 ff., insb. S. 234). Indessen ist darüber hinaus ebenfalls vorab zu klären, ob das Vergaberecht zur Feststellung des relevanten Sachverhalts eine vom allgemeinen Verwaltungsrecht abweichende Regel enthält, insbesondere in Bezug auf die Berücksichtigung echter Noven.

4.6.2 Im Verwaltungsverfahren ist grundsätzlich zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt in der angefochtenen Verfügung korrekt festgestellt hat. Indessen dürfen im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte, bekannte oder bis anhin unbekannte neue Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor (sog. unechte Nova) oder erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens (sog. echte Nova) zugetragen haben, vorgebracht werden (BGE 139 II 534 E. 5.4.1; Urteil des BVGer B-8115/2015 vom

6. Oktober 2016 E. 4.1 "Gewölbearbeiten im Furkatunnel"; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, a.a.O., Rz. 2.204).

4.6.3 Das Bundesgericht hat in Bezug auf eine Transportlizenz als Eignungskriterium festgehalten, dass diese – jedenfalls ohne anders lautende Ausführungen in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen – zum Zeitpunkt der Offerteinreichung vorliegen muss (BGE 143 I 177 E. 2.3 i.V.m. E. 2.5.2 "Transportlizenz"). In Bezug auf das Beschwerdeverfahren hat das Bundesgericht weiter ausgeführt, es bleibe trotz Devolutiveffekts dabei, dass "gemäss den Grundsätzen des Vergaberechts" der Sachverhalt im Moment der Erteilung des Zuschlags ausschlaggebend ist und nicht derjenige bei der Beurteilung einer allfälligen Beschwerde gegen den Vergabeentscheid. Das bedeutet jedoch systematisch ausgelegt nicht, dass der Umgang mit Noven im Vergaberecht abweichend vom allgemeinen Verwaltungsrecht geregelt werden soll (BGE 143 I 177 E. 2.4.3). Vielmehr soll umgekehrt nach der Rechtsprechung durch die prozessualen Vorschriften betreffend Noven nicht die materielle beschaffungsrechtliche Vorgabe ausgehöhlt werden, wonach Eignungsnachweise grundsätzlich bei Offerteinreichung vorliegen sollen (vgl. BGE 143 I 177 E. 2.3.2 sowie Urteil WBE.2021.28 des Verwaltungsgerichts Aargau vom 12. Mai 2021 E. 1.3.2). Im Ergebnis umfasst damit der Verweis auf das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht gemäss Art. 55 BöB grundsätzlich auch die Berücksichtigung von Noven (vgl. dazu 4.6.2 hiervor). Dasselbe gilt für die Berücksichtigung des Verhaltens nach Treu und Glauben in diesem Zusammenhang. Nicht zu prüfen ist aufgrund des Streitgegenstands die Frage, ob bzw. inwieweit das auch für Sanktionen im Sinne von Art. 45 BöB gilt.

5.

Bevor auf die materiellen Rügen der Beschwerdeführerin zu den einzelnen in der angefochtenen Verfügung genannten Ausschlussgründen eingegangen wird, erscheint es zweckdienlich, zunächst einige allgemeine Ausführungen insbesondere zum Konzept der Ausschlussgründe nach neuem Beschaffungsrecht zu machen.

5.1 Die Dogmatik der Ausschlussgründe baut auf zwei wesentlichen Unterscheidungen auf. Erstens sind die anbieterbezogenen und die angebotsbezogenen Ausschlussgründe auseinanderzuhalten (CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 325 ff., insb. S. 331). Ein Beispiel für einen angebotsbezogenen Ausschlussgrund ist der

bereits erörterte Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB betreffend Formfehler (vgl. E. 4.3.1 hiervor). Letztere sind im vorliegenden Fall offensichtlich nicht relevant, da die Vergabestelle vorab, also ohne Prüfung der Offerte, den Ausschluss der Beschwerdeführerin verfügt hat.

5.2 Die anbieterbezogenen Ausschlussgründe lassen sich wiederum in eignungsbezogene und eignungsunabhängige, insb. teilnahmebedingungsbezogene Ausschlussgründe unterteilen (so schon in Bezug auf das alte Recht etwa der Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 5.5.3 "Studie Schienengüterverkehr").

5.2.1 Bei der Eignung wird die Befähigung der Anbieterinnen zur Ausführung des Auftrags geprüft (BVGE 2023 IV/5 E. 5.3.1 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 1"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 555). Die Eignungskriterien können insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung der Anbieterin betreffen (vgl. Art. 27 Abs. 2 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht hebt diesbezüglich hervor, dass die Eignungskriterien auftragsspezifisch beziehungsweise leistungsbezogen sein müssen (Zwischenentscheid des BVGer B-1249/2017 vom 30. März 2017 E. 5.1 "Lüftung Kaserne Thun I"; vgl. RAMONA WYSS, in: BöB-Handkommentar, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 27 BöB). Die gewählten Kriterien sollen den Anbieterkreis nicht weiter einschränken, als dies durch den Beschaffungsgegenstand gerechtfertigt ist (Art. VIII Abs. 1 GPA; Botschaft BöB, BBl 2017 1851, insb. S. 1941 zu Art. 27 BöB). Darauf bezieht sich die Beschwerdeführerin jedenfalls auch, wenn sie geltend macht, in den letzten Jahren alle Aufträge stets zur vollsten Zufriedenheit der Vergabestelle ausgeführt zu haben (Beschwerde, Rz. 17 f. und 34). Dazu hält wiederum die Vergabestelle im Ergebnis fest, dass es darauf im vorliegenden Zusammenhang nicht ankomme (Beschwerdeantwort, Rz. 182).

5.2.2 Bei den Teilnahmebedingungen handelt es sich hingegen um allgemeine Grundvoraussetzungen für die Teilnahme an Vergabeverfahren, die unabhängig vom Leistungsgegenstand von allen Anbietenden zu erfüllen sind (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1940 zu Art. 26 BöB; BGE 140 I 285 E. 5.1 "nettoyage Nettam 13"; HANS RUDOLF TRÜEB/ NATHALIE CLAUSEN, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, [im Folgenden: BöB-Kommentar], 2. Aufl., Zürich 2021, N 1 f. zu Art. 26 BöB und N 3 zu Art. 27 BöB). Hierbei steht insbesondere die Einhaltung von Arbeitsschutzbestimmungen sowie Arbeitsbedingungen, Umweltrecht, Melde- und Bewilligungspflichten und Bestimmungen über die Gleichbehandlung von

Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit im Vordergrund. Ausserdem sollen die Anbietenden die fälligen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben und auf unzulässige Wettbewerbsabreden verzichten (vgl. Art 26 Abs. 1 BöB). Den (eignungsunabhängigen) Ausschlussgründen ist gemein, dass sie in massgeblicher Weise die Vermeidung von Wettbewerbsvorteilen durch Anbieter bezwecken, die (beispielsweise) ihren steuerlichen und arbeitsrechtlichen Pflichten nicht nachkommen (BGE 143 II 425 E. 4.4.2 "Publicom"; vgl. zur lauterkeitsrechtlichen Komponente etwa Art. 7 UWG betreffend Arbeitsbedingungen). Gleichzeitig steckt im Konzept der Teilnahmebedingungen auch ein System- bzw. Politikkohärenzgedanke. Wenn etwa das GPA 2012 neu ausdrücklich die Bedeutung der Korruptionsprävention erwähnt (vgl. dazu auch das einschlägige Gesetzesziel gemäss Art. 2 Bst. d BöB), liegt es nahe, beispielsweise die Möglichkeit zu schaffen, Anbieterinnen, die wegen Korruption verurteilt worden sind, gestützt auf Art. VIII 4:d GPA bzw. Art. 44 BöB auszuschliessen (MARC STEINER, Internationale Rechtsgrundlagen – Welthandelsorganisation – GPA-Beschaffungsübereinkommen, in: Lausen/Müller [Hrsg.], Handbuch Nachhaltigkeit im Vergaberecht, München 2024, § 2 Rz. 26). Die Vertragspartner der öffentlichen Hand sollen die Rechtsordnung respektieren (Urteil des BVGer in den vereinigten Verfahren B-396/2018 und B-505/2018 vom 19. Februar 2019 E. 3.4.1 "cotisations sociales"). Bei Missachtung dieser "vergaberechtlichen Grundvoraussetzungen" könnte das öffentliche Beschaffungswesen überhaupt in Misskredit kommen (AGVE 2018 S. 253 ff. E. 2.2; BEYELER, Geltungsanspruch, a.a.O., Rz. 1478).

5.2.3 Nach altem Beschaffungsrecht wurde zwischen Eignungsprüfung und der Frage, ob eignungsunabhängige Ausschlussgründe gegeben sind, nicht immer klar unterschieden (Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 5.5.3 "Studie Schienengüterverkehr"; vgl. E. 5.2 hiervor). Das gilt auch für die Rechtsgrundlagen selbst, soweit etwa in Anhang 3 zur aVöB unter Ziffer 6 die "Erklärung betreffend Verpflichtung zur Einhaltung der Arbeitsbedingungen" als Eignungsnachweis aufgeführt worden ist. Die Rechtsprechung hat indessen auch zum alten Recht festgehalten, dass Eignungskriterien und eignungsunabhängige Ausschlussgründe bzw. Teilnahmebedingungen auseinandergehalten werden müssen (BGE 143 II 425 E. 4.4 "Publicom"; Urteil des BVGer in den vereinigten Verfahren B-396/2018 und B-505/2018 vom 19. Februar 2019 E. 3.4.1 "cotisations sociales"). Auch in der Doktrin ist zum alten Recht ausgeführt worden, dass es beispielsweise bei einem Ausschluss wegen beruflichen Fehlverhaltens nicht um ein Fehlen an Fähigkeiten oder Kapazitäten im Hinblick auf den konkreten Auftrag geht (BEYELER, BVR 2018,

S. 222). Vor diesem Hintergrund leuchtet auch der Hinweis in der Botschaft ein, wonach das neue Gesetz die Begriffe klärt (Botschaft BöB, BBl 2017 1985, S. 1939 zu den "Vergabeanforderungen"; vgl. dazu den Entscheid des BVGer B-9902/2025 vom 18. Juni 2026 E. 4.8.1 "ETH-Strombeschaffung / soziale Kriterien"). Art. 26 BöB und Art. 26 IVöB kodifizieren "die ständige Praxis der Schweiz" betreffend die Teilnahmebedingungen und betten diese ins System der Vergabeanforderungen ein (RAMONA WYSS, in: BöB-Handkommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 26 BöB).

5.3 Um den Hintergrund der soeben beschriebenen Kodifikation namentlich auch betreffend Definition und Erweiterung der Ausschlussgründe gemäss Art. 44 BöB einordnen zu können, rechtfertigen sich auch einige Ausführungen zum GPA und Konzept des BöB 2019, welches sich diesbezüglich vom alten Recht grundlegend unterscheidet.

5.3.1 Zum WTO-Government Procurement Agreement vom 15. April 1994 wurde teilweise die Meinung vertreten, die Bedeutung des Welthandelsvergaberechts als Marktöffnungsinstrument bzw. die Wettbewerbszielsetzung seien derart bedeutend, dass eignungsunabhängige Ausschlüsse im Ergebnis als vermutungsweise missbräuchlich bzw. protektionistisch oder anderweitig politisch motiviert anzusehen sind (HANS-JOACHIM PRIEß/ CHRISTIAN PITSCHAS, Secondary Policy Criteria and Their Compatibility with EC and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration, in: Public Procurement Law Review 2000, S. 171 ff., insb. S. 178 ff.). Indessen ist in der Lehre auch darauf hingewiesen worden, dass zwar gemäss Art. VIII Bst. b GPA 1994 verlangt wird, dass die Bedingungen für die Teilnahme auf diejenigen zu beschränken sind, welche wesentlich sind, um sicherzustellen, dass das Unternehmen den betreffenden Auftrag erfüllen kann, dass aber in Art. VIII Bst. h GPA 1994 ausdrücklich gesagt wird, dass diese Bestimmung dem nicht entgegensteht, dass ein Anbieter - zum Beispiel wegen Konkurs oder unwahrer Erklärungen - ausgeschlossen wird, sofern dies mit den Bestimmungen dieses Übereinkommens über die Inländerbehandlung und die Nichtdiskriminierung vereinbar ist (SUE ARROWSMITH, Government Procurement in the WTO, Den Haag 2003, S. 226 f. i.V.m. S. 337 ff.). Dieselbe Autorin hat aber auch eine Rechtsunsicherheit in Bezug auf Art. VIII des GPA 1994 festgestellt (SUE ARROWSMITH, The Revised GPA: Changes to Procedural Rules, in: Arrowsmith/Anderson [Hrsg.], The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 309). In vergleichbarer Weise bezeichnet die BöB-Botschaft die Formulierung von Art. VIII Bst. h GPA 1994 als "wenig griffig" (Botschaft BöB, BBl 2017 1985, S. 1960 zu Art. 44 BöB). Gestützt

auf Art. VIII Bst. h GPA 1994 ist in Art. 8 aBöB insbesondere die Teilnahmebedingung betreffend die Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und der Arbeitsbedingungen verankert worden, woran wiederum die Regelung betreffend den Ausschluss angeknüpft hat (Art. 11 Bst. d aBöB). Zur Begründung ist in der GATT-Botschaft II (BBl 1994 IV 950, insb. S. 1186) festgehalten worden, dass der Staat als Auftraggeber nicht von (sich durch Missachtung dieser Mindeststandards ergebenden) Wettbewerbsverzerrungen profitieren darf, indem er sich auf diese Art und Weise Preisvorteile verschafft (vgl. E. 5.2.2 hiervor).

5.3.2 Aufgrund der Revision des GPA haben sich in Bezug auf die Ausschlussgründe (und die neu geschaffenen Sanktionen) die Rahmenbedingungen deutlich verändert. In der Botschaft zum GPA 2012 (BBl 2017 2053, insb. S. 2083) ist dazu festgehalten worden, dass Art. VIII:4 GPA (2012) den Willen der Vertragsparteien widerspiegle, gegenüber dem GPA 1994 eine verstärkte Governance sicherzustellen und in bestimmten Fällen einen Anbieter "durch einen Ausschluss zu sanktionieren" (vgl. zu dieser Wortwahl bzw. zum Unterschied zwischen Ausschluss und Sanktion E. 4.1.1 hiervor). In gleicher Weise sind auch für das europäische Beschaffungsrecht mit den Vergaberichtlinien 2004 und erst recht mit den Vergaberichtlinien 2014 die System- bzw. Politikkohärenz wichtiger geworden und damit auch die Ausschlussgründe zahlreicher (FETZ/STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, a.a.O., Rz. 133). In diesem Sinne sind im GPA 2012 die Beispiele für die eignungsunabhängigen Gründe, welche den Ausschluss rechtfertigen, namentlich erweitert worden um "rechtskräftige Urteile betreffend schwere Verbrechen oder sonstige schwere Delikte" und "berufliches Fehlverhalten, Handlungen oder Unterlassungen, die die berufliche Ehre und Integrität des Anbieters beeinträchtigen" (Art. VIII:4 Bst. c und Bst. e GPA). Zugleich wird in diesem Zusammenhang das neue Konzept, wonach die Auftraggeberin negative Erfahrungen aus früheren Aufträgen ebenso wie die Resultate aus einer Abklärung durch die WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen kann, als "zentrale Neuerung" beschrieben (Botschaft BöB, BBl 2017 1985, S. 1960 zu Art. 44 BöB; vgl. zu negativen Erfahrungen nach altem Recht BEYELER, BVR 2018, S. 219). Ein entsprechender Konsens zwischen den Mitgliedstaaten sei unter der Bedingung eines angemessenen Schutzes der Interessen der Anbieter erreicht worden. Der Konsens sei möglich geworden, nachdem in Artikel VIII:4 die Anforderung ergänzt worden sei, dass ein Ausschluss nur vorgenommen werden könne, wenn Beweise vorliegen, die einen solchen Ausschluss rechtfertigen. Der Wortlaut "where there is supporting evidence" der englischen Fassung drückt die Natur des erreichten Konsenses

deutlicher aus (Botschaft zum GPA 2012; BBl 2017 2053, insb. S. 2083). Mit anderen Worten ist auch hier darauf zu achten, dass es insbesondere nicht zu protektionistisch motivierten Ausschlüssen kommt ("inappropriate exclusions" nach SUE ARROWSMITH). Durch das Regelungskonzept des GPA, wonach mit diesem Abkommen nicht umfassend reguliert, sondern Mindeststandards definiert werden sollen (BVGE 2018 IV/6 E. 3.6.1 "Loslimitierung swissgrid"; MARC STEINER, Internationale Rechtsgrundlagen, a.a.O., Rz. 14 ff.), wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, Ausschlussgründe zu definieren, ohne solche aber zwingend vorzugeben (Kann-Vorschrift; LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, a.a.O.; Rz. 1 zu Art. 44). Indessen ist bereits aufgrund des Wortlauts von Art. VIII:4 GPA klar, dass die GPA-Liste der eignungsunabhängigen Ausschlussgründe nicht abschliessend, sondern "exemplarisch" zu verstehen ist (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, insb. S. 1960 zu Art. 44 BöB). Damit entsprechen eignungsunabhängige Teilnahmebedingungen und der darauf gestützte Ausschluss von Anbietenden grundsätzlich dem Konzept des GPA 2012.

5.4

5.4.1 Die Kodifizierung der einzelnen Ausschlussgründe aus dem revidierten GPA 2012 erfolgte mit der Totalrevision des Schweizer Beschaffungsrechts, welches auf Bundesebene am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist. Die in Art. 44 BöB geregelten Ausschlussgründe beruhen grundsätzlich auf den Tatbeständen des Art. XVII GPA 2012. Der nationale Gesetzgeber hat diese jedoch präzisiert und zusätzliche Ausschlussgründe integriert. Art. 44 BöB bildet nicht nur die rechtliche Grundlage für den Ausschluss, sondern auch für den Widerruf des Zuschlags oder die Streichung einer Anbieterin aus einem Verzeichnis. Schliesslich werden die Tatbestände in Art. 44 Abs. 1 und 2 BöB in solche, die eine sichere Kenntnis voraussetzen (Abs. 1) und in solche, die bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte (Abs. 2) zur Anwendung gelangen, aufgeteilt (vgl. Botschaft BöB, BBl 2017 1961 und 1963, sowie LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 44).

5.4.2 Nach Art. 44 Abs.1 und Abs. 2 BöB kann die Auftraggeberin eine Anbieterin nicht nur ausschliessen, wenn auf sie selbst einer der aufgezählten Ausschlussgründe zutrifft. Vielmehr gilt dasselbe auch dann, wenn Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einen Ausschlusstatbestand erfüllen. Beigezogene Dritte sind grundsätzlich Subunternehmen (LOCHER, Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 44). Im vorliegenden Fall stützt die Vergabestelle den Ausschluss auch auf Vorwürfe, die gegen

A._____ als Schlüsselperson der Beschwerdeführerin gerichtet sind, der für die Zweigstelle Bellinzona zeichnungsberechtigt ist.

5.4.3 Im vorliegenden Fall werden in der angefochtenen Verfügung sowohl ein Ausschlussgrund nach Abs. 1 (Bst. h) als auch drei Ausschlussgründe nach Abs. 2 (Bst. b, d und f) geltend gemacht und sind damit auf ihr Vorliegen zu prüfen:

> [Art. 44 BöB] Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlages
>
> [1] Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
>
> […]
>
> h. Sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein.
>
> […]
>
> [2] Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
>
> […]
>
> b. Es wurden unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen.
>
> […]
>
> d. Sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen.
>
> […]
>
> f. Sie missachten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt.
>
> […]

5.4.4 Im Zusammenhang mit den in Erwägung E. 4.1 hiervor beschriebenen Verfahren betreffend Sanktion ist noch einmal darauf hinzuweisen,

dass der Ausschlussgrund betreffend Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB, auf den sich die Sanktionsverfügung vom 18. Januar 2024 gestützt hat, im Schreiben vom 17. Januar 2025 betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs im zweiten Sanktionsverfahren ebenso fallen gelassen worden ist wie im Rahmen der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 4.4.3.4 hiervor). Die Vergabestelle geht indessen davon aus, den Ausschluss (unter anderem) gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB mit dem Verdacht auf Handlungen, welche die berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen, begründen zu können (vgl. E. 9 hiernach).

5.4.5 Nach dem Gesagten wird in Bezug auf den Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB, auf welchen sich die angefochtene Verfügung unter anderem stützt, ausserdem zu prüfen sein, welche Gesichtspunkte im Rahmen der Beantwortung der Frage, ob eine Anbieterin "keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin" ist, herangezogen werden können (vgl. dazu ausführlich E. 6.3 hiernach). Dies insbesondere in Abgrenzung zur Frage nach der "berufliche[n] Ehre oder Integrität" im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB (vgl. dazu E. 6.8.2 und E. 9.2.5 hiernach).

6.

Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB kann die Vergabestelle eine Anbieterin ausschliessen, wenn festgestellt wird, dass diese frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt hat oder in anderer Weise hat erkennen lassen, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein.

6.1

6.1.1 Die Beschwerdeführerin rügt materiell, es sei insbesondere kein Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 BöB zu erkennen (Beschwerde, Rz. 14, 17 f.). Sie betont einerseits, den letzten bis Ende 2025 laufenden Rahmenvertrag betreffend Gleisunterhalt stets zur vollsten Zufriedenheit der Auftraggeberin erfüllt zu haben. Es sei nie eine Rüge der Vergabestelle wegen mangelhafter Erfüllung ihrer bisherigen Verträge erhoben worden. Ausserdem könne der Beschwerdeführerin auch nicht vorgeworfen werden, keine verlässliche oder vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein (Beschwerde, Rz. 17 f., 34, 51 ff.). Vielmehr sei es rechtsstaatlich problematisch, wenn sich die Vergabestelle vor allem von Medienberichten bzw. politischen Erwägungen leiten lasse (Beschwerde, Rz. 21 und 25).

6.1.2 Die Vergabestelle hingegen geht in ihrer Ausschlussverfügung (Ziff. II/1.1, S. 9) davon aus, dass die im Raum stehenden Vorwürfe derart schwer wiegen, dass ihr bis zum Vorliegen entlastender Beweise kein erneuter Vertragsschluss mit der X._____ zugemutet werden kann. Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, es habe in der Zusammenarbeit mit der Vergabestelle nie Vorwürfe hinsichtlich der Qualität gegeben, erachtet die Vergabestelle dies als irrelevant, da die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt auf mangelhafte Vertragserfüllung in der Vergangenheit gestützt habe (Beschwerdeantwort, Rz. 182).

6.2 Die Vergabestelle beruft sich im Rahmen der Begründung der angefochtenen Verfügung (S. 9) im Titel und im letzten Abschnitt unter Ziffer II/1.1 zwar nur auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h und Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB. Aus der Begründung geht dann aber hervor, dass aus Sicht der Vergabestelle ausserdem die Vorwürfe betreffend die Verletzung von Arbeitsbestimmungen beim Bau des Ceneri-Basistunnels, die unter 44 Abs. 2 Bst. f BöB fallen, als in Bezug auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB ebenfalls relevant interpretiert werden. Klar nicht relevant sind insoweit demgegenüber die auch in der Begründung nicht erwähnten und damit nur mit Blick auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB zu prüfenden, der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Verstösse gegen das Wettbewerbsrecht.

6.3

6.3.1 Im vorliegenden Zusammenhang ist mit Blick auf den Umstand, dass sich die Vergabestelle nicht auf die Schlechterfüllung von Verträgen beruft, vor allem zu prüfen, ob der Ausschlussgrund des Art. 44 Abs. 1 Bst. h zweiter Halbsatz BöB erfüllt ist, wonach die Anbieterin in anderer Weise zu erkennen gegeben hat, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein. Dabei wird in systematischer Auslegung auch zu berücksichtigen sein, dass das Nichterfüllen von Teilnahmebedingungen im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. c BöB relevant sein kann und in Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB geregelt wird (vgl. dazu ausführlich E. 6.8.1 hiernach). Die einschlägigen Bestimmungen lauten wie folgt:

[Art. 44 BöB] Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlages

[1] Die Auftraggeberin kann eine Anbieterin von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen ihr bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn festgestellt wird, dass auf die betreffende Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:

a. Sie erfüllen die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr, oder der rechtskonforme Ablauf des Vergabeverfahrens wird durch ihr Verhalten beeinträchtigt.

[…]

c. Es liegt eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin oder wegen eines Verbrechens vor.

[…]

h. Sie haben frühere öffentliche Aufträge mangelhaft erfüllt oder liessen in anderer Weise erkennen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein.

6.3.2 Die Beweislast für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes liegt bei der Vergabestelle (vgl. E. 4.6.1 hiervor; vgl. spezifisch in Bezug auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB BEYELER, BVR 2018, S. 234). Ausserdem ist festzuhalten, dass für sämtliche Tatbestände gemäss Art. 44 Abs. 1 BöB bereits nach dem Wortlaut der Bestimmung ("wenn festgestellt wird") sichere Kenntnis vorausgesetzt wird (BöB-Botschaft, S. 1961). Die Lehre hält dazu fest, dass es klar und weniger klar umschriebene Tatbestände gibt. "Verbrechen" und "Vergehen" im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB sind ein klar abgestecktes Beweisthema, wogegen Formulierungen wie "Verletzungen der Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption" insoweit weniger klar sind (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 47). Zu diesen weniger klar umschriebenen Tatbeständen gehört zweifellos auch Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB. In Bezug auf alle Tatbestände nach Art. 44 Abs. 1 BöB ist indessen der Vollbeweis zu erbringen (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 46). Dieser setzt – namentlich auch in Bezug auf die Tatbestandsvarianten gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB – eine hinreichend sichere Tatsachenbasis voraus (vgl. LENA GÖTZINGER, Verfahrensausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung – Ein Beitrag zu Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB, BR 2022, S. 242 f.).

6.3.3 Schon vor Inkrafttreten des neuen Beschaffungsrechts auf Bundesebene haben verschiedene kantonale Rechtsordnungen den Ausschluss wegen Straftaten vorgesehen und dabei verlangt, dass es zu einer strafrechtlichen Verurteilung gekommen ist (vgl. Urteil des BGer vom 25. September 2012, 2D_49/2011, E. 5.7, in Bezug auf das Submissionsrecht des Kantons Graubünden). Im gleichen Sinne ist nach Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB eine Anbieterin auszuschliessen, wenn eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin oder eines Verbrechens vorliegt. Zweck dieser Norm ist auch die Wahrung der

Reputation der Auftraggeberin (JÄGER, a.a.O, Rz. 42, sowie LOCHER, BöB-Handkommentar, Rz. 20 zu Art. 44 BöB). Im Unterschied dazu bedeutet der Vollbeweis in Bezug auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB gerade nicht, dass ein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss (GÖTZINGER, BR 2022, S. 242 mit Fn. 54). Auch nach MARTIN BEYELER ist es nicht ausgeschlossen, dass Mängel, Verspätungen und sonstige Vertragsverletzungen und die entsprechende (vertragliche) Verantwortung der Anbieterin auf andere Weise als durch ein rechtskräftiges Urteil wirksam belegt werden (BEYELER, BVR 2018, S. 233; anderer Meinung allenfalls JÄGER, Ausschluss, Rz. 41). Auch das von BEYELER besprochene Urteil VGE 100.2017.228 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 16. Dezember 2017 (BVR 2018, S. 206 ff.) stützt sich nicht auf ein Zivilurteil, sondern auf "grundsätzlich unbestrittene Ergebnisse" (E. 4.5). Davon ist auch in Bezug auf die zweite Tatbestandsvariante, wonach die Anbieterin auf andere Weise erkennen lässt, keine verlässige und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein, auszugehen (GÖTZINGER, S. 242 f.; vgl. dazu rechtsvergleichend E. 6.5.6 hiernach).

6.4

6.4.1 Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB sieht vor, dass Anbieterinnen wegen negativer Erfahrungen aus früheren öffentlichen Aufträgen vom laufenden Beschaffungsverfahren durch die Vergabestelle ausgeschlossen werden können. Dieser Ausschlussgrund wurde auf Bundesebene erstmals mit der Beschaffungsrechtsreform 2019 eingeführt und basiert auf einer Neuerung von Artikel VIII Abs. 4 Bst. c GPA 2012 «*significant or persistent deficiencies in performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract*» (vgl. auch LENA GÖTZINGER, Vefahrensausschluss wegen mangelhafter Vertragserfüllung – Ein Beitrag zu Art. 44 Abs. 1 lit. h BöB, BR 2022, S. 237). Nach dem Wortlaut im GPA 2012 («*significant or persistent deficiencies»*) berechtigt eine frühere Vertragsverletzung in einem untergeordneten Punkt allerdings auch dann nicht zum Ausschluss der betreffenden Anbieterin, wenn diese Vertragsverletzung wiederholt erfolgt ist (vgl. Botschaft BöB, S. 1962; HUBERT STÖCKLI/MARTIN BEYELER, Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen, in: Zufferey / Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich, 2012, S. 36). Ausserdem ist dem Wortlaut des GPA 2012 («*substantive requirement or obligation*») auch zu entnehmen, dass es sich um eine wesentliche Vertragsverletzung handeln muss. Eine solche wesentliche Pflichtverletzung kann sich entweder auf die Hauptpflichten des Vertragspartners beziehen oder auf bedeutende Nebenpflichten, die für das Vertrauensverhältnis von besonderer Bedeutung sind, wie etwa Geheimhaltungsverpflichtungen (vgl. GÖTZINGER, a.a.O, S. 239).

6.4.2 In Bezug auf die genannten Vertragsverletzungen wird besonders betont, dass ein objektiver Anlass dafür bestehen muss, dass eine vertrauensvolle Zusammenarbeit nicht mehr möglich ist. Mit anderen Worten ist nicht jede unberechtigte Nachforderung geeignet, das Vertrauensverhältnis zu belasten (vgl. zum alten Recht das Urteil VGE 100.2017.228 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 18. Dezember 2017, publiziert in: BVR 2018, S. 206 ff., E. 4.4). Dazu hält LENA GÖTZINGER folgerichtig fest, dass für einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB "nicht jede subjektiv empfundene Fehlleistung genügen" kann (GÖTZINGER, a.a.O, Baurecht 2022, S. 237). Auch die Botschaft geht davon aus, dass negative Erfahrungen mit einer Anbieterin bei früheren Vergaben schwerwiegend sein müssen. Untergeordnete Mängel oder Versäumnisse bei der Erfüllung früherer Aufträge berechtigen nicht zu einem Ausschluss (BöB-Botschaft, S. 1962). Ebenso wird in der Lehre – unter rechtsvergleichendem Hinweis auf die EU-Richtlinien – festgehalten, dass die der Anbieterin vorgeworfenen Verfehlungen von einer gewissen Schwere sein müssen (LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 31 zu Art. 44 BöB). Entscheidend ist ausserdem, wie lange das Fehlverhalten zurückliegt; auch hier setzt das Verhältnismässigkeitsprinzip (zeitliche) Schranken (TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 13 zu Art. 44 BöB).

6.4.3 Eine weitere für den vorliegenden Zusammenhang per analogiam relevante Frage ist, ob die Vergabestelle auch auf schlechte Erfahrungen anderer Auftraggeberinnen zurückgreifen darf. Nach BEYELER spricht es weder gegen den Wortlaut der Bestimmung und von Art. VIII:4 GPA ("under a prior contract") noch gegen denjenigen von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB, wenn sich die Vergabestelle auf schlechte Erfahrungen anderer öffentlicher Auftraggeberinnen beruft (BEYELER, BVR 2018, S. 225 f., zustimmend Götzinger, BR 2022, S. 239). Dabei muss die Auftraggeberin aber in jedem Fall selbst prüfen und beurteilen, ob die Voraussetzungen des Ausschlusses wegen mangelhafter Vertragserfüllung gegeben sind. Sie darf nicht einfach die Einschätzung einer früheren Auftraggeberin oder Dritter übernehmen, wonach eine mangelhafte Erfüllung vorliege (GÖTZINGER, a.a.O., S. 239).

6.5

6.5.1 Nach Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB können Anbieterinnen im Sinne eines Auffangtatbestands auch ausgeschlossen werden, wenn sie in anderer Weise erkennen lassen, keine verlässlichen und vertrauenswürdigen Vertragspartnerinnen zu sein. Diese Formulierung zielt auf das Vertrauensverhältnis zwischen der Vergabestelle und der Anbieterin ab (TRÜEB/CLAUSEN,

BöB-Kommentar, Rz. 14 zu Art. 44 BöB). Auch zum alten Recht wurde je nach anwendbarer Rechtsgrundlage die Meinung vertreten, dass ein Ausschluss einer Anbieterin nicht nur zum Schutz vor unmittelbar drohenden materiellen Schäden dienen kann. Es gebe Verhaltensweisen, welche das Vertrauen der Vergabestelle ausschlussrelevant erschüttern können (vgl. etwa CHRISTOPH JÄGER, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, Zürich 2014, S. 325 ff., Rz. 42 i.V.m. Rz. 45). Rechtsstaatlich heikel sei ein Ausschluss indessen, wenn er ausschliesslich subjektiv, mit der fehlenden "Chemie" zwischen einem Anbieter und dem Vertreter der Vergabestelle begründet wird (a.a.O., Rz. 45 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen ausführlich E. 6.5.7 hiernach).

6.5.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat offen gelassen, ob dabei – wofür der Wortlaut spricht – auf frühere schlechte Erfahrungen abzustellen ist oder ob nicht auch wegen schlechter Erfahrungen im laufenden Verfahren beispielsweise ein Zuschlag widerrufen werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2023 vom 28. August 2023 E. 7.3.4 "Widerruf SBB").

6.5.3 In Bezug auf den vorliegenden Fall führt die Vergabestelle in der Duplik namentlich aus, es sei ohnehin fraglich, wie die Beschwerdeführerin eine transparente und gesetzestreue Organisation sicherstellen wolle. Erst auf die Beschwerdeantwort der Vergabestelle hin habe die Beschwerdeführerin in ihrer Replik eingeräumt, dass in der Tat gegen A._____ ein Strafverfahren wegen Geldwäscherei und Steuerhinterziehung im Hauptverfahren hängig sei. Anders als noch in der Beschwerde dargestellt, sei also nicht jeder strafrechtlich relevante Vorwurf ausgeräumt, wie die Beschwerdeführerin durch Auslassungen und Wiedergabe punktuell entlastender Passagen habe glauben machen wollen. Dieses wenig zur Vertrauensbildung beitragende Vorgehen lasse an der beruflichen Integrität der Beschwerdeführerin zweifeln (Duplik, Rz. 4). Die Beschwerdeführerin versuche in diesem Zusammenhang nach wie vor, bestehende Vorwürfe zu verschleiern. Noch in der Beschwerde habe die Beschwerdeführerin behauptet, sie sei in Italien durch die (nur auszugsweise vorgelegten) Urteile von allen Vorwürfen entlastet (Duplik, Rz. 61). Verweigere sich eine Anbieterin einer lückenlosen Aufklärung, könne dies im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB gegen ihre Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit sprechen (Duplik, Rz. 62).

6.5.4 Die Beschwerdeführerin stellt sich auch in ihrer abschliessenden Stellungnahme auf den Standpunkt, sie habe immer auf die

Dokumentationswünsche der Vergabestelle reagiert ("sempre diligentemente prodotto") und habe auch den Editionsbegehren der Vergabestelle, soweit sie in eine Anordnung des Bundesverwaltungsgerichts eingeflossen seien, im vorliegenden Verfahren Folge geleistet. Nun werde die Beschwerdeführerin von der Vergabestelle dafür kritisiert, dass sie nach den verfahrensrechtlichen Regeln Dokumente eingereicht habe (Stellungnahme vom 29. August 2025, Rz. 5). Auch dort, wo die Beschwerdeführerin die Vergabestelle nur auszugsweise mit Dokumenten bedient habe, sei sie jederzeit für weitere Informationen und die Einreichung weiterer Akten zur Verfügung gestanden (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 29. August 2025, Rz. 6 Bst. d, Rz. 26). In diesem Sinne habe die SBB denn auch geantwortet, sie behalte sich vor, "bei Bedarf und zu gegebener Zeit weitere Nachweise einzufordern" (Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 29. August 2025, Rz. 6 Bst. f i.V.m. Rz. 7 und 23). Auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren habe die Beschwerdeführerin den gerichtlichen Verfügungen betreffend die Editionsbegehren der Vergabestelle immer Folge geleistet (a.a.O., Rz. 6 Bst. l i.V.m. Rz. 7). Namentlich in Bezug auf die compliance-relevanten Dokumente macht die Beschwerdeführerin geltend, keine Belege zurückgehalten zu haben (a.a.O., Rz. 10). Insgesamt wäre es jedenfalls – so die Beschwerdeführerin – Sache der Vergabestelle gewesen, spätestens im vorliegenden Beschwerdeverfahren weitere Belege betreffend die Bemühungen der Beschwerdeführerin um die Verhütung von Straftaten ("prevenzione dei reati") einzufordern (a.a.O., Rz. 10). In Bezug auf die Verfahren in Italien habe sie immer wahrheitsgemäss den Verfahrensstand beschrieben (a.a.O., Rz. 21). So könne das Verhalten der Beschwerdeführerin gegenüber der Vergabestelle während des ersten Sanktionsverfahrens und während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auch nicht Anlass bilden, die Vertrauenswürdigkeit derselben in Frage zu stellen (a.a.O., Rz. 27).

6.5.5 In Bezug auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB wird in der Botschaft zur Reform des Beschaffungsrechts zunächst festgehalten, dass es sich bei der zweiten Tatbestandsvariante, wonach die Anbieterin "*in anderer Weise erkennen liess, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein*", um einen Auffangtatbestand handelt (Botschaft BöB, S. 1962). Dessen Anwendung bedarf einer sorgfältigen Interessenabwägung und wird in der Regel voraussetzen, dass die Anbieterin erfolglos abgemahnt wurde (Botschaft BöB, S. 1962). Wie bei allen Tatbeständen gemäss Art. 44 Abs. 1 BöB wird sichere Kenntnis des Ausschlussgrunds vorausgesetzt (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Den Vergabestellen wird empfohlen, die fehlende Verlässlichkeit oder Vertrauenswürdigkeit der Vertragspartnerin zu

dokumentieren (Botschaft BöB, S. 1962). Richtig ist aber auch – wie von der Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung (S. 9) ausgeführt –, dass ein Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB kein rechtskräftiges Urteil voraussetzt (vgl. E. 6.3.3 hiervor).

6.5.6 Da die Vergabestelle sich in diesem Zusammenhang auf das Urteil des EuGH C-178/16 vom 20. Dezember 2017 in Sachen Mantovani SpA und Guerrato SpA stützt, rechtfertigen sich dazu einige rechtsvergleichende Ausführungen. Die Richtlinie 2014/24/EU kennt (mit Art. 57 Abs. 4 Bst. c) eine Bestimmung, wonach ein (fakultativer) Ausschluss möglich ist, wenn der öffentliche Auftraggeber auf geeignete Weise nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung ("grave professional misconduct") begangen hat, die seine Integrität in Frage stellt. Auch diese Bestimmung ist als Auffangtatbestand zu verstehen ("catch-all clause" / "fallback ground for exclusion"; PASCAL FRITON/JANIS ZÖLL, in: Caranta/Sanchez-Graells (Hrsg.), European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU, Cheltenham 2021, Rz. 80 zu Art. 57; HANS-JOACHIM PRIESS, The Rules on Exclusion and Self-Cleaning Unter the 2014 Public Procurement Directive, in: Public Procurement Law Review, S. 112 ff., insb. S. 118). PRIESS vertritt dazu die Meinung, dass das Statuieren neuer Ausschlussgründe nicht dazu führt, dass der Auffangtatbestand restriktiv auszulegen ist (a.a.O., S. 118). Sowohl das bereits zitierte Urteil des EuGH in der Rechtssache C-178/16 (Rn. 44) wie auch das Urteil des EuGH C-465/11 vom 13. Dezember 2012 Forposta SA und ABC Direct Contact (Rn. 28) enthalten den Hinweis, dass es für die Feststellung einer beruflichen Verfehlung keines rechtskräftigen Urteils bedarf. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung zur Richtlinie 2004/18/EU betreffend die beruflichen Verfehlungen auf die Richtlinie 2014/24/EU übertragen werden kann (FRITON/ZÖLL, a.a.O., Rz. 76 zu Art. 57).

6.5.7 Demgegenüber ist die schweizerische Lehre – insoweit vergleichbar mit den Ausführungen in der Botschaft (vgl. E. 6.5.5 hiervor) – im Rahmen der Auslegung des neuen Beschaffungsrechts, welches ebenfalls durch zahlreiche Ausschlussgründe ergänzt worden ist, richtigerweise sehr zurückhaltend in Bezug auf den dargestellten Auffangtatbestand. Es falle reichlich schwer, eine Verhaltensweise zu "imaginieren, die unter diesen äusserst vagen Tatbestands-Zusatz fallen könnte" (BEYELER, BVR 2018, S. 225). Dabei ist allerdings festzuhalten, dass – entgegen der Auffassung von MARTIN BEYELER (a.a.O., S. 225) – der Auffangtatbestand auch im Staatsvertragsbereich Anwendung findet, weil das GPA die

Ausschlussgründe nicht abschliessend aufzählt (vgl. E. 5.3.2 in fine hiervor). Indessen ist besonders darauf zu achten, dass es nicht zu "inappropriate exclusions" kommt (vgl. E. 5.3.2 hiervor). In diesem Sinne hält die Lehre fest, dass nicht jeder untergeordnete Anhaltspunkt zu einem Ausschluss führen könne (LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 32 zu Art. 44 BöB; vgl. E. 6.4.1 hiervor). GALLI/MOSER/LANG/STEINER heben namentlich hervor, dass zu vermeiden ist, dass die Anbieterin "vom Wohlwollen der einzelnen verantwortlichen Vertreter der Vergabebehörde abhängig" gemacht wird (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 504). Es muss vermieden werden, dass der Ausschluss "nicht auf objektiven Kriterien" beruht (BEYELER, BVR 2018, S. 225). Das bedeutet, dass es relevant ist, wer für das Zerwürfnis verantwortlich ist (Urteil des VG.2020.00023 des Verwaltungsgerichts des Kantons Glarus vom 30. April 2020 E. II/5.3.1 mit Hinweis auf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 502). Ob der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff "Verschulden" präzise ist, braucht im vorliegenden Fall nicht vertieft zu werden. LENA GÖTZINGER führt im Sinne der systematischen Auslegung aus, dass bei Anwendung des Auffangtatbestands allemal zu fordern sein dürfte, dass das fehlende Vertrauen in die Anbieterin und deren Unzuverlässigkeit so bedeutend sind, dass diese in ihrer Schwere der Vertragsverletzung gemäss der ersten Tatbestandsvariante von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB entsprechen (GÖTZINGER, BR 2022, S. 241; vgl. E. 6.5.1 hiervor und zu den Anforderungen an die Vertragsverletzung E. 6.4.2 hiervor).

6.5.8 Im vorliegenden Fall beanstandet die Vergabestelle das Prozessverhalten der Beschwerdeführerin, namentlich die unterlassene Mitwirkung im Rahmen des Sanktionsverfahrens bzw. das unterlassene proaktive Vorlegen von Beweismitteln. Indessen macht sie nicht geltend, die Beschwerdeführerin müsse wegen unwahrer oder irreführender Angaben im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB ausgeschlossen werden. Auch ein derartiger Ausschluss würde im Übrigen voraussetzen, dass die falsche Angabe nicht von untergeordneter Bedeutung ist (Urteil 100.2021.169U des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 31. August 2021 E. 3.4; vgl. zur Kasuistik falscher Angaben auch TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 17 zu Art. 44 BöB). Das Bundesverwaltungsgericht hat falsche Angaben auch im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung wegen des Ausschlusses aufgrund Nichteinhalten von Teilnahmebedingungen geprüft, und dazu festgehalten, dass diese Rückschlüsse auf die Anbieterin im Sinne eines Mangels an Redlichkeit ("manque de probité") zulassen (BVGE 2019 IV/1 E. 4.4 "cotisations sociales"). Wenn eine Anbieterin, der eine Auftragssperre im Sinne von Art. 45 BöB droht, nicht sämtliche möglichen

Angriffsflächen mitsamt der Zuordnung des Sachverhalts zu den jeweils einschlägigen Ausschlussgründen proaktiv offen auf den Tisch legt unter unaufgeforderter Vorlage aller relevanten Beweismittel, zwingt das die Vergabestelle zwar zu hohem Instruktionsaufwand, indem sie namentlich schon in einem frühen Verfahrensstadium spezifisch diejenigen Dokumente einverlangen muss, die ihr beweiserheblich erscheinen. Aber das allein genügt nicht, um die Vertrauenswürdigkeit der Anbieterin in einer Weise in Frage zu stellen, die einen Ausschluss im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB rechtfertigen würde. Vielmehr ist es Sache der Vergabestelle, sich des Umstands bewusst zu sein, dass im Sanktionsverfahren gerade nicht die sonst "relativ weit reichende" Mitwirkungspflicht der Anbieterinnen gilt (vgl. dazu BGE 143 II 425 E. 5.3 "Publicom"; TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Rz. 3 zu Art. 55 BöB). Vielmehr rückt die Auftraggeberseite im Sanktionsverfahren gemäss Art. 45 BöB in Bezug auf die Frage nach ihrer Rolle in die Nähe einer Regulierungsbehörde, wogegen sie in einem gewöhnlichen Beschaffungsverfahren eher selbst als "regulierungsbedürftig" erscheint (vgl. Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017 IV/4, E. 5.3 "Publicom"). Damit kann die Vergabestelle den Ausschluss jedenfalls nicht auf das Prozessverhalten der Beschwerdeführerin stützen, soweit das erste Auftragssperreverfahren in Frage steht, d.h. bis und mit dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (vgl. dazu E. 4.1.3 ff. hiervor). Soweit die Vergabestelle auf das Prozessverhalten der Beschwerdeführerin während des vorliegenden Beschwerdeverfahrens abzielt, hält die Beschwerdeführerin zutreffend fest, dass sie allen auf Antrag der Vergabestelle erfolgten gerichtlichen Instruktionen betreffend die Edition von Dokumenten Folge geleistet hat. Dass sie das Schwergewicht der Argumentation ändert, sobald der Gegenseite mehr Dokumente zur Verfügung stehen, entspricht der Prozesssituation und ist jedenfalls nicht zu beanstanden vor dem Hintergrund, dass ein zweites Sanktionsverfahren hängig und lediglich zugunsten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sistiert ist. Damit kann die Frage unerörtert bleiben, inwieweit der Umstand relevant ist, dass das Prozessverhalten vor Gericht naheliegenderweise einen Sachverhalt darstellt, der sich erst nach Ergehen der angefochtenen Ausschlussverfügung verwirklicht hat (vgl. dazu E. 4.6.2 hiervor).

6.5.9 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vergabestelle den Ausschluss gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB nicht mit dem Prozessverhalten der Beschwerdeführerin begründen kann.

6.6

6.6.1 Die Vergabestelle hat in der angefochtenen Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025 ausserdem ausgeführt, die hängigen Verfahren im Tessin und in Mailand seien publik und der Öffentlichkeit bekannt, wie die einschlägigen Medienberichte belegen. Sie hätten ausserdem zu hohem politischem Druck auf die SBB AG sowie für die SBB als Vergabestelle negativen Presseberichten geführt. Diese Faktoren würden klar aufzeigen, dass das vorgeworfene Fehlverhalten der Beschwerdeführerin sowie deren Organe schwer wiege; ansonsten hätte es keine politischen Vorstösse ausgelöst (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.1 S. 9). Da die genannten Verfahren noch hängig seien, habe sich die Situation gegenüber dem Zeitpunkt der genannten Medienberichterstattung und politischen Vorstösse nicht verändert. Somit müsse die Vergabestelle davon ausgehen, dass sie bei einem erneuten Zuschlag an die Beschwerdeführerin mit vergleichbaren Reaktionen konfrontiert würde, was zu einem Reputationsverlust der SBB führen würde. Mit anderen Worten könne es ihr als öffentliche Auftraggeberin gestützt auf die […] Lehrmeinung (meint: von MARTIN BEYELER) nicht zugemutet werden, mit einer Unternehmung zusammenzuarbeiten, welcher insbesondere kriminelle Vereinigung im Zusammenhang mit der Mafia und Verstösse gegen Arbeitsschutzvorschriften angelastet werden. Die Teilnahme der Beschwerdeführerin an einem Vergabeverfahren der SBB würde bedeuten, dass diese das berufliche Fehlverhalten trotz der schweren Vorwürfe billige (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.1, S. 10).

6.6.2 Die Beschwerdeführerin wiederum beklagt, das Opfer einer verunglimpfenden Medienkampagne der Gewerkschaft Unia zu sein ("continua campagna denigratoria mediatica"; Beschwerde, Rz. 21). Vor allem habe sich die Gewerkschaft auch an die damalige Verkehrsministerin gewandt mit dem Ziel, diese zu veranlassen, in diesem Zusammenhang Massnahmen zu treffen. Dieses Vorgehen sei im Übrigen in den Abschreibungsverfügungen der Tessiner Staatsanwaltschaft vom Dezember 2024 kritisiert worden (Beschwerde, Rz. 23).

6.6.3 Sachverhaltlich ist zunächst unbestritten, dass die von der Vergabestelle in der Ausschlussverfügung aufgeführten Hinweise auf Verletzungen von Teilnahmebedingungen sowohl im Tessin als auch in Italien Gegenstand von einschlägigen Medienberichten waren. So ist etwa in der Gewerkschaftszeitung "work" am 18. März 2022 ein Artikel mit dem Titel "Baut die ‘Ndrangheta auch für die SBB?" erschienen, der darauf hingewiesen hat, dass am Monte Ceneri 2019 einer der grössten Lohndumpingskandale

der Schweiz geplatzt sei. Seither ermittle die Tessiner Staatsanwaltschaft gegen den Gleisbaukonzern X._____. Jetzt dopple die Mailänder Anti-Mafia-Behörde nach (Beilage 6 zur angefochtenen Verfügung). Ergänzend wurde in der RAI-Sendung "L'ultima fermata" vom 8. Oktober 2023 namentlich berichtet über die strittigen Vorfälle in Dänemark und die behauptete Zusammenarbeit mit der kriminellen Vereinigung 'Ndrangheta. Ausserdem wurde darin die Frage aufgeworfen, ob im Bereich der Gleisstopfarbeiten wettbewerbswidrige Abreden im Sinne einer Gebietsabsprache getroffen worden sind. Zudem wurde auch die mangelhafte Kontrolltätigkeit der italienischen Rete Ferroviaria Italiana (RFI) im Sicherheitsbereich gebrandmarkt (Beilage 7 zur angefochtenen Verfügung). Auch politisch ist das Tessiner Strafverfahren nicht folgenlos geblieben. In der Interpellation 22.3657 vom 15. Juni 2022 mit dem Titel "Missstände und Unregelmässigkeiten auf der Neat-Baustelle des Ceneri-Basistunnels. Wusste das UVEK davon und hat nicht eingegriffen?" wandte sich Nationalrat Marco Romano an den Bundesrat insbesondere mit der Frage, warum das BAV im Zusammenhang mit Vorkommnissen auf der Monte Ceneri-Baustelle den Strafbehörden keine Meldung gemacht habe. Ausserdem wies er darauf hin, dass in Mailand gegen eine der Zuschlagsempfängerinnen wegen Unterwanderung durch die kalabrische Mafia in den Bereichen Bau und Unterhalt des italienischen Schienennetzes ermittelt werde (Beilage 5 zur angefochtenen Verfügung). Ausserdem reichte Nationalrat Marco Romano am gleichen Tag eine weitere Interpellation 22.3658 ein, mit welcher er verlangte, dass das vom italienischen Staat ausgestellte Anti-Mafia-Zertifikat auch für das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz Pflicht werden solle. Dazu führte wiederum der Bundesrat mit Bericht vom 6. Dezember 2024 namentlich aus, "von Anbieterinnen und Subunternehmen mit Sitz oder Muttergesellschaft in Italien standardmässig ein Anti-Mafia-Zertifikat zu verlangen, […], wäre eine unzumutbare und damit unverhältnismässige Teilnahmehürde und würde die betroffenen Unternehmen diskriminieren". Im Einzelfall wäre das zwar denkbar, aber mit gewissen praktischen Schwierigkeiten in Bezug auf die Erhältlichkeit des Zertifikats verbunden (Bericht des Bundesrates vom 6. Dezember 2024 zur Anti-Mafia-Zertifikatspflicht im öffentlichen Beschaffungswesen der Schweiz, S. 18 f. i.V.m. S. 23). Vor allem bei "risikobehafteten Aufträgen" könne es angebracht sein, vermehrt vor dem Zuschlag einen Strafregisterauszug oder dergleichen einzuverlangen und dies entsprechend anzukündigen (a.a.O., S. 19 i.V.m. S. 23). Nach dem Gesagten erscheine es indessen weder opportun noch notwendig, die gesetzlichen Rahmenbedingungen anzupassen (a.a.O., S. 23). Zusammenfassend ergibt sich, dass sachverhaltlich erstellt ist, dass sowohl die Medienberichte als auch insbesondere die politische Intervention von

Nationalrat Marco Romano durchaus geeignet waren, nicht nur die Reputation der Beschwerdeführerin zu beeinträchtigen, sondern auch diejenige der Vergabestelle.

6.6.4 In der Lehre ist zum alten Recht festgehalten worden, dass dem auf kantonaler Ebene im Unterschied zu Art. 11 aBöB teilweise explizit vorgesehenen Ausschlussgrund "berufliches Fehlverhalten und Straftaten" die Annahme zugrunde liegt, dass ein verurteilter Anbieter aus Reputationsgründen als Vertragspartner der öffentlichen Hand nicht mehr in Frage kommt (JÄGER, Aktuelles Vergaberecht 2014, Rz. 42). In diesem Sinne hat auch MARTIN BEYELER, auf den sich die Vergabestelle beruft (vgl. E. 6.6.1 hiervor), festgehalten, dass der Vergabestelle nicht zuzumuten ist, mit Wirtschaftsteilnehmerinnen zusammenzuarbeiten, denen verpönte Machenschaften oder gar Straftaten vorzuwerfen sind; das gelte jedenfalls bei publik gewordenen Fehlverhaltensweisen von einer gewissen Schwere und sofern eine Zusammenarbeit als nicht tolerierbare Billigung oder Ignoranz des Fehlverhaltens wahrgenommen werden könnte. In diesem Sinne könnte berufliches Fehlverhalten ein Indiz für ein Reputationsrisiko darstellen (BEYELER, BVR 2018, S. 221 f.). Das bedeutet aber nicht, dass Medieninteresse und politische Interventionen bereits als solche hinreichend wären, um einen Ausschluss zu begründen. Soweit die Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung also ausführt, dass das vorgeworfene Fehlverhalten der Beschwerdeführerin schwer wiegt, da es ansonsten keine politischen Vorstösse ausgelöst hätte, darf das nicht dazu führen, dass der aufgrund politischer Interventionen als solcher drohende Reputationsschaden bereits den Ausschluss rechtfertigen könnte. Der Vergabestelle ist zwar zuzustimmen, dass sie bei einem erneuten Zuschlag an die Beschwerdeführerin mit vergleichbaren Reaktionen konfrontiert werden könnte, was zu einem Reputationsverlust der SBB führen könnte (angefochtene Verfügung, Ziffer II/1.1, S. 10). Das bedeutet aber nicht, dass schon die Tatsache, dass der Beschwerdeführerin "kriminelle Vereinigung im Zusammenhang mit der Mafia und Verstösse gegen Arbeitsschutzvorschriften angelastet werden" (angefochtene Verfügung, Ziffer II/1.1, S. 10), als solche einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB zu rechtfertigen vermag. Vielmehr ist es der Vergabestelle gegebenenfalls zuzumuten, im Rahmen einer zugegebenermassen anspruchsvollen Kommunikation darauf hinzuweisen, dass allenfalls der Verdacht nicht hinreichend erhärtet ist, dass die Vorwürfe allenfalls nicht schwer genug wiegen oder dass sich ein Ausschluss trotz bestehender Anhaltspunkte für Fehlverhalten etwa wegen Zeitablaufs als unverhältnismässig erweist. Damit genügt im vorliegenden Fall auch der

drohende Reputationsschaden als solcher nicht, um die Beschwerdeführerin als nicht vertrauenswürdig im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB zu bezeichnen.

6.7 Nachdem festgestellt ist, dass weder das Prozessverhalten der Beschwerdeführerin noch der Reputationsschaden, der der Vergabestelle bei Erteilung des Zuschlags an dieselbe droht, einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB zu rechtfertigen vermögen, ist im Folgenden auf die systematische Auslegung von Art. 44 BöB näher einzugehen. Dabei stellt sich einerseits die Frage nach dem Verhältnis zwischen Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB und Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB. Andererseits ist zu prüfen, inwieweit Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB im vorliegenden Fall neben Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB und Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB eine eigenständige Bedeutung zukommt.

6.8 Im Folgenden ist nach dem Gesagten zu prüfen, ob – wie von der Vergabestelle angenommen – der Tatbestand von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB unabhängig vom Reputationsrisiko und dem Prozessverhalten der Beschwerdeführerin als eigenständiger Ausschlussgrund parallel zu den von der Vergabestelle ebenfalls angerufenen Tatbeständen Art. 44 Abs. 2 Bst. d und Bst. f BöB Anwendung findet.

6.8.1 Aus dem Zusammenspiel von Art. 26 und Art. 44 BöB ergibt sich, dass insbesondere das Nichteinhalten von Teilnahmebedingungen zum Ausschluss führen soll (Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB; FETZ/STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, Rz. 133; LOCHER, in: BöB-Handkommentar, Rz. 11 zu Art. 44 BöB). Demgegenüber wird etwa in Bezug auf die Verletzung von Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption (Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB) oder die Beeinträchtigung der Integrität (Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB) der Ausschlussgrund in Art. 44 BöB selbst erst geschaffen. Ausserdem können in "Idealkonkurrenz" durch dasselbe Verhalten mehrere Ausschlussgründe erfüllt werden. HANS RUDOLF TRÜEB und NATHALIE CLAUSEN (BöB-Kommentar, Rz. 4 zu Art. 44 BöB) erwähnen etwa das Beispiel einer unkorrekten Selbstdeklaration, welche nicht nur im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB, sondern auch in Bezug auf den Ausschluss wegen unwahrer oder irreführender Aussagen und Auskünfte gegenüber der Auftraggeberin im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB relevant sein kann. Auch das Nichtbezahlen von Steuern im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. g BöB kann in Kombination mit einer Falschdeklaration im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB geschehen (LOCHER, Handkommentar BöB; Rz. 30 zu Art. 44 BöB; TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 10 zu Art. 44

BöB). Eine rechtskräftige Verurteilung wegen Korruption erfüllt sowohl Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB als auch Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB, weil im Falle einer Verurteilung auch sichere Kenntnis gegeben ist (vgl. LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 26 zu Art. 44 BöB; TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 10 zu Art. 44 BöB; vgl. E. 6.3.2 hiervor).

6.8.2 In Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Konstellation ist zunächst festzuhalten, dass Teilnahmebedingungen durchaus etwa im Rahmen von Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB (bei sicherer Kenntnis) und zugleich durch Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (hinreichender Verdacht der Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen) geschützt sein können. Gerade dieses Konzept spricht aber dafür, dass es sich um eine abschliessende Regelung handelt, die für eine parallele Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB in Bezug auf die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen keinen Raum mehr lässt. Namentlich die Reputationsaspekte, die – wie festgestellt (E. 6.5.9 hiervor) – keinen selbständigen Ausschlussgrund bilden, können zwar im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB bzw. in Bezug auf die Verhältnismässigkeitsprüfung allenfalls noch eine Rolle spielen. Das bedeutet aber gerade nicht, dass der Tatbestand von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB insoweit ergänzend zur Anwendung kommt. Namentlich darf auch nicht andeutungsweise die Frage aufgeworfen werden, ob Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB allenfalls dazu dienen könnte, schon einen Verdacht genügen zu lassen, der nicht die Schwelle der hinreichenden Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BöB erreicht. Dasselbe gilt im Ergebnis auch für die Verletzung der Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption. Hier bildet zwar Art. 44 BöB die alleinige Basis für den Ausschluss (vgl. E. 6.8.1 hiervor), aber auch insoweit regeln Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB und Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB das integritätsrelevante Verhalten von Anbieterinnen abschliessend. Damit bleibt zwar in beiden Konstellationen Raum für die Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB und Art. 44 Abs. 2 Bst. a BöB (vgl. E. 6.8.1 hiervor), nicht aber für die Anwendung des Auffangtatbestands gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB.

6.9

6.9.1 Zusammenfassend ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass weder das Prozessverhalten der Beschwerdeführerin (vgl. E. 6.5 hiervor) noch der drohende Reputationsschaden für die Vergabestelle als solcher (vgl. E. 6.6.4 hiervor) einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB begründen können. Aus der systematischen Auslegung von Art. 44 BöB ergibt sich – sobald der drohende Reputationsschaden als eigenständiger

Ausschlussgrund wegfällt – namentlich, dass die Vergabestelle dort, wo sie sich auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB und sinngemäss auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h i.V.m. Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB stützt (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.1, S. 10 ff.; vgl. E. 6.2 hiervor), aus Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Namentlich kann Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB nicht dazu herangezogen werden, die Anforderungen an den Nachweis, wie er in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d und Bst. f BöB gefordert wird, im Ergebnis zu senken.

6.9.2 Damit ist im vorliegenden Zusammenhang nicht zu prüfen, welche Bedeutung der vom Gericht einverlangten Liste (beinhaltend die seitens der Beschwerdeführerin für die Vergabestelle erbrachten Leistungen) zukommt. Diese ist als Beilage 12 der Eingabe der Vergabestelle vom 17. April 2025 eingereicht worden. Aus diesem Dokument geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren von 2017 bis 2025 jährlich Stopfleistungen erbracht hat, die […] Schichten pro Jahr umfassten, wobei sich das jährliche Auftragsvolumen von Fr. […] bis Fr. […] bewegte. Die Vergabestelle macht nicht geltend, dass diese Leistungen mangelhaft erbracht worden sind (vgl. zum Ganzen E. 6.1 hiervor).

6.9.3 Nach dem Gesagten bleiben im Folgenden die drei Ausschlussgründe gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB, auf welche sich die Ausschlussverfügung stützt, zu prüfen.

7.

7.1 Allen Ausschlussgründen gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB ist die Voraussetzung gemeinsam, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen müssen, dass einer der Tatbestände des Art. 44 Abs. 2 BöB verwirklicht ist. Das entspricht namentlich der Zielsetzung des WTO-Vergaberechts, politisch und insbesondere protektionistisch motivierte Ausschlüsse zu vermeiden (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Demnach wird auch in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 BöB festgehalten, dass allemal "supporting evidence" gefordert ist (BöB-Botschaft, BBl 2017 1851 ff., S. 1960). Entsprechende Anforderungen an das Ausschlussverfahren ergeben sich indessen nicht nur aus dem Marktöffnungsgedanken bzw. der Zielsetzung der Nichtdiskriminierung, sondern auch mit dem Blick auf die Rechtsstaatlichkeit des Ausschlussverfahrens. Soweit die entsprechenden Ausführungen von TRÜEB/CLAUSEN zur Dogmatik von Art. 44 BöB demnach so zu verstehen sein sollten, dass sich das Erfordernis der "supporting evidence" nur auf Art. 44 Abs. 1 BöB, nicht aber

auf Art. 44 Abs. 2 BöB bezieht, kann dieser Auffassung nicht beigepflichtet werden (TRÜEB/CLAUSEN, Rz. 3 zu Art. 44 BöB).

7.2 Zugleich soll die Effektivität der Ausschlussgründe dadurch gewährleistet werden, dass im Unterschied zu den Ausschlussgründen gemäss Art. 44 Abs. 1 BöB nicht die sichere Kenntnis vorausgesetzt wird. Dieses Konzept erhöht die Glaubwürdigkeit der öffentlichen Hand in ihrer Rolle als Auftraggeberin mit Blick auf das öffentliche Interesse, das durch das Statuieren eines Ausschlussgrundes durchgesetzt werden soll. In diesem Sinne wird in der BöB-Botschaft festgehalten, dass beispielsweise bei einem dringenden Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede mit einem Ausschluss nicht bis zum Abschluss des WEKO-Verfahrens zugewartet werden kann (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., S. 1963; vgl. zum Ganzen E. 8.2.2 hiernach). Gleiches gilt für den dringenden Tatverdacht einer Insolvenz oder der Verletzung einer Teilnahmebedingung (wie Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften, Schwarzarbeit oder Verletzung des Grundsatzes der Lohngleichheit; Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., S. 1963; LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 36 zu Art. 44 BöB). Die Zusammenarbeit bei der Leistungserbringung setze Vertrauen in die Anbieterinnen voraus. Sei dieses Vertrauen zerstört oder ernstlich gefährdet, soll die Auftraggeberin nicht zur Zusammenarbeit gezwungen werden (Botschaft BöB, BBl 2017 1851 ff., S. 1963).

7.3 Die Ausführungen gemäss BöB-Botschaft, wonach ein hängiges WEKO-Verfahren die Vergabestelle beim Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte nicht am Ausschluss hindern soll, entsprechen einem weiterreichenden Gedanken, wonach jedes andere hängige Verfahren insbesondere vor einem Gericht nicht im Sinne einer zu formalen Begründung einen Ausschluss gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB verunmöglichen soll. Das Bundesgericht hat in Bezug auf Teilnahmebedingungen festgestellt, dass ein vor der zuständigen paritätischen Kommission hängiges Verfahren die zuständigen Stellen nicht daran hindert, die Einhaltung der Arbeitsbedingungen zu beurteilen (Urteil 2C_159/2021 vom 11. Mai 2022 E. 3.4.5 "Elektroanlagen und Aufstockung Pflegeheim"). MARTIN BEYELER fasst diese Aussage in seiner Anmerkung "Quod licet mandatori non licet iudici" (Baurecht 2023, S. 23 ff., insb. S. 25) so zusammen, dass sich die Vergabestelle (und gegebenenfalls die Beschwerdeinstanz) namentlich in Bezug auf Ausschlussgründe gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB nicht mit einem Verweis auf allfällige andere Rechtsverfahren begnügen darf. In vergleichbarer Weise hat der EuGH etwa in Bezug auf Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU erkannt, dass eine nationale Bestimmung, wonach ein hängiges Zivilverfahren in

Bezug auf die vorzeitige Beendigung eines Vertrags einen Ausschluss verunmöglicht, offensichtlich nicht geeignet ist, die praktische Wirksamkeit der in Frage stehenden fakultativen Ausschlussgründe gemäss Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU zu bewahren (Urteil des EuGH in der Rechtssache C-41/18 vom 19. Juni 2019 betreffend Meca Srl, Rn. 37), was im Sinne einer Auslegungshilfe zu berücksichtigen ist. Das spricht grundsätzlich dafür, dass im vorliegenden Fall die Tatsache, dass insbesondere die Mailänder Strafverfahren noch hängig sind, als solche nicht relevant in dem Sinne ist, dass die Vergabestelle dadurch an einem Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 BöB gehindert wäre (vgl. mutatis mutandis E. 6.3.3 hiervor).

7.4 In gewisser Weise vergleichbar mit dem zu Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB Gesagten kann die Vergabestelle mit Blick auf die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht am subjektiv verlorenen Vertrauen anknüpfen (vgl. E. 6.5.1 i.V.m. E. 6.5.7 hiervor). Vielmehr muss objektiver Anlass für das verlorene Vertrauen bestehen. Die Vergabestelle soll – so die BöB-Botschaft – nicht auf blossen Verdacht hin eine Anbieterin ausschliessen. Vielmehr ist sie gehalten, sorgfältig die Verdachtsgründe abzuklären und allfällige Beweise sorgfältig zu würdigen (BöB-Botschaft, BBl 2017 1851, S. 1963, und insoweit gleichlautend die IVöB-Musterbotschaft, S. 85 f.; vgl. E. 4.4.1 hiervor). In diesem Sinne hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau bereits zum alten Recht festgestellt, dass ein Ausschluss wegen Beteiligung an einer Submissionsabsprache einen "sachlich ausreichend begründeten Verdacht" voraussetzt (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Juli 1999, auszugsweise publiziert in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE], 1999, S. 310 ff., E. II/2/d). Mit dem Beweismass hinreichender Anhaltspunkte erinnert Art. 44 Abs. 2 BöB nach der Lehre stark an die Umschreibung strafprozessualer Verdachtsgrade. Darauf aufbauend ist – unter Bezugnahme auf die BöB-Botschaft (S. 1963; vgl. E. 7.2 hiervor) – festgestellt worden, dass der hinreichende Anhaltspunkt mit dem dringenden Tatverdacht umschrieben werde. Im Ergebnis bewege man sich somit zwischen hinreichendem und dringendem Tatverdacht (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 50). Demgegenüber könne nicht an einen "blossen Verdacht" angeknüpft werden. Dies ergibt sich in der Tat sowohl aus den Erläuterungen gemäss der BöB-Botschaft (vgl. E. 7.2 hiervor) als auch aus der völkerrechtskonformen Auslegung in Bezug auf Art. VIII:4 GPA, da "supporting evidence" mehr bedeutet als einen Anfangsverdacht. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang auch Art. 54 Abs. 4 Bst. d der Richtlinie 2014/24/EU. Für Wettbewerbsabsprachen soll die Auftraggeberin "über hinreichend plausible Anhaltspunkte" verfügen. Der EuGH hat dazu

festgestellt, dass insoweit "das Vorliegen starker Indizien" vorausgesetzt ist (Urteil in der Rechtssache C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Infraestruturas de Portugal SA und Frutifer Indústrias Ferroviárias SA, Rn. 51; vgl. spezifisch zu den Wettbewerbsabreden E. 8.2.2 und E. 8.2.3.2 hiernach).

8.

Die angefochtene Verfügung stützt sich auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b, Bst. d und Bst. f BöB. Im Folgenden ist der Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB zu prüfen, wonach die Vergabestelle Anbieterinnen ausschliessen kann, die unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben, sofern hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen.

8.1

8.1.1 Mit Blick auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB rügt die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle lediglich gestützt auf Zeitungsartikel und den Bericht der Staatsanwaltschaft Mailand vom […] Juni 2022 betreffend das Ermittlungsverfahren ("indagini preliminari") zum Schluss gekommen sei, dass daraus unter anderem klare Hinweise auf Wettbewerbsabsprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Italien hervorgingen (Beschwerde, Rz. 36). Dabei beziehe sich die Vergabestelle lediglich auf einige wenige Zeilen aus einer Telefonabhörung, die in diesem Bericht über die Voruntersuchung angeführt würden. Bei dieser Abhörung handle es sich um das Ergebnis einer Umfeldüberwachung ("intercettazione ambientale"; Beschwerde, Rz. 36). Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie die Vergabestelle bereits in ihrer Stellungnahme vom 27. August 2024 über den neuesten Stand im Verfahren vor dem Tribunale di Roma informiert habe (Beschwerde, Rz. 36). Mit Abschreibungs- bzw. Archivierungsentscheid vom […] Dezember 2022 habe die zuständige Ermittlungsrichterin (GIP = Giudice per le indagini preliminari) des Tribunale di Roma das Verfahren betreffend Manipulation von Ausschreibungen eingestellt (Beschwerde, Rz. 36). Dazu habe D._____, der italienische Anwalt der Beschwerdeführerin, Folgendes ausgeführt (Beschwerde, Rz. 36): «*Der Vorwurf bezüglich der territorialen Aufteilung in Zuständigkeitsbereiche ist durch den Einstellungsentscheid des GIP des Tribunale di Roma vom […] Dezember 2022 als weitgehend überholt und widerlegt zu betrachten (vgl. Beilage 1). Der GIP fasste diesen Entscheid im Rahmen des ‹abgetrennten› Verfahrens, das vor dem Tribunale di Roma eröffnet wurde ([Verfahrensnummer aus dem Jahr 2020]), nachdem die Mailänder Staatsanwaltschaft die Akten wegen des Tatverdachts der Manipulation einer Ausschreibung zuständigkeitshalber an dieses übermittelt hatte.*»

Die Vergabestelle hingegen führt in ihrer Ausschlussverfügung (Ziff. II/1.2, S. 10) an, dass es hinreichende Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden gebe, an denen die X._____ beteiligt sei. Zur Begründung verweist sie auf den Bericht der italienischen Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022 zu den Mailänder Verfahren (Beilage 4 zur Ausschlussverfügung, S. 15), auf diverse Medienberichte und schliesslich auf die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (Beilage 1 zur Ausschlussverfügung, Ziff. II Bst. b Abs. 2). Die Vergabestelle weist ausserdem darauf hin, dass sie die Beschwerdeführerin anlässlich der Sitzung vom 25. Juni 2024 mit diesen Anhaltspunkten konfrontiert und ihr ermöglicht habe, entlastende Beweise einzureichen. Dies sei bisher nicht erfolgt, weshalb die Vergabestelle an ihrer Einschätzung festhalte, wonach hinreichende Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden in der Vergangenheit vorliegen. In ihrer Beschwerdeantwort vom 17. April 2025 führt die Vergabestelle weiter aus, es habe gegen A._____ und B._____ ein Anfangsverdacht wegen der Störung der Freiheit von Ausschreibungen nach Art. 353 des italienischen Strafgesetzbuchs bestanden. Aus dem abgelehnten Antrag auf Telefonüberwachung vom 15. November 2021 ergebe sich, dass A._____ und B._____ (und damit auch der X._____) vorgeworfen werde, bei einer in vier geografische Lose aufgeteilten Ausschreibung betreffend die Erneuerung von elektrischen Umspannwerken Wettbewerbsabreden in Form von sogenannten "Schachbrettangeboten" getroffen zu haben (Beschwerdeantwort, Rz. 52 f.). Soweit die Beschwerdeführerin geltend mache, dass der Antrag auf Telefonüberwachung abgewiesen worden sei, sei dies nicht mangels Anfangsverdachts, sondern vorwiegend an formalen Fehlern gescheitert (Beschwerdeantwort, Rz. 54). Sie führt ausserdem einen Entscheid der Mailänder Ermittlungsrichterin (GIP) betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 27. Januar 2022 an, wonach diese nicht ausgeschlossen habe, dass das von der Staatsanwaltschaft hervorgehobene Gespräch zwischen zwei in die organisierte Kriminalität verstrickten Akteuren auf eine Gebietsaufteilung für Arbeiten am italienischen Eisenbahnnetz hinweise, was aber in Bezug auf die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung nicht relevant zu sein scheine (Beschwerdeantwort, Rz. 55). Die Staatsanwaltschaft habe anlässlich des Abschlusses der Voruntersuchung vom 16. Juni 2022 namentlich ein abgehörtes Telefongespräch so zusammengefasst, dass "[A._____]" (als Ergebnis einer Gebietsabsprache) "ganz Norditalien habe" (Rz. 56 ff.). Ergänzend geht die Vergabestelle aufgrund einer mit der Beschwerdeantwort (Rz. 66 nebst Beilagen 24 und 25) eingereichten eigenen Recherche anhand von Ausschreibungen davon aus, dass sich der Verdacht auf Wettbewerbsabsprache mittels den Zuschlägen

insbesondere in Norditalien, die der Beschwerdeführerin und ihrer Subunternehmerin in den Jahren 2017-2025 erteilt worden sind, plausibilisieren lässt.

8.2

8.2.1 Gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB kann ein Ausschluss verfügt werden, wenn unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen wurden. Insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen getroffene harte Horizontalabreden sind nach allgemeiner Erkenntnis volkswirtschaftlich und sozial besonders schädlich. Sie gefährden nicht nur unmittelbar und auf gravierendste Weise das berechtigte Interesse der ausschreibenden Stellen, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot und namentlich den unverfälschten Marktpreis zu eruieren. Aufgrund marktfremder Preissteigerungen auf Kosten der Allgemeinheit, eines geringeren Effizienz- und Innovationswettbewerbs sowie verzögerter oder ausbleibender Strukturanpassungen verursachen Submissionsabsprachen vielmehr auch mittel- und langfristig hohe volkswirtschaftliche Kosten und Schäden (BVGE 2023 IV/6 "Foffa Conrad AG"). Entsprechendes Verhalten der Anbieterinnen ist nicht nur kartellrechtlich relevant, sondern widerspricht auch dem Wettbewerbsziel des Vergaberechts (Art. 2 Bst. d BöB; Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 9.3.2 "Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Erne"). Dabei wird im Unterschied zu Art. 11 Bst. e aBöB nicht mehr vorausgesetzt, dass der wirksame Wettbewerb durch die festgestellte Wettbewerbsabrede beseitigt oder erheblich beeinträchtigt werden muss (vgl. auch LOCHER, Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 38 zu Art. 44 BöB, und zum kantonalen Recht etwa das Urteil VB.2009.00369 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2010 E. 4.3). Klassisch ist in Bezug auf Submissionskartelle das Vorgehen mittels Stützofferten (BVGE 2023 IV/6 E. 15.3.9 "Foffa Conrad AG"), mit welchen die Anbieterinnen aufgrund einer Absprache im Ergebnis das Bestehen von Wettbewerb vortäuschen (so schon grundlegend der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Juli 1999, auszugsweise publiziert in Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE], 1999, S. 310 ff., E. II/2/c/bb). Mit dieser Methode können beispielsweise Rotationskartelle oder Gebietsabsprachen durchgesetzt werden. Im vorliegenden Fall wirft die Vergabestelle der Beschwerdeführerin die Beteiligung an einer Gebietsabsprache vor.

8.2.2 In Bezug auf das Verhältnis zum Verfahren vor der Wettbewerbskommission wird in der BöB-Botschaft ausgeführt, dass bei einem dringenden Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsabrede mit einem Ausschluss

nicht bis zum Abschluss des WEKO-Verfahrens zugewartet werden kann (Botschaft BöB; BBl 2017 1851 ff., S. 1963). Umgekehrt begründet allein die Tatsache, dass vor der Wettbewerbskommission ein Verfahren hängig ist, nicht mehr als einen Anfangsverdacht (vgl. E. 7.2 i.V.m. E. 7.4 hiervor). Gerade spezifisch in Bezug auf Wettbewerbsabreden werden auch für das EU-Richtlinienrecht "hinreichend plausible Anhaltspunkte" (Art. 57 Abs. 4 Bst. d der Richtlinie 2014/24/EU) bzw. "starke Indizien" für das Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung unter Anbietenden verlangt (Urteil in der Rechtssache C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Infraestruturas de Portugal SA und Frutifer Indústrias Ferroviárias SA, Rn. 72; vgl. E. 7.4 hiervor).

8.2.3 Die Rechtsprechung der kantonalen Verwaltungsgerichte zu Kartellrechtsverstössen als Ausschlussgrund nach altem Recht bezieht sich auf Fälle, welche Hinweise auf kartellrechtswidriges Verhalten im konkreten Beschaffungsverfahren zum Gegenstand hatten. Damit stellt sich die Frage, ob der Verdacht einer Wettbewerbsabrede nach neuem Recht im laufenden Vergabeverfahren vorliegen muss oder anderweitig erfüllt sein kann. In diesem Rahmen ergeben sich aus der Rechtsprechung auch Hinweise zum in diesem Zusammenhang massgeblichen Beweismass.

8.2.3.1 Das Verwaltungsgericht Aargau hat mit Urteil vom 19. Juli 1999 im Rahmen der Beschaffung von Bühnentoren festgestellt, dass in einem "hinreichend sachlich begründeten Verdacht" für eine Preisabsprache ein wichtiger Grund für einen Abbruch zu sehen ist (E. II/2/d, publiziert in: AGVE 1999, S. 310 ff., insb. S. 318 ff.; vgl. E. 7.4 hiervor). Wenn die Anbieterinnen nur teilweise an der Absprache beteiligt sind, kann sich der Ausschluss der Betroffenen als die verhältnismässigere Massnahme erweisen (E. II/2/b, publiziert in: AGVE 1999, S. 130 ff., insb. S. 314). Zur Begründung hat das Gericht namentlich ausgeführt, dass der direkte Nachweis der Vergabestelle nur sehr selten gelingen dürfte (E. II/2/d, publiziert in: AGVE 1999, S. 310 ff., insb. S. 318; vgl. zum Ganzen auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Rz. 529). Daraus ergibt sich, dass keine entsprechende Feststellung der Wettbewerbskommission abgewartet werden muss (vgl. dazu E. 8.2.2 hiervor). Das Vergabeverfahren muss zügig abgewickelt werden, was – so das Verwaltungsgericht Aargau – ebenfalls dafür spricht, nicht den strikten Nachweis der erfolgten Absprache zu verlangen (E. II/2/d, publiziert in: AGVE 1999, S. 130 ff., insb. S. 318).

8.2.3.2 Als etwas zurückhaltender in Bezug auf die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts mit den Instrumenten des Beschaffungsrechts kann die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zum alten

Recht beschrieben werden. Dieses hat mit Urteil VB.2009.00369 vom 10. Februar 2010 erkannt, dass die generelle Gewährleistung des wirksamen Wettbewerbs in die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission fällt. Damit genüge eine unbestrittenermassen hängige Untersuchung der WEKO, in welche Anbieterinnen eines Vergabeverfahrens involviert sind, nicht, um einen Ausschluss zu begründen (Urteil VB.2009.00369 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2010 E. 4.3; zustimmend STEFAN SCHERLER, Anmerkung zu S22, in: Baurecht 2/2010, S. 96 f.; vgl. dazu E. 8.2.2 hiervor). Die Auftraggeberin habe sich mit der mündlichen Auskunft der WEKO, zum Stand der Ermittlungen würden keinerlei Auskünfte erteilt, begnügen dürfen (a.a.O., E. 5). GALLI/MOSER/LANG/STEINER (Rz. 530) sprechen insoweit von einem gegenteiligen Ansatz im Vergleich zur Aargauer Praxis. Wettbewerbsverstösse ausserhalb des in Frage stehenden Beschaffungsverfahrens sind nach dem Konzept des beschriebenen Urteils allenfalls Gegenstand von Sanktionen (a.a.O. E. 4.3). Zu prüfen war aber jedenfalls, ob die Vergabestelle die Möglichkeit einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung aufgrund des Vergleichs der Offerten in nachvollziehbarer Weise ausgeschlossen hatte, was das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bejaht hat (a.a.O., E. 5.1 in fine).

8.2.3.3 Wie ausgeführt (vgl. E. 5.3.2 hiervor) haben sich aufgrund der Revision des GPA in Bezug auf die Ausschlussgründe (ebenso wie in Bezug auf die Sanktionen) die Rahmenbedingungen deutlich verändert. Nach dem Konzept des neuen Rechts sollen die Ausschlussgründe griffiger sein. Dafür spricht etwa auch spezifisch in Bezug auf die Wettbewerbsabreden der Wegfall des Erfordernisses, wonach der wirksame Wettbewerb durch die festgestellte Wettbewerbsabrede beseitigt oder erheblich beeinträchtigt werden muss (vgl. E. 8.2.1 hiervor). Zugleich hebt die Botschaft zum BöB (BBl 2017 1851, 1880 f.) den Einfluss des europäischen Rechts sowohl auf das Government Procurement Agreement der WTO als auch das schweizerische Beschaffungsrecht hervor. Damit können bereits die EU-Richtlinie 2004/18/EG, insbesondere aber die Richtlinie 2014/24/EU sowie die Rechtsprechung des EuGH dazu als Auslegungshilfe herangezogen werden. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Übrigen erst recht dort, wo das neue Recht direkt durch EU-Recht inspiriert ist (BGE 151 II 81 E. 4.4 i.V.m. E. 6 "service d'ambulances").

8.2.3.4 In Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU werden die fakultativen Ausschlussgründe geregelt. In Bst. d wird die Situation beschrieben, wonach der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Wirtschaftsteilnehmer mit anderen

Wirtschaftsteilnehmern Vereinbarungen getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbs abzielen. Im Erwägungsgrund 101 wird dazu festgehalten, dass öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit erhalten, Wirtschaftsteilnehmer auszuschliessen, die sich als unzuverlässig erwiesen haben, beispielsweise […] wegen anderer Formen schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens wie der Verletzung von Wettbewerbsregeln […]. Daraus hat der EuGH abgeleitet, dass die Mitgliedstaaten zwar wählen können, ob sie eine Ausschlussbefugnis oder eine Ausschlusspflicht vorsehen (Urteil in der Rechtssache C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Infraestruturas de Portugal SA und Frutifer Indústrias Ferroviárias SA, Rn. 51). Was den Mitgliedstaaten aber verwehrt ist, ist der Verzicht darauf, fakultative Ausschlussgründe zu statuieren, denn dadurch würden der Sinn der Regelung und die den Auftraggeberinnen in Erwägungsgrund 101 in Aussicht gestellte Möglichkeit des Ausschlusses unterlaufen (Urteil C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Rn. 51 ff., insb. Rn. 58). Dem entspricht auch die Beurteilung des Gerichtshofs, wonach das nationale Recht, mit welchem die Richtlinie umgesetzt wird, geeignet sein muss, die praktische Wirksamkeit der fakultativen Ausschlussgründe – beispielsweise gemäss Art. 57 Abs. 4 Bst. c und g der Richtlinie 2014/24 – zu bewahren (Urteil in der Rechtssache C-41/18 vom 19. Juni 2019 Meca Srl Rn. 37). In diesem Sinne hat der Gerichtshof festgehalten, dass die Mitgliedstaaten jedenfalls nicht die Reichweite der Ausschlussgründe gemäss Art. 57 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU einschränken dürfen (Urteil C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Rn. 71). Daraus hat der Gerichtshof wiederum geschlossen, dass das Richtlinienrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Möglichkeit, ein Angebot eines Bieters wegen des Vorliegens starker Indizien für ein zur Verfälschung des Wettbewerbs geeignetes Verhalten dieses Bieters auszuschliessen, auf das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beschränkt, in dessen Rahmen ein solches Verhalten stattgefunden hat (Urteil C-66/22 vom 21. Dezember 2024 Rn. 51 ff., insb. Rn. 72). In diesem Sinne hat die Lehre schon vor Ergehen dieses Urteils festgehalten, dass es nach europäischem Richtlinienrecht nicht nur um Verhalten in demjenigen Vergabeverfahren geht, aus dem die Anbieterin ausgeschlossen wird, sondern dass auch Verletzungen mitumfasst sind, die beispielsweise in einem früheren Vergabeverfahren geschehen sind (CARINA RISVIG HAMER, in: Steinicke/Vesterdorf [Hrsg.], EU Public Procurement Law, 2018, Rz. 77 in fine zu Art. 57).

8.2.3.5 Nach dem Gesagten ist auch für das schweizerische Recht festzuhalten, dass das Ziel der Effektivität der Ausschlussgründe dafür spricht, dass die Vergabestelle Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB auch dann anwenden

kann, wenn die Hinweise auf Absprachen nicht das vorliegende Beschaffungsverfahren, sondern ein anderes Verfahren betreffen. Die Effektivität als Ziel der Schaffung des neuen Ausschlussgrundes wird auch durch den Gesetzgeber betont, wenn in der BöB-Botschaft ausgeführt wird, dass die Möglichkeit, Resultate aus einer Abklärung durch die WEKO (Submissionsabreden, Kollusion) berücksichtigen zu können, eine zentrale Neuerung (des GPA) darstellt (BöB-Botschaft, BBl 2017 1851 ff., S. 1960; vgl. E. 5.3.2 sowie E. 7.4 hiervor). In diesem Sinne halten auch HANS RUDOLF TRÜEB und LENA GÖTZINGER fest, dass weder Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB noch Art. 45 Abs. 1 BöB voraussetzen, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede im Rahmen des konkret durchgeführten Vergabeverfahrens getroffen wurde (Rechtsgutachten an die BKB zum Thema "Vergaberechtliche Sanktionen: Voraussetzungen, Effektivität und Revisionsbedarf", Dezember 2025, Rz. 355). Indessen ist der Lehre, soweit sie vertritt, dass der Ausschluss der Wiederherstellung der Rechtmässigkeit eines laufenden Verfahrens dienen soll (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 37), zuzugestehen, dass die Rechtmässigkeit (im Unterschied etwa zu Arbeitsbedingungen, die bis zum Ende des Auftrags verletzt werden können) in Bezug auf Wettbewerbsabreden grundsätzlich zum Zeitpunkt der Offerteingabe erstellt ist, soweit keine Hinweise auf Absprachen festgestellt werden.

8.3

8.3.1 Wie bereits in E. 5.4.2 festgehalten, ist in Bezug auf den Ausschluss nicht nur das Verhalten der Beschwerdeführerin selbst relevant. Vielmehr kann der Ausschluss auch an das Verhalten von Organen oder beigezogenen Drittpersonen oder deren Organe anknüpfen (Art. 44 Abs. 2 BöB; vgl. auch LOCHER, Handkommentar BöB, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 44 BöB, sowie E. 5.4.2 hiervor). Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass das Verhalten von A._____ in diesem Sinne der Beschwerdeführerin zuzurechnen ist.

8.3.2 Ausgangspunkt für die Beweiswürdigung in Bezug auf das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB wegen Wettbewerbsabreden sind grundsätzlich die Dokumente, die der Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025 vorgelegen haben und auf die sie sich im Rahmen ihrer Ausschlussbegründung beruft (vgl. dazu bereits E. 4.6 hiervor). Hierbei handelt es sich namentlich um den Bericht der italienischen Staatsanwaltschaft von Mailand vom 16. Juni 2022 (Beilage 4 zur Ausschlussverfügung) nebst den Anordnungen des Mailänder Gerichts vom 27. Januar 2022, soweit es auszugsweise in die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 eingeflossen

ist (Beilage 1 zur Ausschlussverfügung, Ziff. II Bst. b Abs. 2). Vollständig eingereicht worden sind diese Anordnungen (379 Seiten) zwar erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit Eingabe vom 14. März 2025. Da für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Noven zulässig sind (vgl. E. 4.6.2 hiervor), sind diese Anordnungen als Beweismittel ebenfalls zu berücksichtigen. Das Schreiben vom 27. August 2024 hat indessen auch einen Hinweis auf den Abschreibungs- bzw. Archivierungsentscheid des Gerichts von Rom vom 9. Dezember 2022 betreffend Wettbewerbsabreden enthalten. Wieweit diese Verfügung für das vorliegende Verfahren relevant ist, wird noch zu prüfen sein (E. 8.3.6 hiernach). Dasselbe gilt für die von der Vergabestelle erst im Beschwerdeverfahren vorgelegten Recherchen betreffend die erhaltenen Zuschläge in Norditalien (Beilagen 24 und 25 zur Beschwerdeantwort vom 17. April 2025; vgl. E. 8.3.4.5 hiernach).

8.3.3

8.3.3.1 In der angefochtenen Verfügung beruft sich die Vergabestelle zunächst auf Medienberichte. Im Jahre 2022 hätten diverse Medien berichtet, dass die Staatsanwaltschaft Gesprächsprotokolle in die Mailänder Verfahren eingebracht habe, in welchen von einer Gebietsabsprache respektive einem "Teilungsplan des gesamten (italienischen) Staatsgebiets" in "Kompetenzbereiche" die Rede gewesen sei (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.3, S. 5). Es handelt sich einerseits um einen auf der Internetseite www.quicosenza.it am 11. Februar 2022 veröffentlichten Bericht "'Ndrangheta, il piano per spartirsi i lavori ferroviari e operai senza competenze" (Beilage 9) und andererseits um ein Transkript der bereits erwähnten Sendung "l'ultima fermata" vom 8. Oktober 2023 (Beilage 7; vgl. E. 6.6.3 hiervor). Tatsächlich wird in der Beilage 7 ein derartiger Teilungsplan erwähnt und die Reportage "l'ultima fermata" enthält auch unbestrittenermassen den Hinweis, dass es auffällig sei, dass Aufträge der RFI über den Unterhalt des Schienennetzes in Italien ein Muster erkennen liessen, das auf eine Art Marktaufteilung hindeute ("che c'è come dire una sorta di spartizione del mercato" (vgl. angefochtene Verfügung, a.a.O.).

8.3.3.2 Die Beschwerdeführerin macht zwar insoweit im Unterschied zum Tessiner Verfahren in Bezug auf die Wettbewerbsabreden nicht geltend, Opfer einer Medienkampagne zu sein (vgl. E. 6.6.2 hiervor). Indessen wirft sie der Vergabestelle vor, eine eigene Rekonstruktion der Verfahren zu präsentieren, die fehlerhaft sei und nur zu unzutreffenden Folgerungen führen

könne – alles gestützt auf die "ihr offenbar lieben und teuren" Beiträge aus den Medien und dem Internet (Replik, Rz. 63).

8.3.3.3 Medienberichte sind – worauf die Beschwerdeführerin richtigerweise hinweist – im Zweifel nicht geeignet, mehr als einen Anfangsverdacht zu begründen. Es ist zwar richtig, dass beide Medienberichte durchaus substanziell sind. Namentlich enthält die Beilage 9 einen Hinweis, wonach offenbar eine Telefonabhörung (intercettazione) stattgefunden hat. Es wird aber nicht weiter darauf eingegangen, dass es sich allenfalls um eine Umfeldüberwachung handeln könnte (vgl. E. 8.1.1 hiervor). Aus dieser Abhörung wird ein Auszug zitiert, aus welchem sich wiederum ergeben soll, dass A._____ (und damit die Beschwerdeführerin) Norditalien als ihm zugeteiltes Gebiet betrachten könne. Indessen wird im nächsten Satz (Beilage 7, S. 2) auch darauf hingewiesen, dass beantragte Zwangsmassnahmen nicht bewilligt worden sind, was wiederum zur Vorsicht mahnen sollte in Bezug auf die Beweiswürdigung. Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die Vergabestelle ihre Ausschlussverfügung in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB jedenfalls nicht auf die in der Ausschlussverfügung zitierten Medienberichte stützen kann.

8.3.4

8.3.4.1 Im Rahmen ihrer Ausschlussverfügung stützt die Vergabestelle ihre Annahme einer möglichen Beteiligung der Beschwerdeführerin an Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB insbesondere auf Hinweise aus einem Bericht der italienischen Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022 zu Voruntersuchungen in den sogenannten "Mailänder Verfahren" (Strafverfahren Nr. […]/2018 […] und abgetrenntes Verfahren Nr. […]/2018 […]) unter anderem gegen A._____ und B._____ (vgl. Ausschlussverfügung, S. 10, sowie deren Beilage 4, S. 15). Die Staatsanwaltschaft verdächtigte im Mailänder Verfahren diese Angeklagten unter anderem der Straftat nach Art. 416 des italienischen Codice penale (im Folgenden: c.p.) betreffend kriminelle Vereinigung, des erschwerenden Umstands der Tatbegehung zur Förderung einer mafiösen Vereinigung nach Art. 416 bis 1 c.p., sowie einer Reihe von weiteren Delikten, darunter Steuerdelikte (Art. 2 "Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti" della Legge sui reati tributari [D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74]), betrügerische Überlassung von Arbeitskräften, Arbeitsausbeutung und Geldwäscherei (Bericht der italienischen Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022, zum Ganzen S. 4 in fine *und S. 5;* zu den Steuerdelikten vgl. S. 26, 39 und 41 und zur Geldwäscherei

vgl. S. 49). In Bezug auf die behauptete Gebietsabsprache wird zunächst das in der Presse zitierte Abhörprotokoll zusammengefasst im Sinne eines Aufteilungsplans in Bezug auf Zuständigkeitsbereiche ("aree di competenza") innerhalb des ganzen italienischen Staatsgebiets («… […] ha tutta la Calabria, […] ha tutta la Campania ed […] ha tutta la Sicilia, [Familienname von A._____ und B._____] ha tutto il Nord Italia …"; a.a.O., S. 5 und S. 16; vgl. angefochtene Verfügung, Punkt I/1.3, S. 6). Die von der Vergabestelle in der Ausschlussverfügung zitierte Seite 15 in diesem Bericht der staatsanwaltschaftlichen Voruntersuchung vom 16. Juni 2022 im Mailänder Verfahren lautet wie folgt:

"*A._____ e B._____ fratelli nella rispettive qualità il primo, di socio (al 5%) ed amministratore unico dell'impresa X._____ a sua volta detenuta al 95% da C._____ di cui è amministratore unico e socio al 5% B._____ la quale a sua volta detiene al 95% anche la società Y._____ che quindi fa capo al medesimo management società entrambe destinatarie dirette delle commesse di W._____ per il Nord Italia in regime di sostanziale monopolio; referenti da oltre vent'anni delle famiglie di "mafia" dei […] prima e ora anche degli […] cui vengono assegnate sistematicamente in regime di subappalto mascherato i lavori di manutenzione delle rete ferroviaria sull'intero Nord Italia in regime di monopolio con le modalità di seguito descritte;*"

Sinngemäss lautet der Vorwurf der Mailänder Staatsanwaltschaft (Strafverfahren Nr. […]/2018 […] und abgetrenntes Verfahren Nr. […]/2018 […]) dahingehend, dass die Beschwerdeführerin direkte Auftragnehmerin der RFI spa in einer quasi monopolistischen Stellung für Norditalien sei; seit über zwanzig Jahren seien die Organe der Beschwerdeführerin Ansprechpartner der "Mafia"-Familien […] und nun auch der […], denen systematisch im Rahmen eines verdeckten Unterauftrags die Instandhaltungsarbeiten am Eisenbahnnetz in ganz Norditalien unter Monopolbedingungen mit den "nachfolgend beschriebenen" Modalitäten übertragen würden.

8.3.4.2 Andererseits stützt sich die Vergabestelle auch auf einen Absatz der an sie gerichteten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (vgl. Ausschlussverfügung, S. 6 und 10; Beilage 1, Ziff. II Bst. b Abs. 2) zum Stand eines Mailänder Strafverfahrens (Nr. […]/2018 […]). In dieser Stellungnahme werden die Anordnungen der Ermittlungsrichterin (GIP) Dr. K._____ vom 27. Januar 2022 namentlich betreffend Zwangsmassnahmen beschrieben. Die Begründung dieser Anordnungen bildet auszugsweise auch integrierten Bestandteil der Stellungnahme vom 27. August 2024. Der in Frage stehende Beschluss wird darin von der Beschwerdeführerin wie folgt zusammengefasst:

«Insbesondere hat die GIP bei der Abweisung des Antrags das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Zugehörigkeit der Herren [Familienname von A._____ und B._____] – und daher auch der X._____ und der Y._____ – zu einer kriminellen Vereinigung lapidar ausgeschlossen, umso mehr zu einer um die Mafiosität verschärften Vereinigung, wobei sie in den Akten Elemente feststellte, die in die entgegengesetzte Richtung zeigten und die Nichtbeteiligung belegten, nämlich (wörtlich): «So wird etwa an das sofortige Entfernen von (Name des Unternehmens ausgelassen) und seiner Bauarbeiter von den Baustellen der von den [Familienname von A._____ und B._____] geführten Unternehmen (X._____ und Z._____) erinnert, was mit der Zugehörigkeit aller zu einem einzigen kriminellen Bund ("sodalizio con un programma criminoso comune") unvereinbar erscheint.»

Sie hat vielmehr festgestellt, dass die X._____ Gegenstand von Vergeltungsmassnahmen und Diebstählen seitens der von den Verfügungen betroffenen Unternehmen war und dass gerade die Diebstähle von Ausrüstungen und Maschinen (wörtlich) " … im Widerspruch zur Annahme eines einzigen Bündnisses mit einem gemeinsamen kriminellen Plan" stehen.»

8.3.4.3 Vor diesem Hintergrund erhellt unter anderem, dass die Wettbewerbsabreden nach der Auffassung der Staatsanwaltschaft quasi als Teilinstrument weitergehender mafiöser Verflechtungen zu sehen sind. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass sich die erwähnten Zweifel am funktionierenden kriminellen Zusammenwirken auch auf die Frage auswirkt, wie wahrscheinlich die Kollusion der in Frage stehenden Unternehmen ist. Auf diese Ausführungen der Beschwerdeführerin geht die Vergabestelle indessen nicht ein, sondern zitiert in der angefochtenen Verfügung eine andere Passage des von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszugs der Begründung der in Frage stehenden Anordnungen (S. 307) mit folgendem Wortlaut (angefochtene Verfügung, Punkt I/1.3, S. 6):

«*Letztlich könnte das abgehörte und von der Staatsanwaltschaft nachdrücklich angeführte persönliche Gespräch zwischen [mutmasslicher Mafioso] und [mutmasslicher Mafioso], in dem Ersterer auf das Bestehen einer Vereinbarung über die gebietsweise Aufteilung der Arbeiten im italienischen Bahnnetz verweist, von der die Vergabe an die verschiedenen Unternehmungen [3 Gleisbau-Unternehmen] und [Familienname von A._____ und B._____] abhinge, und die im Auftrag der Staatsanwaltschaft durch Architekt […] erfolgte technische Beratung, welche dies in gewisser Weise zu bestätigen scheint, möglicherweise auf andere, noch festzustellende Straftaten im Zusammenhang mit den Vergabeverfahren für Aufträge der RFI S.p.A hindeuten […].*»

Daraus zieht die Vergabestelle den Schluss, dass die noch hängigen Mailänder Verfahren "neben den Vorwürfen in Bezug auf kriminelle Vereinigung auch unzulässige Wettbewerbsabreden" betreffen, an welchen "die

X._____ und Y._____ beteiligt" gewesen sind (angefochtene Verfügung, Punkt I/1.3 S. 6).

8.3.4.4 Sachverhaltlich ist nach dem Gesagten unbestritten, dass der Vergabestelle zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausschlussverfügung die zitierten Mailänder gerichtlichen Anordnungen vom 27. Januar 2022 nicht vorgelegen haben. Diese hat die Beschwerdeführerin nach entsprechender instruktionsrichterlicher Anordnung vielmehr im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereicht. Dasselbe gilt unter anderem auch für ein weiteres Dokument, welches in der an die Vergabestelle gerichteten Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (S. 11) erwähnt wird. Die Beschwerdeführerin führt dort "der Vollständigkeit halber" aus, dass auf entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft hin die zuständige Ermittlungsrichterin (GIP) ein in Rom anhängiges Verfahren betreffend "turbativa d'asta" (Störung öffentlicher Ausschreibung im Sinne von Bieterabsprachen) mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 abgeschrieben bzw. archiviert habe. Auch dieser Abschreibungsentscheid hat der Vergabestelle nicht vorgelegen und ist erst im vorliegenden Verfahren eingereicht worden. Aus diesem Entscheid ergibt sich einerseits, dass bereits vorher Anträge der Staatsanwaltschaft betreffend Telefonabhörung abgewiesen worden waren. Die Richterin L._____ hält dazu fest, dass bereits zu diesem Zeitpunkt insbesondere keine Anhaltspunkte vorlagen, um den Tatbestand einer qualfizierten "turbativa d'asta" im Sinne einer erschwerenden mafiösen Vorgehensweise oder Handlungen zur Erleichterung der Aktivitäten einer mafiösen Vereinigung zu vermuten. Mit Verfügung vom 9. Dezember 2022 kam die Richterin zum Schluss, dass bereits zum Zeitpunkt des Antrags betreffend Telefonabhörung die in Frage stehenden Feststellungen ("ravvisato") nicht über einen blossen Verdacht ("mero sospetto") hinausgehen. Mangels anders lautender Hinweise ist die Anordnung wohl so zu verstehen, dass nach dieser Anordnung in Rom auch kein Verfahren wegen anderer Tatbestandsvarianten einer "turbativa d'asta" mehr hängig ist. Diese Einstellungsverfügung betrifft auch A._____ und B._____. Selbst die Vergabestelle führt dazu aus, dass in diesem Entscheid der Tatvorwurf der Störung der Freiheit von Ausschreibungen gegen A._____ und B._____ im Ergebnis fallen gelassen worden sei (Beschwerdeantwort, Rz. 62).

8.3.4.5 Die Vergabestelle versucht, die Bedeutung der beschriebenen Abschreibungsverfügung dahingehend zu relativieren, dass sie dazu ausführt, dass nur qualifizierte Formen wie Gewalt, Drohung oder betrügerische Mittel den Straftatbestand der "turbativa d'asta" erfüllen, womit das

Entfallen einer solchen qualifizierten (und strafbaren) Wettbewerbsabrede nicht bedeute, dass das Ausschreibungsverhalten der Beteiligten kartellrechtskonform gewesen sei (Beschwerdeantwort, Rz. 65; Duplik, Rz. 65). Indessen umfasst die "turbativa d'asta" gemäss Art. 353 des italienischen Codice penale als Tatbegehungsmittel auch Geschenke, Versprechung und kollusives Handeln ("collusioni"), womit der von der Vergabestelle angesprochenen "Qualifikation" nicht die Bedeutung zukommt, die diese ihr beimessen möchte. Durch die Abschreibung des Verfahrens werden aber auch die Argumente der Vergabestelle deutlich relativiert, soweit sie darauf verweist, dass die Guardia di Finanza unter Beizug eines Sachverständigen ermittelt habe, dass Indizien für Wettbewerbsabreden bestehen (Beschwerdeantwort, Rz. 135 mit Hinweis auf die Begründung der Abschreibungsverfügung vom 9. Dezember 2022). Dies gilt umso mehr für frühere Feststellungen der Staatsanwaltschaft (Beschwerdeantwort, Rz. 57 i.V.m. Rz. 137 unter Bezugnahme auf die Anordnungen der Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022). Ebenfalls nicht relevant ist der Umstand, dass die Abschreibungsverfügung nach Ansicht der Vergabestelle "jede Subsumtion" in Bezug auf die insbesondere durch die Guardia di Finanza vorgetragenen Verdachtsmomente "vermissen lässt" (Beschwerdeantwort, Rz. 140). Auch wenn die den Gebrüdern [Familienname von A._____ und B._____] von der Staatsanwaltschaft mit Bericht vom 16. Juni 2022 vorgeworfenen Wettbewerbsabreden – was die Beschwerdeführerin bestreitet – trotz der Überweisung nach Rom (im Wortlaut der Erwägungen der Abschreibungsverfügung [S. 2 oben] "qui trasmesso per competenza, in parte qua") auch in den hängigen Mailänder Verfahren in gewisser Weise noch relevant sein sollten, wären die Verdachtsmomente auch insoweit durch die Römer Abschreibungsverfügung deutlich geschwächt. Umso weniger kann die Vergabestelle durch eigene Recherchen in Bezug auf die in Italien erteilten Zuschläge (Beilagen 24 und 25 zur Beschwerdeantwort), wonach die Beschwerdeführerin – "in den Jahren 2017-2025 ganz überwiegend nur Ausschreibungen bzw. Lose im Norden Italiens zugeschlagen bekommen hat" (Beschwerdeantwort, Rz. 66), – hinreichende Anhaltspunkte schaffen. Damit kann auch offen bleiben, ob die Vergabestelle diese im Beschwerdeverfahren nachschieben kann (vgl. E. 8.3.2 hiervor). Die Vergabestelle macht im Übrigen auch nicht geltend, es sei vor einer zuständigen Wettbewerbsbehörde ein Verfahren hängig, oder die Beschwerdeführerin sei aus einem italienischen Beschaffungsverfahren mit der Begründung ausgeschlossen worden, sie sei in Wettbewerbsabsprachen involviert.

8.3.5 Soweit die Vergabestelle sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt stellt, es wäre Sache der Beschwerdeführerin gewesen, etwa

den Abschreibungsentscheid vom 9. Dezember 2022 im Anschluss an die Sitzung vom 25. Juni 2024 von sich aus (etwa als Beilage zur Stellungnahme vom 27. August 2024) vorzulegen, kann ihr nicht gefolgt werden. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle hat diese erst die angefochtene Ausschlussverfügung, nicht aber die vorherige Verfügung betreffend Auftragssperre auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB gestützt (vgl. E. 4.5.5.5 hiervor). Damit konnte sich die Aufforderung, entlastende Beweise vorzulegen, nach der berechtigten Annahme der Beschwerdeführerin lediglich indirekt in Bezug auf die Verstrickung in die organisierte Kriminalität auch auf den Vorwurf der Wettbewerbsabreden gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB beziehen. Ausserdem war der Hinweis auf die in Frage stehende Abschreibungsverfügung – wie ausgeführt (vgl. E. 8.1.1 hiervor) – unter ausdrücklicher Erwähnung des Tatbestands der Störung von Ausschreibungen ("turbativa d'asta") in der Stellungnahme vom 27. August 2024 durchaus enthalten. Dies allein schon hätte die Vergabestelle veranlassen müssen, der Frage, ob der von der Staatsanwaltschaft formulierte Verdacht inzwischen nicht zumindest teilweise entkräftet ist, näher nachzugehen (vgl. zur Pflicht zur sorgfältigen Abklärung im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 BöB E. 7.4 hiervor). Zugleich hat das Gericht festgestellt, dass das rechtliche Gehör vor Ausschluss einer Anbieterin jedenfalls in Fällen gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB zu gewähren ist, wenn der Ausschlussgrund zugleich als Grund für eine Sanktion im Sinne von Art. 45 BöB vorgesehen ist (vgl. E. 4.4.5 hiervor). Dies ist in Bezug auf den hier in Frage stehenden Tatbestand der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB der Fall. Damit kann die Vergabestelle aus dem Verhalten der Beschwerdeführerin im Auftragssperreverfahren insoweit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

8.3.6 Zusammenfassend ergibt sich, dass der von der Vergabestelle beschriebene (und durchaus gegebene) Anfangsverdacht das Erfordernis der "hinreichende[n] Anhaltspunkte", welche gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB vorausgesetzt werden (vgl. E. 7.2, E. 7.4 und E. 8.2.3.1 hiervor), nicht erfüllt. Dies gilt bereits aufgrund des in der Stellungnahme der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 27. August 2024 gemachten Hinweises auf die Römer Abschreibungsverfügung vom 9. Dezember 2022, auf welchen die Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung nicht eingegangen ist. Da für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Noven zulässig sind (vgl. E. 4.6.2 hiervor), ist indessen auch die Abschreibungsverfügung selbst zu berücksichtigen. Geschieht dies, wird der bestehende Anfangsverdacht sogar soweit entkräftet, dass erst recht nicht von "hinreichenden Anhaltspunkten" im Sinne des BöB gesprochen werden kann. Damit erweist sich die Beschwerde insoweit jedenfalls als begründet. Demnach kann offen bleiben,

inwieweit auch der Zeitablauf mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz dazu führen müsste, dass zum Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Verfügung der Ausschluss gestützt auf die von der Vergabestelle vorgelegten Dokumente nicht mehr möglich wäre.

9.

Nach Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB, auf den sich die angefochtene Verfügung ebenfalls stützt, kann die Vergabestelle eine Anbieterin ausschliessen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anbieterin gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen hat, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin einen der Tatbestände von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB erfüllt.

9.1

9.1.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet die Argumentation der Vergabestelle betreffend ihre Verwicklung in die organisierte Kriminalität dahingehend, dass in der angefochtenen Verfügung "ausschliesslich" auf Zeitungsartikel und eine politische Interpellation Bezug genommen werde (Beschwerde, Rz. 42). Aufgrund des Ablaufs des italienischen Strafprozesses sei es besonders problematisch, dass sich die Vergabestelle auf den Bericht (meint: der Staatsanwaltschaft) betreffend die Voruntersuchungen ("indagini preliminari") abgestützt habe (Beschwerde, Rz. 43). Des Weiteren hebt sie hervor, dass sie im Rahmen der Stellungnahme vom 27. August 2024 zum Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB bereits auf das Vorliegen von Gerichtsentscheiden hingewiesen habe, mit welchen der eine oder andere Teilaspekt geklärt worden sei (Beschwerde, Rz. 43). Die 2022 bis 2024 ergangenen Gerichtsentscheide hätten mehr Gewicht als die anfänglichen Ermittlungshypothesen der Staatsanwälte aus dem Jahr 2019 (Beschwerde, Rz. 43). Die Beschwerdeführerin stellt sich insoweit auf den Standpunkt, dass ihre behauptete Verwicklung in organisierte Kriminalität bereits umfassend von den zuständigen Justizorganen bzw. Richtern als unbegründet erklärt worden sei (Beschwerde, Rz. 37 und 43). Dies gelte namentlich für den Entscheid der zuständigen Ermittlungsrichterin vom 27. Januar 2022, mit welchem der Antrag auf Zwangsmassnahmen unter anderem gegen die Herren [Familienname von A._____ und B._____] abgewiesen worden sei, wie auch für den zweitinstanzlichen Entscheid vom 10. Juli 2023, mit welchem die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid vom 27. Januar 2022 ebenfalls abgewiesen worden sei. Ausserdem gehe auch aus dem Urteil der Mailänder Corte

d'Appello Nr. […]/2024 im beschleunigten Verfahren betreffend andere Beschuldigte hervor, dass dieses Gericht zwar das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung in Bezug auf die Familien […] und […] annehme, aber eine Zusammenarbeit dieser Familien mit Exponenten der Gleisbaugesellschaften ausgeschlossen habe (Beschwerde, Rz. 37 und Rz. 43). Die Beschwerdeführerin ist zudem der Ansicht, dass die Vergabestelle das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht beachtet habe, indem sie ihre Verfügung auf Tatsachen gestützt habe, die mindestens acht Jahre zurückliegen (Beschwerde, Rz. 44).

9.1.2 Die Vergabestelle hingegen beruft sich in ihrer Ausschlussverfügung (Punkt II/1.1, S. 9) darauf, dass die Vorwürfe im Sinne des Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB gegen die Beschwerdeführerin so stark wiegen, dass der Vergabestelle bis zum Vorliegen entlastender Beweise kein erneuter Vertragsschluss mit der Beschwerdeführerin zugemutet werden könne. Es sei gegen X._____ und B._____ ein Verfahren vor Mailänder Gerichten hängig. In diesem Verfahren werde der Beschwerdeführerin Zugehörigkeit zu einer kriminellen Vereinigung (Art. 416 des Codice penale) unter erschwerenden Umständen im Zusammenhang mit der Mafia, die betrügerische Erklärung unter Verwendung von Rechnungen oder anderen Dokumenten für nicht existierende Transaktionen sowie Selbst-Geldwäsche in Verbindung mit Straftaten im Zusammenhang mit grenzüberschreitender organisierter Kriminalität vorgeworfen. In ihrem Abschlussbericht vom 16. Juni 2022 habe die Staatsanwaltschaft die Erfüllung dieser Straftatbestände über mehrere Seiten begründet. Dabei verweist die Vergabestelle auch auf die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (angefochtene Verfügung, Punkt I/1.2 S. 7 mit Beilagen 1 und 4). Ausserdem beruft sie sich nebst den Medienberichten auch auf das im Kanton Tessin hängige Strafverfahren betreffend Verletzung von Arbeitsbedingungen. Beide Verfahren hätten zu hohem politischem Druck gegen die SBB AG geführt. Schon die Tatsache entsprechender politischer Interventionen (Interpellation Marco Romano vom 15. Juni 2022) zeige, dass das Fehlverhalten der Beschwerdeführerin und ihrer Organe schwer wiege (angefochtene Verfügung, Punkt II/1.1 S. 9 i.V.m. Beilage 5). Schliesslich müsse die SBB als Vergabestelle davon ausgehen, dass sie aufgrund hängiger Gerichtsverfahren gegen die Beschwerdeführerin bei einem erneuten Zuschlag an diese wieder mit vergleichbaren Reaktionen konfrontiert werden würde, was zu einem Reputationsverlust der SBB führen würde (angefochtene Verfügung, Punkte II/1.1 S. 10).

9.2
Im Folgenden ist zunächst Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB auszulegen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

> [Art. 44 BöB] Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlages
>
> [2] Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
>
> […]
>
> d. Sie haben gegen anerkannte Berufsregeln verstossen oder Handlungen oder Unterlassungen begangen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen.

9.2.1 Aus der Argumentation der angefochtenen Verfügung ergibt sich einerseits, dass die Vergabestelle davon ausgeht, dass der Reputationsschaden allein schon den Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB zu rechtfertigen vermag, was das Gericht indessen verneint hat (E. 6.6 hiervor). Andererseits ist zutreffend, dass ein verurteilter Anbieter aus Reputationsgründen als Vertragspartner der öffentlichen Hand nicht mehr in Frage kommt (E. 6.6.4 hiervor mit Hinweis auf JÄGER, Aktuelles Vergaberecht 2014, Rz. 42; siehe zu Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB auch TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 8 zu Art. 44 BöB). Vor diesem Hintergrund verfolgt Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB betreffend den Ausschluss aufgrund rechtskräftiger Verurteilung eines Anbieters in Bezug auf die Vermeidung von Reputationsrisiken im Ergebnis einen ähnlichen Zweck wie Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB. In der im Rahmen der Auslegung des damals geltenden Vergaberechts des Kantons Bern gewählten Terminologie von MARTIN BEYELER (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. i (e maiore minus) i.V.m. Art. 15 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2002 über das öffentliche Beschaffungswesen [ÖBG; BSG 731.2]) sind die "beruflichen Fehlverhaltensweisen" ein Oberbegriff für sowohl strafrechtlich relevante ("serious crimes or other serious offences"; vgl. Art. VIII:4 lit. d GPA 2012; vgl. Art. 44 Abs. 1 lit. c BöB) als auch niederschwelligere berufliche Fehlverhalten ("professional misconduct or acts or omissions that adversely reflect on the commercial integrity of the supplier"; vgl. Art. VIII:4 Bst. e GPA 2012; vgl. auch Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB). Wie diesbezüglich die Vertragsverletzungen der Anbieterinnen ("significant or persistent deficiencies in performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract or contracts"; vgl. Art. VIII:4

Bst. c GPA 2012), welche zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen können (vgl. BEYELER, BVR 2018, S. 226), einzuordnen sind, kann vorliegend offen bleiben. MARTIN BEYELER geht darauf basierend davon aus, dass der allgemeine Schutzzweck von Ausschlüssen wegen beruflicher Fehlverhaltensweisen in der Vermeidung von Reputationsschäden zu sehen sein kann (BEYELER, BVR 2018, S. 226 f.). Darauf wird im Folgenden zurückzukommen sein.

9.2.2 Im vorliegenden Fall stützt sich die Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung jedoch explizit auf den Tatbestand von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB wegen beruflichem Fehlverhalten ohne strafrechtliche Verurteilung, welcher sich an Art. VIII:4 Bst. e des GPA 2012 orientiert. Für das schweizerische Recht erhellt insbesondere aus der französischen Version, dass im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB zwei Tatbestandsvarianten zu unterscheiden sind. Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB lautet in seiner französischen Fassung wie folgt: Ausgeschlossen werden kann ein Anbieter, welcher "a enfreint les règles professionnelles reconnues ou porté atteinte à son honneur ou à son intégrité professionels par ses agissements ou omissions". Im europarechtlichen Rechtsvergleich (EU-Richtlinie 2014/24/EU) ist demgegenüber schon aufgrund des Wortlauts des einschlägigen Ausschlussgrundes klar, dass nur ein Tatbestand beschrieben wird und auch "faute professionelle grave" nur dann relevant ist, wenn diese die Integrität der Anbieterin in Frage stellt ("qui remet en cause son intégrité"; Art. 57 Abs. 4 Bst. c; vgl. zur Rechtslage nach der Richtlinie 2004/18/EG das Urteil des EuGH in der Rechtssache vom 4. Juni 2019 betreffend CNS, Rn. 29). Im vorliegenden Fall beruft sich die Vergabestelle ausschliesslich auf Handlungen, die die Ehre und Integrität der Beschwerdeführerin betreffen (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.1 S. 10).

9.2.3 In gewisser Weise vergleichbar mit Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB (vgl. E. 6.5.7 hiervor) ist auch in Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB im Verhältnis etwa zu Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB betreffend Wettbewerbsabreden und Art. 44 Abs. 2 Bst. f betreffend insbesondere Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen ein Auffangtatbestand zu sehen (MARTIN BEYELER, BVR 2018, S. 226; vgl. zum EU-Recht E. 6.5.6 hiervor mit Hinweis auf FRITON/ZÖLL, in: Commentary on Directive 2014/24/EU, Rz. 80 zu Art. 57). Besonders auf die Bestimmung des Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB trifft die durch die Lehre getroffene Feststellung zu, dass viele der Ausschlusstatbestände von Art. 44 BöB ausserordentlich weit gefasst sind und offene Rechtsbegriffe enthalten (DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, Rz. 36). HANS RUDOLF TRÜEB UND NATHALIE CLAUSEN weisen zudem auf die

Branchenabhängigkeit hin. Dies gilt sowohl für die Frage, welche Berufsregeln anerkannt sind, als auch für die Frage, wann berufliche Ehre oder Integrität berührt sind. In der Literatur wird angenommen, dass dies von der Vergabestelle nicht einfach beurteilbar sein werde (vgl. TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 20 zu Art. 44 BöB).

9.2.4 MARTIN BEYELER vertritt ausserdem insbesondere in Bezug auf das Verhältnis von Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB zu Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB die Auffassung, dass es sich bei beruflichem Fehlverhalten im Sinne von Art. VIII:4 Bst. e GPA grundsätzlich nicht um Straftaten handeln soll (BEYELER, BVR 2018, S. 226 f. und S. 233). Diese Auslegung wird dem Ziel einer möglichst eigenständigen Bedeutung von Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB am besten gerecht. Dazu ist einerseits festzuhalten, dass tatsächlich nicht angenommen werden darf, dass möglichst jeder Ausschlussgrund im Sinne von Art. 44 Abs. 1 BöB durch einen Ausschlussgrund im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BöB ergänzt werden soll, damit die betroffene Anbieterin immer bereits beim Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte ausgeschlossen werden kann. Aufgrund vergleichbarer Überlegungen kommt LENA GÖTZINGER – das Verhältnis zwischen Art. 44 Abs. 1 Bst. h und Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB analysierend – zum Schluss, dass Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB Sachverhalte betreffen muss, welche keine Nicht-, Schlecht- oder Spätleistung der Anbieterin oder sonstige Pflichtverletzung darstellen (GÖTZINGER, a.a.O., S. 244).

9.2.5 Indessen zeigt das Zusammenspiel von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (betreffend die Verletzung beispielsweise von Arbeitsschutzbestimmungen bzw. Arbeitsbedingungen oder von umweltrechtlichen Mindeststandards) und von Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB, dass Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB nicht so zu verstehen ist, dass hinreichende Anhaltspunkte für das Verletzen von umweltrechtlichen Mindeststandards nur dort relevant sind, wo kein Umweltstrafrecht greift. Umgekehrt setzt der Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB der Logik von Art. 44 Abs. 2 BöB entsprechend kein gerichtliches Urteil voraus (TRÜEB/CLAUSEN, Rz. 23 zu Art. 44 BöB; vgl. dazu E. 6.3.1 hiervor). Ausserdem greift Art. 44 Abs. 1 Bst. a BöB, wenn festgestellt wird, dass eine Anbieterin die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren nicht oder nicht mehr erfüllt (vgl. generell zur Idealkonkurrenz mehrerer Ausschlussgründe E. 6.8.1 hiervor und spezifisch zum Zusammenspiel von Art. 44 Abs. 1 Bst. a und Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB E. 6.8.2 hiervor). Schliesslich hat das Gericht zwar festgestellt, dass in Bezug auf die Beurteilung von integritätsrelevantem Verhalten für die Anwendung von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB kein Raum bleibt, aber zugleich festgehalten,

dass Art. 44 Abs. 1 Bst. e Böb und Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB das integritätsrelevante Verhalten abschliessend regeln (vgl. E. 6.8.2 hiervor). Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass sich keine weiteren Einschränkungen durch Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB ergeben. Mit anderen Worten geht die Vergabestelle in der angefochtenen Verfügung zutreffend davon aus, dass sie bei hinreichenden Anhaltspunkten für strafrechtlich relevantes Verhalten (im Sinne von die Integrität beeinträchtigenden Handlungen) Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB zur Anwendung bringen kann. Damit stellt sich entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin auch die Frage nach der doppelten Strafbarkeit nicht.

9.2.6 Diese Schlussfolgerung erweist sich auch mit Blick auf die systematische und die teleologische Auslegung als richtig. Nachdem im neuen Recht die Korruptionsprävention ausdrücklich als Gesetzesziel verankert worden ist (Art. 2 Bst. d BöB), erscheint es naheliegend, dass die Vergabestelle beispielsweise nicht die – im vorliegenden Fall nicht relevante – Feststellung abwarten muss, wonach Bestimmungen über die Bekämpfung der Korruption verletzt worden sind. Vielmehr legt es das mit dem neuen Katalog von Ausschlussgründen verfolgte Ziel der Politikkohärenz (vgl. E. 5.3.2 hiervor) nahe, bei hinreichenden Anhaltspunkten für Korruption, eine die Integrität beeinträchtigende Handlung im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB anzunehmen. Sonst würde nicht nur dem Gesetzesziel (vgl. dazu auch Art. 11 Bst. a und Bst. b BöB) nicht hinreichend Rechnung getragen. Vielmehr würde auch der Vergabestelle ein ihr nicht zumutbares Reputationsrisiko aufgebürdet (vgl. E. 9.2.1 hiervor). Dasselbe muss nun aber auch für hinreichende Anhaltspunkte für Verwicklung in organisierte Kriminalität gelten. Das Ziel der Korruptionsprävention ist sowohl nach dem GPA 2012 als auch nach dem neuen Beschaffungsrecht Teil eines übergeordneten Konzepts, wonach die Integrität des Beschaffungsprozesses als Ziel neben die Marktöffnung tritt (ROBERT ANDERSON/WILLIAM KOVACIC/ANNA CAROLINE MÜLLER, Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance, in: Arrowsmith/Anderson [Hrsg.], The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, S. 681 ff., insb. S. 686 mit Hinweis auf die Präambel des GPA 2012). Folgerichtig preist die WTO das GPA 2012 als good governance-Instrument an (MARC STEINER, Internationale Rechtsgrundlagen, § 2 Rz. 19 mit Hinweis). Von diesem umfassenden Verständnis geht auch die Botschaft zum GPA aus, wenn dort festgehalten wird, dass die Bekämpfung von Interessenkonflikten und missbräuchlichen Praktiken wie der Korruption eine grundsätzliche Anforderung des GPA 2012 ist (GPA-Botschaft, BBl 2017 2053, S. 2078). Aufbauend auf diesem Konzept referiert SUE ARROWSMITH

in Bezug auf Art. VIII GPA zwar zuerst die Rechtsauffassung, wonach unter anderem das Ziel der Vermeidung des Ermessensmissbrauchs durch Vergabestellen dafür spricht, in die Dogmatik unseres Beschaffungsrechts übertragen Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB (im Ergebnis wie MARTIN BEYELER; vgl. E. 9.2.4 hiervor) als abschliessende Regelung in Bezug auf die strafrechtlich relevante Verwicklung in die organisierte Kriminalität zu sehen. Gleich darauf stellt SUE ARROWSMITH indessen im Sinne teleologischer Auslegung fest, dass es darum geht, die Frage zu beantworten, welcher Anbieterin öffentliche Aufträge anvertraut werden sollen ("deciding whether to entrust public contracts to a firm"). Auf dieser Basis kann argumentiert werden, dass kriminelles Verhalten - unter der Voraussetzung, dass "adequate evidence" vorliegt - auch dann die Grundlage für einen Ausschluss bilden kann, wenn keine Verurteilung erfolgt ist (SUE ARROWSMITH, The revised GPA: Changes to procedural rules, in: Arrowsmith/Anderson [Hrsg.], The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, S. 285 ff., insb. S. 310). Damit wird der (namentlich in Bezug auf die neue Zielsetzung gemäss Art. 2 Bst. d BöB) gewollt ambitionierten Umsetzung des GPA in das schweizerische Recht aus systematischer und teleologischer Sicht dasjenige Konzept am bestem gerecht, das es der Vergabestelle erlaubt, gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB den Ausschluss einer Anbieterin bereits dann zu verfügen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese in organisierte Kriminalität verwickelt ist und damit ihre (berufliche) Integrität beeinträchtigende Handlungen begangen hat. Es besteht insoweit auch ein Unterschied zum Verstoss gegen anerkannte Berufsregeln, deren Berücksichtigung im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB dazu dienen kann, Übertretungen bzw. Ordnungswidrigkeiten oder sonstige Verstösse gegen rechtliche Verpflichtungen ausserhalb des strafrechtlich relevanten Bereichs zu erfassen (HANS RUDOLF TRÜEB/LENA GÖTZINGER, Rechtsgutachten, Rz. 372; vgl. diesbezüglich zum Verhältnis zwischen Art. 44 Abs. 1 Bst. h und Art. 44 Abs. 2 Bst. d LENA GÖTZINGER, Baurecht 2022. S. 237 ff., insb. S. 244). Demgegenüber wäre es in Bezug auf Handlungen, die die berufliche Ehre und Integrität beeinträchtigen, unbefriedigend, wenn die Auftraggeberin zwar Vorbereitungshandlungen oder nicht strafbare Versuche berücksichtigen dürfte (vgl. in Bezug auf "sonstiges berufliches Fehlverhalten" MARTIN BEYELER, BVR 2018, S. 227), aber auf hinreichende Anhaltspunkte für das Begehen einer gravierenden Straftat im Bereich der Korruption oder der organisierten Kriminalität trotz des neuen Gesetzesziels gemäss Art. 2 Bst. d BöB nicht mit einem Ausschluss reagieren könnte. Dem entspricht aus rechtsvergleichender Perspektive die Rechtslage gemäss der Richtlinie 2014/24/EU (FRITON/ZÖLL, in: Caranta/Sanchez-Graells [Hrsg.], Europen Public Procurement –

Commentary on Directive 2014/24/EU, Rz. 57.81). Ob das in gleicher Weise bereits für das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-178/16 vom 20. Dezember 2017 betreffend Ing. E. Mantovani SpA gilt, auf welches sich die Vergabestelle beruft (Beschwerdeantwort, Rz. 157), kann demnach offen bleiben. Soweit die Vergabestelle in ihrer Beschwerdeantwort (Rz. 151 ff.) im Ergebnis die Meinung von BEYELER (vgl. E. 9.2.4 hiervor) teilt und argumentativ nicht mehr an die strafrechtlich relevante Verwicklung in organisierte Kriminalität, sondern an das Ausstellen bzw. Entgegennehmen falscher Rechnungen anknüpft, wird dadurch die Frage aufgeworfen, ob mit diesem Argument die Begründung der angefochtenen Verfügung insoweit nicht implizit ersetzt wird. Die Begründungslinie der Beschwerdeantwort ist indessen auch insofern nicht ganz kohärent, als dann doch wieder darauf hingewiesen wird, dass es Anhaltspunkte gibt, dass das Ausstellen falscher Rechnungen offenbar im Kontext einer mafiösen Vereinigung geschehen ist (Beschwerdeantwort, Rz. 161).

9.2.7 Indessen ist der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass jedenfalls die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen (Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB) als der speziellere Tatbestand beiden Tatbestandsvarianten von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB vorgeht, womit insoweit kein Raum bleibt für die parallele Anwendung von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB und Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB. Sachverhaltlich bestreitet im Übrigen auch die Vergabestelle nicht, dass "im italienischen Strafverfahren" der Vorwurf der betrügerischen Bereitstellung von Arbeitskräften und der Ausbeutung von Arbeitskräften fallen gelassen worden ist (Beschwerdeantwort, Rz. 45).

9.3 Nach dem Gesagten ist nun zu prüfen, ob und inwieweit der von der Vergabestelle in der Ausschlussverfügung festgestellte Sachverhalt korrekt festgestellt oder ergänzungsbedürftig ist. Des Weiteren wird zu prüfen sein, ob das Verhalten der Beschwerdeführerin als Handlungen, die die Integrität derselben beeinträchtigen, im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB zu qualifizieren ist. Wie für alle Ausschlussgründe liegt die Beweislast bei der Vergabestelle (vgl. E. 4.6.1 und E. 6.3.2 hiervor; siehe insbesondere zu beruflichem Fehlverhalten MARTIN BEYELER, BVR 2018, S. 234). Dabei ist die Frage entscheidend, ob es hinreichende Anhaltspunkte für das von der Vergabestelle beschriebene Verhalten der Beschwerdeführerin gibt (vgl. E. 7.4 hiervor). Ausserdem ist das Verhalten von Organen und Subunternehmen der Beschwerdeführerin zuzurechnen (vgl. E. 8.3.1 hiervor). Massgebend ist grundsätzlich die Beweislage zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung (vgl. E. 8.3.2 hiervor). Im Folgenden ist daher zunächst auf Grundlage des zum Zeitpunkt der Ausschlussverfügung etablierten

Sachverhalts bzw. der von der Vergabestelle zugrunde gelegten Beweismittel das Vorliegen des Ausschlussgrundes Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB (Handlungen, die ihre berufliche Ehre oder Integrität beeinträchtigen) zu prüfen. Dabei ist allerdings mit Blick auf die Beweisführungspflicht der Vergabestelle auch die Frage relevant, welche Beweismittel der Vergabestelle aufgrund entsprechender Hinweise der Beschwerdeführerin hätten zur Verfügung stehen können (vgl. dazu in Bezug auf die Wettbewerbsabreden E. 8.3.6 hiervor).

9.3.1 Die Vergabestelle stützt sich in der angefochtenen Verfügung zunächst auf Medienberichte. Namentlich seien in der RAI-Sendung "l'ultima fermata" aufgrund des in Mailand insbesondere gegen A._____ eröffneten Strafverfahrens Verbindungen zwischen der Beschwerdeführerin und den Unternehmungen der [mafiösen] Familien […] und […] hergestellt worden (angefochtene Verfügung Punkt I/1.3 S. 4 f. mit Beilage 7). Diese Berichterstattung sei wiederum durch das Tessiner Fernsehen aufgenommen worden (Sendung "La 'ndrangheta inflitrata nelle ferrovie" vom 11. Februar 2022; angefochtene Verfügung, Punkt II/1.4, S. 7 mit Beilage 10). Aufgrund der Medienberichte wiederum sei es zur Interpellation Marco Romano vom 15. Juni 2022 mit dem Titel "Missstände und Unregelmässigkeiten auf der NEAT-Baustelle des Ceneri-Basistunnels. Wusste das UVEK davon und hat nicht eingegriffen?" gekommen (angefochtene Verfügung, Punkt II.14 S. 7 mit Beilage 5). Mitglieder der [mafiösen] Familien […] und […] wiederum seien – so der auf der Internetseite www.quicosenza.it am 11. Februar 2022 veröffentlichte Bericht "'Ndrangheta, il piano per spartirsi i lavori ferroviari e operai senza competenze" – inzwischen aufgrund der Nähe zur Mafia und der Verletzungen von Arbeitsschutzbestimmungen rechtskräftig verurteilt (angefochtene Verfügung Punkt I/1.3 S. 4 f. mit Beilage 9).

9.3.2 Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle vor, dass die gesamte Darlegung der Vergabestelle ausschliesslich auf Zeitungsartikel Bezug nehme und sich auf eine politische Interpellation stütze, mit welcher politischer Druck auf die SBB ausgeübt werde (Beschwerde, Rz. 42; vgl. E. 9.1.1 hiervor).

9.3.3 Zunächst ist zutreffend, dass in den angeführten Medienberichten die Frage aufgeworfen wird, ob ein Zusammenhang zwischen der Beschwerdeführerin und der organisierten Kriminalität besteht. Insbesondere wird im in Beilage 9 zitierten Bericht erwähnt, dass zwei Mitglieder der [mafiösen] Familie […] verhaftet worden sind ("finiti in carcere"). Aus demselben Bericht geht hervor, dass auch die Beschwerdeführerin Gegenstand der

Ermittlungen bzw. mitinvolviert ist ("coinvolgimento"). Zugleich wird unter anderem erwähnt, dass gewisse Anträge der Staatsanwaltschaft durch den Mailändischen Untersuchungsrichter ("GIP") abgewiesen worden sind. Im Bericht gemäss Beilage 10 wird ausserdem die Frage aufgeworfen, ob das Festgestellte sich auch auf den Kanton Tessin auswirkt. Schliesslich wird festgehalten, dass auch gegen ein Organ der Zweigstelle [Ort im Tessin] ("un dirigente della X._____ di [Ort im Tessin]") ermittelt wird. Eine Auswirkung dieses kriminellen Zusammenwirkens sei unter anderem die Berücksichtigung einschlägiger Subunternehmer durch die Beschwerdeführerin.

9.3.4 Wie in Bezug auf die Wettbewerbsabreden ist auch im vorliegenden Zusammenhang festzustellen, dass die Medienberichte zwar durchaus substanziell sind, indem offensichtlich aus den Journalistinnen und Journalisten vorliegenden Verfahrensakten zitiert wird. Das bedeutet aber nicht, dass die Medienberichte als solche genügen, um aus ihnen hinreichende Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB zu gewinnen (vgl. mutatis mutandis E. 8.3.3.3 hiervor). Dasselbe gilt für den politischen Vorstoss von Nationalrat Marco Romano vom 15. Juni 2022 betreffend Missstände und Unregelmässigkeiten auf der NEAT-Baustelle. Zwar ist zutreffend, dass sich der Interpellant explizit danach erkundigt, ob die Beschwerdeführerin, gegen welche wegen Verbindungen zur Mafia ermittelt werde und die auch einen Sitz in der Schweiz habe, für den Bund gegenwärtig öffentliche Aufträge ausführe. Ausserdem ergibt sich aus der Stellungnahme des Bundesrates vom 31. August 2022 sinngemäss, dass er diese Frage nicht beantworten wollte. Indessen lässt sich aus all diesen Beweismitteln nicht mehr als ein Anfangsverdacht gewinnen. Wie bereits festgestellt, ist in der Tatsache allein, dass die Aufmerksamkeit von Medien und Politik geweckt ist, als solcher – trotz des damit offensichtlich verbundenen Reputationsrisikos für die Vergabestelle – kein Ausschlussgrund zu sehen (vgl. dazu E. 6.6.4 zu Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB).

9.3.4.1 Die Vergabestelle verweist hauptsächlich auf die als "Mailänder Verfahren" bezeichneten Strafverfahren und dabei insbesondere auf den Bericht der Mailänder Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022 sowie auf die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (vgl. Ziff. II/1.1B, S. 9, der Ausschlussverfügung i.V.m. Beilagen 1 und 4).

In der angefochtenen Verfügung wird der Bericht der Staatsanwaltschaft ausführlich beschrieben, insbesondere dahingehend, dass unter anderem gegen A._____ Anklage wegen betrügerischer Erklärung unter

Verwendung von Rechnungen oder anderen Dokumenten für nicht existierende Transaktionen, Selbst-Geldwäsche und Straftaten im Zusammenhang mit grenzüberschreitender organisierter Kriminalität sowie diverser Steuerdelikte erhoben worden ist. Daneben wird unter Bezugnahme auf die Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 ausgeführt, dass auch gegen die Beschwerdeführerin selbst ein Verfahren wegen krimineller Vereinigung eröffnet worden ist (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.4. S. 7).

9.3.4.2 Die Beschwerdeführerin wiederum beruft sich insbesondere auf den Entscheid der Ermittlungsrichterin (GIP) Dr. K._____ vom 27. Januar 2022 im Strafverfahren N. […]/2018 […] – […]/2018 […]. Mit diesem sei der Antrag auf Zwangsmassnahmen gegen A._____ und B._____ wegen Verwicklung in organisierte Kriminalität abgewiesen worden (Beschwerde, Rz. 37; Pkt. 1). Dasselbe ergebe sich namentlich aus dem Entscheid des Mailänder Gerichts zweiter Instanz vom 10. August 2023, mit welchem das Gericht auf die seitens der Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid vom 27. Januar 2022 erhobene Beschwerde nicht eingetreten sei.

9.3.4.3 Aus dem Bericht der Mailänder Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022 zu ihren Voruntersuchungen im hängigen Strafverfahren geht hervor, dass gegen ca. 40 Personen ermittelt wird. Unter anderem hat die Staatsanwaltschaft gegen A._____ und B._____ namentlich wegen folgender Straftaten ermittelt (vgl. Beilage 4 der Ausschlussverfügung, S. 15, 26, 35, 39, 41 und 49):

- Art. 416 c.p. (Zusammenschluss zu einer kriminellen Vereinigung; "associazione per delinquere") unter Berücksichtigung von Art. 416 Abs. 1bis c.p. (erschwerende oder mildernde Umstände in Bezug auf mafiöse Handlungen; "circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose") sowie von Art. 80 c.p (Wiederholungstäter) und Art. 110 c.p. (vergleichbar mit der Qualifikation der Bandenmässigkeit; "quando più di persone partecipano al medesimo illecito"). Strafschärfend wird in Bezug auf den Grundtatbestand von Art. 416 c.p. gestützt auf das Decreto legislativo 146/2006 bzw. deren Art. 3 und 4 die grenzüberschreitende Natur der Delinquenz als "circostanza aggravante" berücksichtigt.

- Art. 2 des Decreto legislativo 74/2000 (Mehrwertsteuervergehen) betreffend betrügerische Erklärung durch den Gebrauch von Rechnungen oder anderer Dokumente für nicht existierende Umsätze

- Art. 648 ter c.p. betreffend Geldwäscherei

Im Ergebnis werden auf Seite 26 des Berichts Steuervergehen (Umgehung der Mehrwertsteuer und der Körperschaftssteuer) mittels Scheinrechnungen festgestellt. Erschwerend komme – so die Staatsanwaltschaft – hinzu, dass dies im Bewusstsein um die "finalità agevolatrice" geschehen sei. Dabei bezieht sich "agevolatrice" auf eine "agevolazione mafiosa" (Unterstützung der Mafia). Dadurch wird die Verbindung zu Art. 416 c.p. und Art. 416bis c.p. hergestellt. A._____ und B._____ hätten sich insoweit auf die [mafiösen] Familien […] und […] ("'ndrangheta") eingelassen, obwohl deren Verwicklung in die organisierte Kriminalität im Sinne einer einheitlichen Struktur ("assoziazione unitaria") bereits bekannt ("notoria") gewesen sei. Vergleichbare Vergehen im Geschäftsverkehr mit [einem dieser mafiösen Mitglieder] werden auch auf S. 35 des Berichts beschrieben, wobei auf den jeweiligen Rechnungsbetreff "distacco operai " bzw. "distacco personale" (Personalverleih) hingewiesen wird. Dasselbe gilt für die Seiten 39 und 41 des Berichts. Auf Seite 45 wird zusätzlich festgehalten, dass Mitglieder der [mafiösen] Familien […] und […] als Beschuldigte von falschen Rechnungen der Beschwerdeführerin profitiert haben, und sich so der Geldwäscherei im Sinne von Art. 648ter c.p. schuldig gemacht haben (vgl. auch S. 47). Ausserdem wird auf Seite 49 f. des Berichts auch A._____ und B._____ Geldwäscherei vorgeworfen. Auch hier wird auf den mafiösen Kontext als erschwerenden Umstand hingewiesen.

9.3.4.4 Mit Verfügung vom […] 2022, erlassen von der Ermittlungsrichterin (GIP) Dr. K._____, wurde im Dispositiv eine vorsorgliche Sicherstellung zulasten der Beschwerdeführerin und A._____ in Höhe von [ca. 300'000 Euro] verfügt. Zugleich wurde in der Begründung festgehalten, dass das Verhalten der Akteure und insbesondere die Diebstähle von den Baustellen der Unternehmen der "Gruppe [Familienname von A._____ und B._____]" durch die [mafiösen] Familien [...] und […] (vgl. dazu S. 269 ff. der Verfügung) gegen die Zugehörigkeit der Herren [Familienname von A._____ und B._____] – und damit von X._____ und Y._____ – zu einer kriminellen Organisation sprechen (S. 306 der Verfügung). Die Vorbringen der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Darstellung des Ergebnisses der Vorabklärungen seien aus ermittlungsrichterlicher Sicht grösstenteils strafrechtlich nicht relevant oder haltlos ("prive di rilevanza penale o insussistenti"). Relevant sei demgegenüber nach wie vor das Verhalten der Beteiligten in Bezug auf die Scheinrechnungen ("fatture per operazioni in tutto o in parte inesistenti"; S. 307 der Verfügung). Dementsprechend wurde den Anträgen der Staatsanwaltschaft auf vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf A._____ und B._____ in weiten Teilen nicht entsprochen (vgl. S. 308 der Verfügung).

Im Rahmen der Begründung wurde insbesondere Folgendes festgehalten (S. 307 der Verfügung): "Auf jeden Fall wird erachtet, dass die Ermittlungen keine schwerwiegenden Indizien dafür ergeben haben, dass sich diese Beschuldigten der Existenz einer von der [mafiösen] Familie […] geführten organisierten kriminellen Gruppe bewusst waren oder dass sie einem gemeinsamen kriminellen Programm angehörten – womit wiederum ein wesentliches Tatbestandsmerkmal, die sogenannte "affectio societatis", fehlt. Im Gegenteil haben die Ermittlungen Hinweise in die entgegengesetzte Richtung hervorgebracht: […].

Mit Urteil ("sentenza d'appello") vom […] 2023 des Tribunale Ordinario di Milano, […], in funzione di Giudice del Riesame, wurde die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen die Anordnungen der Ermittlungsrichterin vom […] 2022 für unzulässig erklärt.

In einem parallelen abgekürzten Verfahren stellte die Corte d'appello di Milano (Berufungsgericht Mailand) mit Urteil vom 20. Juni 2024 in Bezug auf die Gebrüder [Familienname von A._____ und B._____] fest, dass der Beweis einer Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung nicht erbracht worden sei. In Anlehnung an die Begründung der erstinstanzlichen richterlichen Anordnungen vom 27. Januar 2022 führte das Gericht aus, dass das Verhalten der Akteure mit der Hypothese einer gemeinsamen Vereinigung mit kriminellem Programm nicht zu vereinbaren sei (S. 158 des Urteils).

9.3.4.5 Nach dem Gesagten ergibt sich zunächst, dass das unter anderem gegen A._____ und B._____ geführte Mailänder Strafverfahren nach wie vor hängig ist. Darin allein können indessen keine hinreichenden Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB gesehen werden. Vielmehr ist der Beschwerdeführerin dahingehend zuzustimmen, dass sich aus den inzwischen ergangenen Gerichtsentscheiden ein deutlich anderes Bild ergibt als aufgrund des Berichts der Staatsanwaltschaft vom 16. Juni 2022, auf welchen sich die angefochtene Verfügung im Wesentlichen stützt. Aufgrund insbesondere der Feststellungen der zuständigen Ermittlungsrichterin im Rahmen ihrer Anordnungen vom 27. Januar 2022 zur Zugehörigkeit von A._____ und B._____ zu einer kriminellen Vereinigung ergibt sich, dass jedenfalls in Bezug auf Art. 461 c.p, und die Qualifikation im Sinne von Art. 416 Abs. 1bis c.p. wie auch die Strafschärfung gemäss Art. 3 und 4 des Decreto legislativo 146/2003 betreffend grenzüberschreitende Kriminalität keine hinreichenden Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB mehr bestehen. Weder in Bezug auf die [mafiöse] Familie […] noch in Bezug auf die [mafiöse] Familie […] hat sich der Anfangsverdacht betreffend

Mitgliedschaft in einer oder Unterstützung einer kriminellen Organisation hinreichend erhärtet. Soweit die Vergabestelle zum Berufungsentscheid vom 10. Juli 2023 nach Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Anordnungen vom 27. Januar 2022 im Unterschied zur Beschwerdeführerin (Beschwerde, Rz. 37) davon ausgeht, dass die Staatsanwaltschaft vor der zweiten Instanz "nur" an formalen Gründen gescheitert ist (Beschwerdeantwort, Rz. 47), vermag das an der Ausgangslage, wonach die Sachverhaltsfeststellungen der Ermittlungsrichterin nach wie vor massgebend sind, nichts zu ändern. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle betrifft der in Frage stehende Entscheid auch nicht ein Parallelverfahren; vielmehr ergibt sich aus den Verfahrensnummern, dass A._____ und B._____ als Beschuldigte betroffen sind (vgl. Replik, Rz. 65). Für das Fehlen hinreichender Anhaltspunkte spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Vorwürfe betreffend unzulässige Wettbewerbsabreden inzwischen weitgehend entkräftet sind (vgl. E. 8.3.6 hiervor). Demgegenüber wäre in einem gelebten Kartell allenfalls auch ein Indiz für eine mafiöse "affectio societatis" zu sehen. Vorbehaltlich des Endentscheids im hängigen Strafverfahren konnte damit der bereits im Rahmen der ersten Sanktionsverfügung vom 18. Januar 2024 formulierte Satz der Vergabestelle, wonach die SBB keine neuen vertraglichen Beziehungen mit einer Unternehmung eingehen, die mit einer kriminellen Organisation in Verbindung gebracht wird, schon zum Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Verfügung so nicht mehr als Ausschlussgrund herangezogen werden. Dem stimmt aufgrund der im Beschwerdeverfahren eingereichten Akten im Ergebnis wohl auch die Vergabestelle zu, wenn sie festhält, dass sich das hängige Verfahren "auf die Vorwürfe der Steuervergehen und Geldwäsche bezieht" (Beschwerdeantwort, Rz. 48).

9.3.4.6 Bei dieser Ausgangslage hätte die Beschwerdeführerin möglicherweise sogar früher beim italienischen Innenministerium ein Anti-Mafia-Zertifikat erwirken können. So oder anders spricht die Zulässigkeit von Noven im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht dafür, dass das von der Beschwerdeführerin mit der Replik eingereichte Anti-Mafia-Zertifikat, datiert auf den 23. Mai 2025 und für die Dauer eines Jahres gültig, zu berücksichtigen ist. Darin wird bestätigt, dass die Beschwerdeführerin in der "Anagrafe antimafia degli esecutori" eingetragen wurde. Das Zertifikat bestätigt die Nicht-Zugehörigkeit der Beschwerdeführerin zu einer mafiösen Vereinigung. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann aber aufgrund des bereits ohne dieses Zertifikat zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallenden Beweisergebnisses letztlich offen bleiben.

9.3.4.7 Soweit die Vergabestelle geltend macht, es liege in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, dass sie in Bezug auf die Verstrickung der Beschwerdeführerin in die organisierte Kriminalität einen unvollständigen Sachverhalt zugrunde gelegt habe, kann ihr auch in Bezug auf den Vorwurf der mafiösen Verstrickung nicht gefolgt werden (vgl. zu den Wettbewerbsabreden E. 8.3.6 hiervor). Die Beschwerdeführerin hat bereits mit Schreiben vom 27. August 2024 auf die Anordnungen der Ermittlungsrichterin vom 27. Januar 2022 hingewiesen und diese in wesentlichen Punkten auszugsweise in ihre Eingabe integriert (S. 5 ff.). Dasselbe gilt für den Berufungsentscheid vom 10. Juli 2023, mit welcher auf das gegen die Anordnungen vom 27. Januar 2022 erhobene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft nicht eingetreten worden ist. Damit wäre es aufgrund der Untersuchungsmaxime Sache der Vergabestelle gewesen, diese entscheidrelevanten Beweismittel einzufordern (vgl. E. 9.3.1 hiervor). Sie hat insbesondere weder die ermittlungsrichterlichen Anordnungen vom 27. Januar 2022 gewürdigt noch dargetan, warum in antizipierter Beweiswürdigung auf deren Würdigung verzichtet werden kann.

9.3.4.8 Demgegenüber bilden die Steuerdelikte und das Ausstellen von Scheinrechnungen nicht nur Gegenstand des hängigen Verfahrens. Aufgrund der ermittlungsrichterlichen Feststellung (mitsamt vorsorglicher Beschlagnahme) besteht diesbezüglich zumindest teilweise auch mehr als ein Anfangsverdacht. Folglich gibt es insoweit durchaus hinreichende Anhaltspunkte für Delikte im Sinne von Art. 2 des Decreto legislativo 74/2000 (Scheinrechnungen), soweit mit diesen Handlungen ein Tatbestand gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB erfüllt ist. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 (S. 9) ergibt, dass die vorsorgliche Beschlagnahme offenbar in gewissem Umfang widerrufen worden ist. Richtig ist aber jedenfalls, dass die entsprechenden Zwangsmassnahmen abweichend von den Anträgen der Staatsanwaltschaft sowohl in Bezug auf die Beschwerdeführerin als auch in Bezug auf A._____ auf den Betrag von [ca. 300'000 Euro] lauten (Dispositiv der Anordnungen der Ermittlungsrichterin vom 27. Januar 2022, S. 377). Soweit die Beschwerdeführerin ausführt, dass die Zwangsmassnahmen inzwischen auf [ca. 150'000 Euro] reduziert worden sind (Replik, Rz. 71 und Rz. 100), ist nicht ganz klar, ob dadurch wirklich die Anklage insoweit reduziert wird oder ob das mit einer unpräjudiziellen Form "tätiger Reue" zusammenhängt (vgl. Duplik, Rz. 173). Das kann aber aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben. Jedenfalls führt die Beschwerdeführerin unwidersprochen aus, dass die gegen die Beschwerdeführerin bzw. A._____ erhobenen Vorwürfe nach wie vor bestritten

werden (Replik, Rz. 72). Da insoweit nach wie vor kein Urteil vorliegt, ist also insofern der Sachverhalt entgegen der Annahme der Vergabestelle auch nach dem Berufungsentscheid vom 7. Juli 2023 nach wie vor nicht "erstellt" (vgl. Beschwerdeantwort, Rz. 160). Soweit die Beschwerdeführerin das ihr vorgeworfene Verhalten betreffend Scheinrechnungen zu bagatellisieren versucht ("una manciata di fatture in più anni"), kann ihr jedenfalls nicht beigepflichtet werden. Vielmehr zeigt die vorliegende Strafuntersuchung jedenfalls in Bezug auf andere Angeschuldigte, dass sich dort, wo Scheinrechnungen (namentlich betreffend Personalverleih) im Spiel sind, nicht selten auch Risiken ergeben in Bezug auf die durchaus reputationsrelevante Transparenz der Identität der Subunternehmen bzw. das Austauschen derselben durch die Anbieterin ohne Kenntnis bzw. Zustimmung der Auftraggeberseite. Ob bereits durch die Scheinrechnungen an sich nach italienischem Recht auch der Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt ist, erscheint nicht ganz klar. Entscheidend ist indessen, dass dem Tatbestand der Geldwäscherei in diesem Zusammenhang – soweit anwendbar – eine ganz andere Bedeutung zukommen würde als in der nach dem Konzept der Staatsanwaltschaft ursprünglich das Verfahren prägenden Variante als Folge einer Verstrickung der Beschwerdeführerin in die organisierte Kriminalität. Indessen kann aufgrund der nachfolgenden Ausführungen zur Verhältnismässigkeit offen bleiben, ob durch die der Beschwerdeführerin bzw. ihren Organen vorgeworfenen Handlungen ein Tatbestand im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB erfüllt ist. Ebenso braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, dass in Bezug auf reine Steuervergehen gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. g BöB wohl sichere Kenntnis verlangt werden müsste.

9.3.4.9 Für Sanktionen im Sinne von Art. 45 BöB wie auch für Ausschlussverfügungen gemäss Art. 44 BöB ergibt sich letztlich aus der Verfassung (Art. 5 Abs. 2 BV) die Anforderung, wonach sich die entsprechenden Verfügungen als verhältnismässig erweisen müssen. Nur in Bezug auf Sanktionen wird indessen in Art. 53 Abs. 3 BöB festgehalten, dass insoweit auch die Ausübung des Ermessens geprüft wird. In Bezug auf den Ausschluss gilt demgegenüber die spezialgesetzliche Regel, wonach die Angemessenheit einer Verfügung im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden kann (Art. 56 Abs. 3 BöB). Auch nach der Botschaft bleibt insoweit der Ermessensspielraum ausdrücklich gewahrt (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1961). Zugleich wird in der Botschaft festgehalten, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus bei allen Tatbeständen zu beachten sind (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1950 und S. 1961). Davon geht auch die Lehre einhellig aus (HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 3 zu

Art. 44 BöB; LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 6 zu Art. 44 BöB). Dementsprechend hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in Bezug auf berufliches Fehlverhalten entschieden, dass Fehlverhalten der Anbieterinnen mit Bagatellcharakter mit Blick auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Regel keinen Ausschluss rechtfertigen (Urteil VGE 100.2017.228 vom 18. Dezember 2017, auszugsweise publiziert in: BVR 2018/5, E. 3.1). Die Beschwerdeführerin macht im vorliegenden Zusammenhang unter anderem den Zeitablauf geltend, um die fehlende Verhältnismässigkeit des Ausschlusses zu begründen. Es handle sich um wenige Rechnungen, die vor zehn Jahren ausgestellt worden seien und deren Wert im Verhältnis zum Jahresumsatz der Beschwerdeführerin verschwindend gering sei (Replik, Rz. 102). Die Vergabestelle hebt in Bezug auf die Verhältnismässigkeit hervor, dass es nicht relevant sei, ob die in Frage stehenden Rechnungen nur einen geringen Teil des angeblichen Jahresumsatzes der Beschwerdeführerin ausmachen (Duplik, Rz. 63).

9.3.4.10 Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Ausschluss wegen Verurteilung eines Anbieters (vgl. dazu Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB) festgehalten, dass sich ein Ausschluss als unverhältnismässig erweisen könne, wenn er unter dem Gesichtspunkt der zeitlichen Komponente (Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Tatbegehung) und/oder sachlichen Komponente (Art der Straftat, Höhe des Strafmasses) nicht zu halten wäre (Urteil 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8 "Verurteilung wegen Bestechung von Amtsträgern"; vgl. dazu HANS RUDOLF TRÜEB/NATHALIE CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 8 zu Art. 44 BöB). LAURA LOCHER vertritt an den Zeitpunkt der Verurteilung anknüpfend die Meinung, dass aus Verhältnismässigkeitsgründen eine Verurteilung, die drei Jahre zurückliege, grundsätzlich einen Ausschluss nach dieser Bestimmung noch rechtfertigt. Eine Berücksichtigung über einen längeren als den angegebenen Zeitraum wäre aus ihrer Sicht nur in begründeten Fällen möglich (LOCHER, Handkommentar BöB, Rz. 22 zu Art. 44 BöB).

9.3.4.11 Das Gericht hat in Bezug auf den vorliegenden Fall bereits festgehalten, dass der Beschwerdeführerin nicht zu folgen ist, soweit sie versucht, das ihr vorgeworfene Verhalten zu bagatellisieren (vgl. E. 9.3.4.8 hiervor). Indessen ist ihr zuzubilligen, dass der Zeitablauf entscheidend zu ihren Gunsten in die Waagschale fällt. Die in Frage stehenden Rechnungen stammen unbestrittenermassen aus den Jahren 2015-2018, wobei der grössere Teil der Rechnungen in den Jahren 2017 und 2018 ausgestellt worden ist. Damit sind bis zum Ergehen der angefochtenen Ausschlussverfügung sieben Jahre vergangen. Ohne Verstrickung in die organisierte

Kriminalität ist – unabhängig von der Frage, ob auch insoweit ein Richtwert von drei Jahren gelten soll – auch kein Grund ersichtlich, um die Anbieterin trotz der verstrichenen Zeit auszuschliessen. Der Vergabestelle ist dabei ohne Weiteres zuzugestehen, dass die Gefahr, dass Scheinrechnungen ausgestellt werden, durchaus auch Folgen für das Vermögen und die Reputation der Vergabestelle haben können (Beschwerdeantwort, Rz. 173). Zugleich ist festzuhalten, dass die Vergabestelle den seit zehn Jahren laufenden Gleisstopfauftrag, der im Beschaffungsverfahren, welches dieser Beschwerde zugrunde liegt, durch neue Zuschläge abgelöst werden soll, auch nach dem Bekanntwerden der Vorwürfe nie widerrufen hat, sondern die Leistungen der Beschwerdeführerin als einer der bisherigen Zuschlagsempfängerinnen entgegengenommen hat (vgl. abschliessende Stellungnahme, Rz. 9). Damit ist nicht nur die Vertragserfüllung offenbar nicht zu beanstanden, worüber sich die Verfahrensbeteiligten einig sind, sondern vielmehr hat die Vergabestelle auch in Bezug auf das berufliche und integritätsrelevante Verhalten bewusst ein Risiko in Kauf genommen. Vor diesem Hintergrund ist schwierig nachzuvollziehen, warum dasselbe Risiko im vorliegenden Kontext derart schwer wiegen soll, dass es den für die Beschwerdeführerin sprechenden Zeitablauf zu relativieren vermöchte. Damit ergibt sich zusammenfassend, dass sich ein Ausschluss der Beschwerdeführerin wegen steuerrechtlich relevanter zweifelhafter Rechnungsstellung und allenfalls damit verbundener Geldwäscherei (ohne Verstrickung in die organisierte Kriminalität) hauptsächlich in den Jahren 2017 und 2018 jedenfalls als unverhältnismässig erweist. Da gestützt auf die gerichtlichen Feststellungen auch insoweit hinreichende Klarheit in Bezug auf die italienischen Verfahren hat geschaffen werden können, erübrigt sich das beantragte Einholen eines Gutachtens zur italienischen Rechtslage.

9.4

9.4.1 Während die angefochtene Verfügung keine Ausführungen zur mangelhaften Unternehmensorganisation enthält, wird in der Beschwerdeantwort geltend gemacht, ein berufliches Fehlverhalten der Beschwerdeführerin, das für sich allein genommen nicht strafbar sei, sei auch darin zu sehen, dass das Unternehmen so mangelhaft organisiert sei, dass die Einhaltung des anwendbaren Rechts, darunter die Verhinderung von Geldwäscherei oder anderem rechtswidrigen Verhalten, nicht sichergestellt werden kann (Beschwerdeantwort, Rz. 162).

9.4.2 Die Beschwerdeführerin führt replicando aus, sie habe der Vergabestelle zur Unternehmensorganisation bereits für die Sitzung vom 30. August

2023 Unterlagen eingereicht, worauf die Vergabestelle duplicando erwidert, sie habe die entsprechende Korrespondenz wegen eines Mitarbeiterwechsels ohne korrekte Aktenübergabe nicht berücksichtigt (Duplik, Rz. 9). Zum Beweis für den Inhalt des Gesprächs offeriert die Vergabestelle zwei Zeugenaussagen (Duplik, Rz. 12).

9.4.3 Inhaltlich führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe in Bezug auf die Unternehmensorganisation gewichtige Anpassungen vorgenommen. Insbesondere seien durch die neue Struktur die Befugnisse von A._____ im Vergleich zu seiner früheren Stellung beschränkt worden (Replik, Rz. 34).

9.4.4 Die Vergabestelle gibt den entscheidenden Hinweis, wo die Frage nach der Unternehmensreorganisation dogmatisch zu verorten ist, gleich selbst, indem sie insoweit von Selbstreinigungsmassnahmen spricht (Duplik, Rz. 10 f.). Nach Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24/EU kann jeder Wirtschaftsteilnehmer, der sich in einer der [insbesondere in Absatz 4] genannten Situationen befindet, Nachweise dafür erbringen, dass die Massnahmen des Wirtschaftsteilnehmers ausreichen, um trotz des Vorliegens eines einschlägigen Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit nachzuweisen (vgl. dazu LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 42 zu Art. 44 BöB). Gestützt darauf ist beispielsweise in § 125 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erstmals die Selbstreinigung geregelt worden (vgl. FRIDHELM MARX, Die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014 durch das neue Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 229 ff., insb. S. 234). Im BöB wird demgegenüber die Selbstreinigung ebensowenig erwähnt wie in der bundesrätlichen Botschaft dazu (vgl. MARCO FETZ/MARC STEINER, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes, Rz. 134). Das bedeutet aber wohl nicht, dass die Selbstreinigung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung nicht zugunsten der betroffenen Anbieterin berücksichtigt werden kann. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es aber jedenfalls, wenn die Unternehmensorganisation (jedenfalls davon ausgehend, dass diese sich vielleicht nicht hinreichend verbessert, aber jedenfalls nicht verschlechtert hat) zu Ungunsten der betroffenen Anbieterin berücksichtigt werden soll. Die Vergabestelle hat dieses Problem durchaus erkannt und behauptet deshalb, dass in der mangelhaften Organisation des Unternehmens ein berufliches Fehlverhalten im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB zu sehen ist (Beschwerdeantwort, Rz. 162). Diesbezüglich ergeben sich indessen weder aus dem Gesetzestext noch den Materialien entsprechende Hinweise. Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch bedeutet Fehlverhalten ein konkretes Handeln oder Unterlassen in einer

bestimmten Situation (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon; https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/verhalten-53405, zuletzt besucht am 4. August 2026). In diesem Sinne kann eine mangelhafte Organisation Fehlverhalten begünstigen, ist aber selbst kein Verhalten, sondern Teil des Anreizsystems, das in Bezug auf konkrete Verhaltensweisen wirkt. Mit anderen Worten kann die Vergabestelle für den Ausschluss aufgrund mangelhafter Organisation nicht an Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB anknüpfen. Damit erübrigt es sich im vorliegenden Zusammenhang, auf die Organisation des Unternehmens näher einzugehen. Ebenso kann offen bleiben, ob insoweit ein in der angefochtenen Verfügung nicht formuliertes Argument im Beschwerdeverfahren nachgeschoben werden kann. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass das Tribunale amministrativo regionale (TAR) Puglia mit Urteil Nr. […]/2023 vom […] 2023 (S. 11) im Rahmen der Anfechtung eines Vergabeentscheides durch eine Konkurrentin die self-cleaning-Massnahmen der Beschwerdeführerin (als Zuschlagsempfängerin) zu ihren Gunsten berücksichtigt hat und unter anderem mit dieser Begründung das Vorliegen eines Ausschlussgrundes verneint hat.

9.5 Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf den von der Vergabestelle referierten Sachverhalt nicht gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB ausgeschlossen werden kann.

10.

Als letzten Ausschlussgrund, auf welchen die Vergabestelle die angefochtene Verfügung stützt, nennt sie Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB. Diese Bestimmung erlaubt der Vergabestelle insbesondere den Ausschluss von Anbieterinnen, die Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen missachten, sofern hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen. Im vorliegenden Fall betrifft die geltend gemachte Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen bzw. Arbeitsbedingungen einerseits das Tessin (Monte Ceneri-Baustelle des NEAT-Tunnels) und andererseits "Vorkommnisse in Dänemark" (vgl. dazu E. 10.7. hiernach).

10.1

10.1.1 In Bezug auf den Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB rügt die Beschwerdeführerin, die von der Vergabestelle vorgebrachte Missachtung von Arbeits- und Sicherheitsbestimmungen durch die Beschwerdeführerin lege die ganze Fragilität der angefochtenen Verfügung offen ("mette a nudo tutta la fragilità della decisione"; Beschwerde, Rz. 45).

10.1.2

10.1.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang vor, die Vergabestelle stütze sich, soweit es um die Monte Ceneri-Baustelle gehe, in der Begründung der angefochtenen Verfügung ungerechtfertigterweise lediglich darauf, dass gegen die Beschwerdeführerin aufgrund einer anonymen Anzeige im Jahr 2019 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren wegen angeblicher Verstösse auf der Baustelle eröffnet worden sei ("Tessiner Verfahren"; Beschwerde, Rz. 46). Dabei stütze sich die Vergabestelle auf Medienberichte mit angeblichen Aussagen einzelner Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, die von Gewerkschaften und Presse überzeichnet worden seien, um der Beschwerdeführerin zu schaden (Beschwerde, Rz. 46 und 48).

10.1.2.2 Ausserdem bringt die Beschwerdeführerin vor, ihr sei im Zusammenhang mit dem Ausschlussgrund betreffend Verstösse gegen Arbeits- und Sicherheitsbestimmungen von der Vergabestelle niemals die Gelegenheit zur Stellungnahme gewährt worden. Ihr sei lediglich die Möglichkeit gegeben worden, sich zu einem möglichen Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 1 Bst. e BöB zu äussern, während andere Ausschlussgründe, insbesondere solche im Zusammenhang mit Arbeits- und Sicherheitsvorschriften, von der Vergabestelle der Beschwerdeführerin gegenüber nicht erwähnt worden seien (Beschwerde, Rz. 47 und 50). Die Beschwerdeführerin hält weiter fest, dass Vertreter der Vergabestelle bei einem Treffen der Parteien in Zürich erklärt hätten, sie würden sich gegebenenfalls noch über den aktuellen Stand der hängigen Verfahren erkundigen (Beschwerde, Rz. 47). Da die Vergabestelle in Erfahrung gebracht habe, dass das Verfahren kurz vor dem Abschluss gestanden habe, habe sie jedoch offenbar auf eine solche Aktualisierung verzichtet, um den Ausschlussgrund auf der Grundlage des damals hängigen Verfahrens aufrechterhalten zu können (Beschwerde, Rz. 47).

10.1.2.3 Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, dass das in Frage stehende Tessiner Ermittlungsverfahren inzwischen (ohne Urteil) abgeschlossen worden sei, womit die fehlende Verantwortlichkeit der Beschwerdeführerin unmissverständlich bestätigt sei. Die Beschwerdeführerin verweist dabei auf die Einstellungsverfügung der Tessiner Staatsanwaltschaft vom 5. Dezember 2024 und die darin enthaltenen Ausführungen, wonach die Tatbestandsmerkmale der Gegenstand der Ermittlungen bildenden Straftaten (Überschreitung der Arbeitsstunden sowie mangelnde Sicherheit auf der Baustelle) nicht erfüllt seien. Die Staatsanwaltschaft habe festgestellt,

dass die ursprünglichen Hypothesen erheblich von den Ermittlungen abweichen würden, Widersprüche in den Aussagen der Zeugen bestünden und die Vorwürfe nicht durch hinreichende Indizien gestützt würden (Beschwerde, Rz. 48).

10.1.2.4 Die Beschwerdeführerin hält ferner fest, dass die Vergabestelle ihr Ermessen offensichtlich überschritten habe, indem sie ältere Berichte und Presseinformationen als hinreichende Anhaltspunkte gewertet und gleichzeitig entlastende sowie aktuellere Informationen unberücksichtigt gelassen habe (Beschwerde, Rz. 49 f.). Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht beachtet worden sei, da die Verfügung auf mindestens acht Jahre alte Tatsachen gestützt worden sei, ohne die positive und fruchtbare Zusammenarbeit in der jüngeren Vergangenheit einzubeziehen (Beschwerde, Rz. 49 f.).

10.1.3

10.1.3.1 Die Vergabestelle hingegen beruft sich in ihrer Ausschlussverfügung darauf, dass hinreichende Anhaltspunkte vorlägen, dass die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit wiederholt und in mehreren Ländern (das heisst insbesondere im Tessin) Verstösse gegen die Arbeitsschutzbestimmungen im Sinne des Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB – wobei wohl auch Arbeitsbedingungen mitgemeint sind – begangen habe (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. II/1.3, S. 11).

10.1.3.2 Die Vergabestelle führt in der angefochtenen Verfügung in Bezug auf den Ausschlussgrund nach Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB aus, gegen die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren im Zusammenhang mit mutmasslichen Verstössen gegen Arbeitsschutzbestimmungen auf der Baustelle des Monte Ceneri hängig (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. II/1.3, S. 11, sowie die Beilagen 1, 3, 5 und 6; vgl. zu den "Vorfällen in Dänemark" E. 10.7 hiernach). Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Stellungnahme vom 27. August 2024 Bezug auf dieses Strafverfahren genommen und darauf hingewiesen, dass dieses die Art. 59 ff. des Arbeitsgesetzes und Art. 12 des Entsendegesetzes betreffe und eine Einigung mit den Klägern unmittelbar bevorstehe (vgl. angefochtene Verfügung, Ziffer I/1.1a S. 3). Das hängige Strafverfahren sei auch Gegenstand journalistischer Recherchen und einer Interpellation von Nationalrat Marco Romano vom 15. Juni 2022 gewesen. Im Rahmen der journalistischen Recherchen seien Verstösse gegen GAV-Bestimmungen, Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitssicherheitsbestimmungen

thematisiert worden. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin die Mitarbeitenden zu überlangen Schichten und zur Bedienung von Schienenfahrzeugen ohne entsprechende Bewilligung gezwungen. Verdeckt habe die Beschwerdeführerin dies durch falsch ausgestellte Arbeitsrapporte. Schliesslich habe X._____ zu Monatsende Mitarbeitende systematisch gezwungen, einen Teil des Lohnes bar zurückzuzahlen (vgl. angefochtene Verfügung, Ziffer I/1.2a, S. 4). Aufgrund ausstehender Löhne im Umfang von [ca. 3.3 Millionen Franken] im Zusammenhang mit dem Ceneri-Basistunnel habe die Gewerkschaft Unia Strafanzeige erstattet. Auch im Rahmen des politischen Vorstosses werde eine Anzeige eines Angestellten erwähnt, wonach dieser über mehrere Monate ohne entsprechende Ausbildung eine Lokomotive auf der Baustelle geführt habe (vgl. angefochtene Verfügung, Ziffer I/1.2a, S. 4). Das hängige Verfahren sei schon an sich ein hinreichender Anhaltspunkt, dass Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen missachtet worden seien. Dasselbe gelte für die Aussagen von ehemaligen Arbeitnehmenden betreffend überlange Schichten, das Bedienen von Schienenfahrzeugen ohne Bewilligung und das Erzwingen von Lohnrückzahlungen. Übrigens sei das Erzwingen von Lohnrückzahlungen auch Gegenstand des hängigen Mailänder Verfahrens, was dafür spreche, dass die Beschwerdeführerin systematisch bereits ausbezahlte Gelder von den Arbeitnehmenden zurückverlange (vgl. angefochtene Verfügung, Ziffer II/1.3 S. 11).

10.1.3.3 In ihrer Beschwerdeantwort anerkennt die Vergabestelle, dass das Tessiner Verfahren eingestellt worden ist. Insbesondere habe die Staatsanwaltschaft festgestellt, dass kein hinreichender Tatverdacht für Lohnwucher bestehe (Beschwerdeantwort, Rz. 28). Damit sei indessen nicht gesagt, dass die Lohnvorschriften auf dieser Baustelle vollständig eingehalten worden seien (Beschwerdeantwort, Rz. 29). Auch aus dem von der Beschwerdeführerin angeführten Beschluss der SPK Gleisbau vom 5. September 2024 gehe eine arbeitsrechtskonforme Bezahlung der Arbeiter nicht hervor. Mit diesem Beschluss werde nur festgehalten, dass während der Einsatzdauer vom 1. November 2021 bis 31. März 2022 keine Verstösse gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen vorliegen würden. Der Monte Ceneri-Basistunnel sei jedoch bereits am 4. September 2020 eröffnet worden (Beschwerdeantwort, Rz. 29). Die Vergabestelle weist ausserdem darauf hin, dass es insoweit zu einem Vergleich gekommen ist. In der Einstellungsverfügung sei festgehalten worden, dass eine zivilrechtliche Einigung (einschliesslich Entschädigung an die Bauarbeiter) mit der Beschwerdeführerin erzielt worden sei. Dies lege nahe, dass sich die Beschwerdeführerin nicht vollständig arbeitsrechtskonform verhalten

habe (wenn auch nicht strafrechtlich relevant; Beschwerdeantwort, Rz. 37 sowie Rz. 122). Offenbar sei den Arbeitern mutmasslich im Sinne einer finanziellen Entschädigung für Überstunden Schadenersatz in Höhe von [ca. Fr. 400'000.-] gezahlt worden (Beschwerdeantwort, Rz. 32).

In der angefochtenen Verfügung hält die Vergabestelle abschliessend fest, dass sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit darauf schliessen müsse, dass auch im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens mit Verstössen gegen die Arbeitsschutzbestimmungen durch die Beschwerdeführerin zu rechnen sei, weshalb ein Ausschluss nach Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB zwingend sei (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. II/1.3, S. 11). Dazu führt sie im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzend aus, eine Prognose, ob die Anbieterin angesichts einer festgestellten Verletzung (dennoch) für eine gesetzestreue Erfüllung des jetzt ausgeschriebenen Auftrags Gewähr biete oder nicht, sei nicht erforderlich (Beschwerdeantwort, Rz. 108).

10.2

10.2.1 Im Folgenden ist Artikel 44 Abs. 2 Bst. f BöB auszulegen insbesondere betreffend den Ausschluss wegen hinreichender Anhaltspunkte für die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen (vgl. zur Abgrenzung zwischen der Missachtung von Arbeitsbedingungen und dem Nichtbezahlen von Sozialabgaben E. 10.8.4 hiernach).

> [Art. 44 BöB] Ausschluss vom Verfahren und Widerruf des Zuschlages
>
> [2] Die Auftraggeberin kann überdies Massnahmen nach Absatz 1 treffen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass auf die Anbieterin, ihre Organe, eine beigezogene Drittperson oder deren Organe insbesondere einer der folgenden Sachverhalte zutrifft:
>
> […]
>
> f. Sie missachten die Arbeitsschutzbestimmungen, die Arbeitsbedingungen, die Bestimmungen über die Gleichbehandlung von Frau und Mann in Bezug auf die Lohngleichheit, die Bestimmungen über die Vertraulichkeit und die Bestimmungen des schweizerischen Umweltrechts oder die vom Bundesrat bezeichneten internationalen Übereinkommen zum Schutz der Umwelt.

10.2.2 Auch bei diesem Ausschlussgrund stellt sich wie im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB die Frage, ob die Vergabestelle dabei nur Anhaltspunkte in Bezug auf das laufende Vergabeverfahren oder auch in Bezug auf andere bzw. frühere Vergabeverfahren berücksichtigen darf.

10.2.2.1 Vorab ist festzuhalten, dass der Ausschluss nur vor oder implizit mit Erteilung des Zuschlags möglich ist (vgl. TRÜEB/CLAUSEN, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 44 BöB). Indessen liegt es nahe, den impliziten Ausschluss nur für Ausschlussgründe zu verwenden, die sich aufgrund der Offerten der Anbietenden ergeben (z.B. wegen Verletzung von Formvorschriften oder Nichterfüllung von Eignungskriterien oder technischen Spezifikationen). Ein Ausschluss, der sich aus anderen Gründen ergibt, sollte demgegenüber eher – wie vorliegend geschehen – mit separater Verfügung erfolgen. Damit ist im Folgenden nicht näher auf die Frage einzugehen, unter welchen Voraussetzungen ein Zuschlag wegen Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen widerrufen werden kann. Indessen ist festzuhalten, dass in Bezug auf die Voraussetzungen des Ausschlusses das europäische Recht als Auslegungshilfe dienen kann (vgl. zur Bedeutung des europäischen Rechts E. 8.2.3.1 hiervor).

10.2.2.2 Aufgrund der grammatikalischen Auslegung liesse sich Art. 44 Abs. 2 BöB wohl auch so verstehen, dass die Berücksichtigung früherer, ausserhalb des aktuellen Vergabeverfahrens liegender Verletzungen der Bestimmungen etwa im Rahmen von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB nicht mitgemeint ist. Indessen hat das Gericht bereits in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB festgehalten, dass sich entsprechende Feststellungen auch auf (frühere) andere Vergabeverfahren beziehen können (vgl. E. 8.2.3.3 hiervor). Dabei ist aus rechtsvergleichender Perspektive auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, insbesondere auf das Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache C-41/18 *Meca* (Rz. 72) zu verweisen (vgl. E. 8.2.3.3 sowie E. 9.2.6 hiervor). Zudem kann der Verstoss gegen Wettbewerbsrecht im Verfahren selbst, aus dem die Anbieterin ausgeschlossen werden soll, bereits vor Ergehen des Zuschlags aufgrund des Offertvergleichs festgestellt werden. Demgegenüber ergeben sich Verstösse gegen Arbeitsschutzbedingungen regelmässig erst im Rahmen der Ausführung des Auftrags (vgl. E. 8.2.3.4 in fine hiervor). Damit würde eine Auslegung von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB dahingehend, dass nur Verstösse im vorliegenden Verfahren Anlass für eine Reaktion im Sinne von Art. 44 BöB sein können, im Ergebnis in der Regel dazu führen, dass nur ein Widerruf, nicht aber ein Ausschluss in Frage kommt (vgl. dazu TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 22 zu Art. 44 BöB). Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass hinreichende Anhaltspunkte für die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB auch ein anderes Beschaffungsverfahren betreffen können.

10.2.3 Als weitere für die Auslegung von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB massgebliche Frage stellt sich auch im vorliegenden Zusammenhang jene nach dem erforderlichen Beweismass (E. 7.1 hiervor). Diesbezüglich hat das Gericht in Bezug auf unzulässige Wettbewerbsabreden bereits festgestellt, dass ein hängiges WEKO-Verfahren die Vergabestelle beim Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte nicht am Ausschluss hindern soll (E. 7.3 hiervor). MARTIN BEYELER führt diesbezüglich aus, dass sich die Vergabestelle nicht mit einem Verweis auf allfällige andere Rechtsverfahren begnügen darf (MARTIN BEYELER, Quod licet mandatori non licet iudici, Baurecht 2023, S. 23, insb. S. 25 unter Bezugnahme auf das Urteil 2C_825/2018 vom 2. März 2021 E. 3.3 i.V.m. E. 3.4.3 ff.). Andererseits genügt ein hängiges Verfahren bzw. ein blosser Verdacht als solcher nicht, um einen Ausschluss zu begründen (Botschaft BöB, BBl 2017 1963; E. 7.3 hiervor; vgl. spezifisch zum dringenden Verdacht in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB LOCHER, Handkommentar BöB, Rz. 41 zu Art. 44 BöB und TRÜEB/CLAUSEN, BöB-Kommentar, Rz. 23 zu Art. 44 BöB). Dies hat das Gericht bereits in Bezug auf die italienischen Strafverfahren festgestellt (E. 9.3.4.5 hiervor). Dasselbe gilt entgegen der angefochtenen Verfügung auch für das vorliegend zu beurteilende Tessiner Strafverfahren, also selbst unter der rein hypothetischen Annahme, dass dieses noch nicht eingestellt wäre. Andererseits bedarf es aber auch nicht eines rechtskräftigen Entscheids, um in einem Vergabeverfahren von hinreichenden Anhaltspunkten für eine Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB auszugehen (Urteil 2C_825/2018 vom 2. März 2021 E. 3.4.5 mit Hinweis auf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 513; VGE 20757/20758 des Verwaltungsgerichts Bern vom 24. August 1999, auszugsweise publiziert in BVR 2000, S. 115 ff., E. 2a). Vielmehr ist die Vergabestelle gehalten, unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sorgfältig die Verdachtsgründe abzuklären und allfällige Beweise sorgfältig zu würdigen (Botschaft BöB, BBl 2017 1851, S. 1963; vgl. E. 4.4.1 und E. 4.7.4 hiervor). Auch hier ist demnach nicht die Frage entscheidend, ob das Vertrauen der Auftraggeberin subjektiv fehlt. Vielmehr bedarf es hinreichender Anhaltspunkte, die objektiven Anlass geben, das Vertrauen der Auftraggeberin in die Anbieterin zu erschüttern.

10.2.4 Laufende Vergleichsverhandlungen oder Vergleichsvereinbarungen sind im Einzelfall daraufhin zu analysieren, ob sie als hinreichender Anhaltspunkt für einen Verstoss gegen relevante Bestimmungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB bewertet werden können. Hat die mit einem einschlägigen Vorwurf konfrontierte Anbieterin beispielsweise unter (stetiger) Bestreitung ihrer Verantwortlichkeit (und demgemäss allenfalls unter

Verwendung der Formulierung "ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unpräjudiziell") in einen Vergleich eingewilligt, kann allein daraus nicht auf das Vorliegen einer rechtlich relevanten Pflichtverletzung geschlossen werden (vgl. dazu BEYELER, BVR 2018, S. 233 mit Blick auf Art. 44 Abs. 2 Bst. c und Abs. 2 Bst. b BöB). Anders kann sich die Lage darstellen, wenn die wesentlichen Tatsachen unbestritten sind und der Vergleich inhaltlich einer faktischen Anerkennung eines Fehlverhaltens gleichkommt. Ausserdem kann der Höhe der geleisteten Zahlungen in diesem Zusammenhang eine gewisse Bedeutung zukommen. Schliesslich kann in Bezug auf die Beurteilung eines Vergleichs auch das Prozessverhalten der Anbieterin – im Sinne ungenügender Substantiierung ihrer Interpretation des Vergleichs – berücksichtigt werden. So hat etwa das Verwaltungsgericht Bern festgestellt, dass die Anbieterin nicht dargelegt hat, inwiefern die erhobenen und belegten Vorwürfe nicht zutreffen können, sondern sich auf den generellen Einwand beschränkt habe, wonach aus den Zahlungen nicht ohne Weiteres auf ein Schuldeingeständnis geschlossen werden könne (VGE 20757/20758 des Verwaltungsgerichts Bern vom 24. August 1999, auszugsweise publiziert in BVR 2000, S. 115 ff., E. 2e).

10.2.5 Zusammenfassend ergibt sich insbesondere, dass sich – wie auch in Bezug auf getroffene Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB – hinreichende Anhaltspunkte für die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB auch auf ein früheres Vergabeverfahren beziehen können. Betreffend das Beweismass gelten dieselben Anforderungen an hinreichende Anhaltspunkte wie in Bezug auf die bereits behandelten Ausschlussgründe (E. 8.3.6 sowie E. 9.2.8 hiervor). Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB ist diesbezüglich nicht anders zu verstehen.

10.3

10.3.1 Der Vergabestelle ist zuzugestehen, dass es nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist, dass die Beschwerdeführerin nicht von sich aus unmittelbar nach Erhalt der Abschreibungsverfügung die Erledigung der Tessiner Verfahren mitgeteilt hat. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass sie die Rechtskraft der Verfügung habe abwarten wollen, bevor die gute Nachricht ("bella notizia") mitgeteilt werden würde (Replik, Rz. 12). Indessen kann die Auftraggeberin daraus jedenfalls nicht ableiten, dass der Sachverhalt so zu beurteilen ist, wie wenn vor Ergehen der angefochtenen Verfügung keine Verfahrenserledigung erfolgt wäre. Das gilt jedenfalls im vorliegenden Fall, der durch den Umstand geprägt ist, dass die

Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 27. August 2024 (Beilage 1 zur angefochtenen Verfügung) ausdrücklich mitgeteilt hat, dass eine Einigung mit den Anzeigestellern unmittelbar bevorstehe, welche zur Verfahrenserledigung führen werde ("É imminente la conclusione di un accordo con gli accusatori penali, che porrà fine al procedimento."; vgl. dazu auch die angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.1a, S. 3). Vor diesem Hintergrund hätte sich die Vergabestelle vor Erlass der angefochtenen Verfügung nach dem Verfahrensstand erkundigen müssen. Da sich dieses Ergebnis bereits aufgrund der Akten ergibt, erübrigt sich die Abnahme von Zeugenbeweisen in Bezug auf die Frage, was diesbezüglich zusätzlich anlässlich des Treffens zwischen der Beschwerdeführerin und der Vergabestelle am 25. Juni 2024 in Zürich besprochen worden ist. Damit ist auch nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob die Vergabestelle diese Sitzung nicht hätte protokollieren müssen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

10.3.2 Nach dem Gesagten sind prüfungsrelevant für die Beweiswürdigung des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nach Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB grundsätzlich die Unterlagen, die der Vergabestelle zum Zeitpunkt der Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025 vorgelegen sind und auf die sie sich im Rahmen ihrer Ausschlussbegründung beruft. Da im Beschwerdeverfahren Noven zulässig sind, sind in Bezug auf die Tessiner Verfahren jedenfalls auch die Einstellungsverfügungen der Staatsanwaltschaft zu berücksichtigen.

Ausgehend vom in Erwägung 10.2 hiervor dargestellten Auslegungsergebnis ist im Folgenden zu prüfen, ob sich aus dem von der Vergabestelle in der Ausschlussverfügung herangezogenen Sachverhalt hinreichende Anhaltspunkte für die Missachtung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB ergeben.

10.3.3 Konkret ist im Folgenden auf die Vorwürfe betreffend die Baustelle Ceneri-Basistunnel einzugehen. Diesbezüglich führt die Vergabestelle Medienberichte und eine politische Interpellation als Beweismittel an (vgl. Ausschlussverfügung, Ziff. I/1.2a, S. 4 f., sowie die Beilagen 5, 6 und 7). Des Weiteren wird auf die Medienmitteilung der Tessiner Staatsanwaltschaft einzugehen sein, auf welche sich wiederum die an die Vergabestelle gerichtete Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 bezieht (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. I/1.1a, S. 3, i.V.m. Ziff. II/1.3, S. 11, sowie die Beilagen 1 und 3 zum "Tessiner Verfahren"). Von vornherein nicht relevant sind demgegenüber Medienberichte betreffend die allfällige Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften und

Arbeitsbedingungen in Italien, da sich die angefochtene Verfügung darauf nicht stützt und die Vergabestelle nicht geltend macht, es sei diesbezüglich ein Strafverfahren in Italien hängig (vgl. E. 9.2.7 hiervor; vgl. zu den Vorkommnissen in Dänemark E. 10.7 hiernach).

10.3.4 Zunächst sind die Medienberichte zu würdigen, mit denen die Vergabestelle versucht, in Bezug auf die NEAT-Baustelle am Monte Ceneri hinreichende Anhaltspunkte im Sinne des Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB zu begründen.

10.3.4.1 In Bezug auf das Tessiner Verfahren beruft sich die Vergabestelle zunächst auf die spätestens am 19. April 2019 unter dem Format "Falò" online gestellte RSI-Reportage "il cantiere della vergogna?" (Die Baustelle der Schande?; angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.2a, S. 4 mit Fussnote 1). Darin wird erwähnt, dass die ARGE Mons Ceneris als die Anbieterin mit dem günstigeren Preis nach Beschwerde beim Bundesgericht den Zuschlag erhalten hat. In der Reportage wird vor allem das Thema Überzeit behandelt, sowohl in Bezug auf die Stunden pro Schicht als auch in Bezug auf die Anzahl von Tagen pro Woche. Dabei wird von ehemaligen Mitarbeitern der Beschwerdeführerin und – nach Darstellung der Reportage – anonym auch von damals noch für die Beschwerdeführerin tätigen Mitarbeitenden gegenüber dem sie befragenden Journalisten teilweise angegeben, dass diese Überzeit auch nicht immer korrekt abgerechnet worden sei. Ausserdem sei es insbesondere in Bezug auf ca. 40 albanische Arbeiter so gewesen, dass ein Teil des offiziell bezahlten Gehalts seitens der Arbeiter wieder habe zurückerstattet werden müssen. Die Reportage vermittelt zudem den Eindruck, dass im Lohnausweis ausgewiesene, aber gleichwohl ungerechtfertigte Lohnabzüge vorgenommen worden sind. Ausserdem hätten einige Arbeiter im August 2017 gearbeitet, obwohl auf der Baustelle für diese Zeit Betriebsferien vorgesehen gewesen seien. Schliesslich habe ein Arbeiter 2017 eine Lokomotive geführt, für die er nicht die notwendige Bescheinigung der Qualifikation ("abilitazione") gehabt habe. Er habe Strafanzeige erstattet. Diese Vorwürfe wiederum seien von der Beschwerdeführerin wie auch vom Konsortium ARGE Mons Ceneris bestritten worden. Neben den eigentlichen Vorwürfen wird in der Reportage auch festgehalten, dass die Beschwerdeführerin seit 2016 bei den SBB für Gleisstopfarbeiten unter Vertrag stehe. Schliesslich hätten sich einige Arbeiter an die Gewerkschaft Unia gewendet.

10.3.4.2 Die soeben dargestellten Vorwürfe werden in einem Artikel der Gewerkschaftszeitung "work" vom 18. März 2022 teilweise aufgenommen (Beilage 6 zur angefochtenen Verfügung). Am Monte Ceneri sei 2019 "einer der grössten Lohndumpingskandale der Schweiz" geplatzt (vgl. dazu E. 6.6.3 hiervor). In der Folge habe die Gewerkschaft Strafanzeige erstattet. Die Untersuchung sei nach drei Jahren nach wie vor hängig; über den genauen Verfahrensstand wolle sich der zuständige Staatsanwalt nicht äussern. Der 2016 geschlossene und 2025 auslaufende Gleisunterhaltsvertrag mit den SBB sei auch nach Auffliegen des "Ceneri-Skandal[s]" in Kraft. Die SBB wird dazu mit der Angabe zitiert, sie sei "grundsätzlich verpflichtet", am Vertrag festzuhalten. Natürlich werde die SBB AG – so ihr Sprecher – bei allfälliger Bestätigung von Vorwürfen gegen einen Vertreter von X._____ die Sachlage noch einmal überprüfen (Beilage 6 zur angefochtenen Verfügung, S. 3).

10.3.4.3 Nachdem das Gericht bereits in Bezug auf den Vorwurf illegaler Wettbewerbsabreden und denjenigen der Verstrickung in organisierte Kriminalität festgehalten hat, dass gestützt auf Medienberichte allein in der Regel nicht auf hinreichende Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 BöB geschlossen werden kann (E. 8.3.3.3 und E. 9.3.4 hiervor), muss dasselbe auch im vorliegenden Zusammenhang gelten. Dabei ist unter anderem zu berücksichtigen, dass die gegenüber der Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe vollumfänglich bestritten sind. Zwar verfügt der Journalist, der für die RSI-Recherche verantwortlich ist, offensichtlich über Arbeitspläne. Ausserdem erscheint beispielsweise eine Zeugenaussage in Bezug auf das Führen eines Triebwagens ohne den erforderlichen Befähigungsnachweis prima facie nicht offensichtlich unglaubwürdig. Indessen versteht sich die Recherche selbst nicht bereits als Resultat investigativer Aufklärung, sondern will vielmehr Hinweise benennen, denen sich lohnen würde nachzugehen. Dementsprechend hält ein Tessiner Journalist, der in die "Falò"-Reportage involviert war, im Rahmen der RAI-Reportage "L’ultima fermata" vom 8. Oktober 2023 fest, dass die Dokumentation der Arbeitszeiten teilweise unvollständig sei und teilweise fehle (Beilage 7 zur angefochtenen Verfügung, S. 5). Er geht damit im Ergebnis selbst davon aus, dass es im Rahmen der hängigen strafrechtlichen Untersuchungen weitere Abklärungen in Bezug auf den Sachverhalt braucht. Bei dieser Ausgangslage kann damit jedenfalls auch in Bezug auf die unabhängige Medienberichterstattung nicht von hinreichenden Anhaltspunkten im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB gesprochen werden.

10.3.5 Die SBB beruft sich weiter auf die Interpellation von Marco Romano vom 15. Juni 2022 (Beilage 5 zur angefochtenen Verfügung; vgl. E. 6.6.3 hiervor), welche sich wiederum auf die bereits behandelte "Falò"-Reportage stützt. Darin stellt der Interpellant verschiedene Fragen zur NEAT-Baustelle Monte Ceneri, namentlich zur Selbstanzeige des Arbeiters beim BAV, der mindestens sechs Monate lang ohne entsprechende Ausbildung und ohne entsprechende Zulassung eine Lokomotive auf der Baustelle geführt habe. Der Interpellant wollte insbesondere wissen, wie das BAV mit der Selbstanzeige umgegangen sei. Der Bundesrat antwortete darauf, dass keine weiteren Anzeigen erstattet worden seien. Insbesondere in Bezug auf das Führen eines Triebfahrzeugs wurde festgehalten, dass es keine Hinweise auf ein rechtswidriges Verhalten gebe. Anders wäre die Lage, wenn Fahrten zwischen dem Tunnelportal Camorino und dem Bahnhof Cadenazzo durchgeführt worden wären. Ob dies der Fall gewesen sei, könne das BAV heute nicht beurteilen. Insgesamt hätten dem BAV nicht genügend Informationen vorgelegen, die eine Strafanzeige gerechtfertigt hätten.

10.3.6 In Bezug auf diese Interpellation hat das Gericht bereits festgestellt, dass die blosse Tatsache, dass ein politischer Vorstoss zu "hohem politischem Druck gegen die SBB AG sowie zu negativen Presseberichten" führt, den Ausschluss einer Anbieterin nicht rechtfertigt (vgl. E. 6.6.4 hiervor zu Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB). Auch dem in Bezug auf die Verstrickung in die organisierte Kriminalität vorgebrachten Argument, wonach bereits die Tatsache, dass ein politischer Vorstoss erfolgt ist, als Hinweis zu bewerten sei, wonach die Vorwürfe schwer wiegen (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.1 S. 9), kann in dieser Form nicht gefolgt werden. Im vorliegenden Zusammenhang ist ausserdem festzustellen, dass sich die Auftraggeberin in der angefochtenen Verfügung nicht mit den Antworten des Bundesrates auseinandergesetzt hat. Dies wäre notwendig gewesen, wenn aus der Interpellation selbst bereits auf einen hinreichenden Anhaltspunkt im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB geschlossen werden soll. Unbestritten ist indessen, dass zum Zeitpunkt der Interpellation bereits ein Strafverfahren vor der Tessiner Staatsanwaltschaft hängig war, nachdem die Polizei die Staatsanwaltschaft erstmals mit Schreiben vom 18. April 2019 informiert hatte, dass sie wegen Unregelmässigkeiten auf der Monte Ceneri-Baustelle kontaktiert worden sei. Darauf ist im Folgenden näher einzugehen.

10.3.7

10.3.7.1 In der Medienmitteilung vom 15. Mai 2019 hat die Staatsanwaltschaft des Kantons Tessin angekündigt, sie hätte von den ersten Untersuchungen der Kantonspolizei betreffend die Baustelle AlpTransit im Tunnel Monte Ceneri Kenntnis genommen. Die Kantonspolizei habe selbständig erste Untersuchungen vorgenommen. Die Staatsanwaltschaft evaluiere nun das Vorgehen in Bezug auf weitere Instruktionsschritte. In der Medienmitteilung heisst es weiter, da es sich um Untersuchungen handelt, die sich in der Anfangsphase befinden, und der Arbeitnehmerschutz sowie das Instruktionsgeheimnis gewahrt werden müssen, würden keine weiteren Informationen gegeben werden.

10.3.7.2 Der Medienmitteilung der Tessiner Staatsanwaltschaft kann lediglich entnommen werden, dass erste Untersuchungen gemacht worden sind. Über erste Ergebnisse wird bewusst nichts gesagt. Die Medienmitteilung dient im Wesentlichen dazu, die Medien für die nächste Zeit von Anfragen abzuhalten.

Dieses Beweismittel belegt daher im Zeitpunkt der Ausschlussverfügung lediglich das Vorliegen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens bzw. eines Strafverfahrens in der Anfangsphase. Dabei macht die Vergabestelle auch nicht geltend, dass sich der Anfangsverdacht durch erste Untersuchungsergebnisse teilweise habe erhärten lassen. Sie geht vielmehr davon aus, dass das im Tessin hängige Verfahren bereits als solches ein hinreichender Anhaltspunkt sei, dass die Beschwerdeführerin bzw. von ihr beigezogene Drittpersonen die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen missachtet hätten (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.3, S. 11). Aus der Eingabe der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle vom 27. August 2024 ergebe sich, dass das hängige Strafverfahren die Art. 59 ff. des Arbeitsgesetzes und Art. 12 des Entsendegesetzes betreffe (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.1a, S. 3). Das Gericht hat indessen bereits in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB festgestellt, dass die Tatsache allein, dass ein Strafverfahren hängig ist, nicht als hinreichender Anhaltspunkt bewertet werden kann (E. 9.3.4.8 hiervor). Das gilt im vorliegenden Fall, insbesondere nachdem nach dieser ersten Medienmitteilung während mehrerer Jahre keine Zwischenergebnisse greifbar waren, in gleicher Weise. Dabei spielt es keine Rolle, dass das Verfahren zwar formell gegen Unbekannt geführt worden ist, tatsächlich aber offensichtlich die Beschwerdeführerin betrifft bzw. betroffen hat. Damit ist der Vergabestelle dahingehend zuzustimmen, dass es – namentlich auch aufgrund der Stellungnahme der

Beschwerdeführerin vom 27. August 2024 – "auf der Hand" liegt, "dass die X._____ in das genannte Verfahren involviert ist" (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.1a S. 3).

10.3.7.3 Nach dem Gesagten kann die Medienmitteilung der Tessiner Staatsanwaltschaft nicht als hinreichender Anhaltspunkt für die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen oder Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB gewertet werden. Vielmehr handelt es sich um einen blossen Anfangsverdacht (vgl. E. 7.4 hiervor).

10.4 Zusammenfassend ergibt die Würdigung sämtlicher von der Vergabestelle vorgebrachter Beweismittel, dass diese – weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit – das nach Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB erforderliche Beweismass (hinreichender Anhaltspunkte) zu erfüllen vermögen. Die Vergabestelle stützt den Ausschluss insoweit vielmehr im Wesentlichen auf Medienberichte sowie einen darauf aufbauenden politischen Vorstoss. Diese Beweismittel enthalten nach ihrem Aussagegehalt keine hinreichend belastbaren Feststellungen zu einer Missachtung relevanter Bestimmungen. Auch die Tatsache, dass ein Strafverfahren hängig ist, ändert als solches daran – selbst ohne Berücksichtigung der Abschreibungsverfügungen der Tessiner Staatsanwaltschaft vom Dezember 2024 – nichts. Demzufolge kann offen bleiben, ob die Vergabestelle aufgrund des Hinweises der Beschwerdeführerin auf die bevorstehende Einigung bzw. die Erledigung des Verfahrens mit Schreiben vom 27. August 2024 ihre Bewertung in Bezug auf das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte allenfalls hätte anpassen müssen.

10.5

10.5.1 Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden auf die Verfahrenserledigung in den Tessiner Strafverfahren einzugehen. Dies auch weil sich die Vergabestelle auf den Standpunkt stellt, dass die Tatsache, dass kein strafrechtlich relevantes Verhalten festgestellt worden ist, noch nicht bedeute, dass die einschlägigen – nicht strafbewehrten – Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen eingehalten seien (vgl. E. 10.1.3.3 hiervor).

10.5.2 Zunächst geht durch die von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde als Anhang 9 zur Beschwerdebeilage DD eingereichte Einstellungsverfügung der Tessiner Staatsanwaltschaft vom […] Dezember 2024 betreffend das Verfahren "[…]/2024/[…]" gegen Unbekannt hervor, dass keine konkreten Hinweise auf die in der anonymen Anzeige behaupteten Straftaten wegen Wucher (Art. 157 StGB), Verstoss gegen das

Arbeitsgesetz (Art. 59 Abs. 1 a ArG) sowie wegen eines Verstosses gegen das Entsendegesetz (Art. 12 EntsG) vorlagen, weshalb die Staatsanwaltschaft die Untersuchung abgeschlossen habe. Damit verliert die Vergabestelle – was sie bereits bei Erlass der angefochtenen Verfügung hätte wissen können – jedenfalls das Argument des hängigen Strafverfahrens (vgl. E. 10.3.2 hiervor). Indessen bleibt die Frage zu prüfen, ob dem Vergleich zwischen den Privatklägern und der Beschwerdeführerin ein Indiz entnommen werden kann, das als hinreichender Anhaltspunkt berücksichtigt werden kann.

10.5.3 Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren mit ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2025 – einem Editionsbegehren der Vergabestelle entsprechend – zwei Vergleichsvereinbarungen betreffend die Tessiner Strafverfahren, einmal mit der Gewerkschaft Unia nebst mehreren Arbeitern und einmal mit einem Arbeiter, jeweils datierend vom 23. Oktober 2024, nachgereicht (vgl. Beilagen IV.1 und IV.2 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2025).

10.5.4 Aus diesen Dokumenten ergibt sich zunächst, dass die Beschwerdeführerin nicht nur am 12. März 2021 gegen die Gewerkschaft UNIA eine Anzeige wegen Ehrverletzungsdelikten eingereicht hat (vgl. dazu die Abschreibungsverfügung vom 11. Dezember 2024; Beschwerdebeilage Z), sondern offenbar auch gegen einen Arbeiter mit Eingabe vom 27. Februar 2023 mit der Behauptung, dieser habe eine falsche Aussage gemacht.

10.5.5 Am 23. Oktober 2024 unterzeichneten die Parteien zwei Vereinbarungen, die darauf abzielen, alle Rechtsstreitigkeiten beizulegen, ohne Anerkennung der gegenseitigen Ansprüche und ohne dass dies die Sachlage der Angelegenheit präjudiziert. In diesem Sinne wurden zwei Vereinbarungen unterzeichnet: eine mit der Unia und neun Mitarbeitern sowie eine weitere mit einem Arbeiter.

10.5.6 Mit der ersten Vereinbarung (vgl. Anhang IV.1 der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2025) hat sich die Y._____ verpflichtet, nach Rechtskraft der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft [ca. Fr. 100’000] an den Arbeiter zu zahlen. Mit dieser Zahlung erklärte der betroffene Arbeiter, dass er in Bezug auf die betreffende Baustelle vollständig abgefunden sei, keine Ansprüche mehr gegenüber der Y._____ oder einem anderen Unternehmen der X._____-Gruppe geltend zu machen und von jeglichen Klagen gegen diese, deren Organe und/oder Berater abzusehen.

10.5.7 Mit der zweiten Vereinbarung (vgl. Anhang IV.2 zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2025) verpflichteten sich die Beschwerdeführerin und die Y._____, nach Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses der Staatsanwaltschaft insgesamt [ca. Fr. 300'000.-] an die neun Mitarbeiter zu zahlen, die der Vereinbarung beigetreten waren. Dies unter denselben Bedingungen, wie sie bereits im ersten Vergleich formuliert waren.

10.5.8 Zunächst ist festzuhalten, dass beide Vergleiche keine Feststellung betreffend die in Frage stehenden Vorwürfe enthalten, die als Anerkennung der Verletzung von relevanten Bestimmungen durch die Beschwerdeführerin gewertet werden können. Das bedeutet aber wiederum nicht, dass ein Vergleich nicht aufgrund der geleisteten Zahlungen – insbesondere je nach deren Höhe – gleichwohl namentlich gemeinsam mit anderen Indizien als hinreichender Anhaltspunkt dienen könnte. Dies kann indessen im vorliegenden Fall aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben. Immerhin ist auf eine Bescheinigung der Schweizerischen Paritätischen Kommission (SPK) Gleisbau hinzuweisen, wonach für den Zeitraum zwischen 1. November 2021 bis 31. März 2022 keine Verstösse gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen festgestellt worden seien (Beschwerdebeilage R). Dazu hält die Vergabestelle zutreffend fest, dass diese Bescheinigung nichts darüber aussage, ob vor der Eröffnung des Ceneritunnels am 4. September 2020 die entsprechenden Mindeststandards eingehalten worden seien (Beschwerdeantwort, Rz. 29). Indessen gibt es auch keinerlei Feststellungen beispielsweise der SPK Gleisbau, wonach diese Standards im entscheidenden Zeitraum verletzt worden sind. Dieser Punkt braucht indessen angesichts der nachfolgenden Ausführungen nicht vertieft zu werden.

10.6 Sowohl aus der Abschreibungsverfügung vom 5. Dezember 2024 als auch aus den beiden Vergleichen ergibt sich, dass die gegen die Beschwerdeführerin erhobenen Vorwürfe den Zeitraum vom 1. September 2017 bis zum 31. Mai 2018 betreffen. Die Vergabestelle hat die Darstellung der Beschwerdeführerin, wonach die Arbeiten im Mai 2018 beendet worden seien (Beschwerde, Rz. 18), nicht bestritten. Vielmehr ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung keine Feststellungen zum relevanten Zeitraum der geltend gemachten Verfehlungen enthält (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.1a, S. 3, i.V.m. Ziffer II/1.3, S. 10 f.). Dieser ist jedoch mit Blick auf die Verhältnismässigkeitsprüfung fallentscheidend. Selbst wenn die geleisteten Zahlungen nicht nur dem Ziel gedient haben sollten, das Verfahren vom Tisch zu bringen, sondern als relevantes teilweises Eingeständnis der

Beschwerdeführerin zu bewerten wären, erweist sich ein Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB zufolge Zeitablaufs als unverhältnismässig (vgl. in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB E. 9.3.4.11 hiervor). Auch im vorliegenden Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass die Auftraggeberin den laufenden Gleisstopfauftrag, der durch die vorliegend in Frage stehende Beschaffung abgelöst werden soll, nie widerrufen hat (vgl. E. 9.3.4.11 hiervor). Damit ist der Ausschluss wegen der die Monte Ceneri-Baustelle betreffenden Vorwürfe - selbst unter Berücksichtigung der (der Vergabestelle zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung nicht vorliegenden) Vergleiche - nicht rechtskonform. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum 2020/2021 auf der Baustelle in Lausanne-Echallens-Bercher tätig war (Beschwerde, Rz. 18 i.V.m. Rz. 34) und dazu ein Schreiben der SPK Gleisbau vom 5. September 2024 eingereicht hat, mit welchem der Beschwerdeführerin bescheinigt wird, dass sich anlässlich einer Kontrolle in Bezug auf 25 entsandte Arbeiter ergeben hat, dass sie vom 1. November 2021 bis zum 31. März 2022 die massgebenden Arbeitsbedingungen eingehalten hat (Beschwerde, Rz. 19, mit Beschwerdebeilage R). Dadurch wird die Aussage der Vergabestelle, wonach auch im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens mit Verstössen gegen die Arbeitsschutzbestimmungen durch die Beschwerdeführerin zu rechnen sei (angefochtene Verfügung, Ziff. II/1.3, S. 11), deutlich relativiert. Dasselbe gilt für den Umstand, dass auch im Rahmen des 2016 vergebenen Gleisstopfauftrags offenbar keine Beanstandungen zu verzeichnen waren. Damit ist auch nicht weiter auf die Frage einzugehen, ob die negative Prognose für den laufenden Auftrag nicht nur im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen, sondern sogar Voraussetzung für den Ausschluss ist (vgl. dazu DIEBOLD/KELLER/KREIS/TANNER, a.a.O., Rz. 36 f., sowie in Bezug auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB LENA GÖTZINGER, Baurecht 2022, S. 237 ff., insb, S. 241 f.).

10.7

10.7.1 In der angefochtenen Verfügung wird in Bezug auf die Verletzung von Arbeitsschutzbestimmungen bzw. Arbeitsbedingungen weiter ausgeführt, dänische Zeitungen hätten von Unterbezahlung und Verletzung der dänischen Arbeitsmarktvorschriften durch die X._____ im Zusammenhang mit dem Bau der U-Bahn "Cityringen" in Kopenhagen berichtet (angefochtene Verfügung, Ziff. I/1.2c, S. 5 mit Beilagen 7 und 8). Die Beschwerdeführerin habe sich im Rahmen einer Einigung zur Zahlung von umgerechnet [ca. 1.5 Millionen Franken] verpflichtet. Diese Verpflichtung zur Zahlung und der Versuch, mit einer Zusatzleistung Stillschweigen zu

erkaufen, seien stichhaltige Indizien dafür, dass X._____ gezielt versuche, ein systematisches Vorgehen zur Umgehung von Arbeitsschutzbestimmungen zu vertuschen (angefochtene Verfügung, Ziff II/1.3, S. 11).

10.7.2 Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Vorfälle in Dänemark hätten die Vergabestelle erst wirklich interessiert, nachdem das Tessiner Verfahren weggefallen sei (Replik, Rz. 86 in fine). Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Vergabestelle habe nicht berücksichtigt, dass selbst wenn es in der Vergangenheit wirklich Verstösse gegeben hätte, solche Tatsachen – insbesondere die dänischen – vor mehr als zehn Jahren stattgefunden hätten. Die fehlende Berücksichtigung des Zeitablaufs in Bezug auf die beanstandeten Ereignisse stelle eine eindeutige Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips dar. Es sei zudem festzuhalten, dass die Angelegenheit nicht vor einem Gericht abgeschlossen worden sei, sondern durch direkte Verhandlungen zwischen der Beschwerdeführerin und der dänischen Gewerkschaft, an die der ausbezahlte Betrag gegangen sei (und nicht an die Arbeitnehmer; Beschwerde, Rz. 49). In der Replik wird ergänzend vorgebracht, dass die dänische Angelegenheit in der angefochtenen Verfügung lediglich mit wenigen Zeilen erwähnt werde und zuvor nie Gegenstand einer Nachfrage der SBB gewesen sei. In der Vernehmlassung habe die Vergabestelle den Sachverhalt aufgebläht und sogar behauptet, im Jahr 2022 sei in Dänemark eine Busse verhängt worden. Davon wisse die Beschwerdeführerin nichts (Replik, Rz. 2). Die Beschwerdeführerin habe in Dänemark zwischen 2015 und 2018 drei Aufträge ausgeführt. Dabei handle es sich insbesondere um den Bau der Gleise der U-Bahn-Linie Cityringen mit einem Auftragsvolumen von 63 Millionen Franken. Dieses Vorhaben sei in den Jahren 2016 bis 2018 ausgeführt worden. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin von 2015 bis 2017 für rund 88.5 Millionen Euro die Tramlinie von Aarhus gebaut und sei schliesslich 2017 im Umfang von rund 25 Millionen Euro an der Erneuerung der Linie Koge-Kopenhagen beteiligt gewesen (Replik, Rz. 28). Für alle, die in Dänemark arbeiten, sei die Mitgliedschaft im örtlichen Branchenverband obligatorisch. Dadurch werde auch das Schiedsverfahren zur Beilegung allfälliger gewerkschaftlicher Streitigkeiten akzeptiert – ein Verfahren, das nicht vor einem ordentlichen Gericht stattfinde (Replik, Rz. 28). Gegenstand des Schiedsverfahrens (betreffend das Projekt Cityringen Kopenhagen) sei die unterschiedliche Auslegung der Pflicht zur Beitragszahlung in das dänische Pensionssystem durch die Gewerkschaften und die X._____ gewesen. Die Beschwerdeführerin sei der festen Meinung gewesen, dass dieser Vorsorgebeitrag auf den Löhnen der von Italien entsandten Arbeiter nicht zu entrichten war, weil diese Arbeiter definitionsgemäss weiterhin im Herkunftsstaat

versichert bleiben würden. Eine Pflicht, Beiträge in den Pensionsfonds in Dänemark einzuzahlen, würde eine doppelte Beitragspflicht bedeuten, die durch die Gesetzgebung über entsandte Arbeitnehmer ausdrücklich ausgeschlossen werde (Replik, Rz. 30). Daneben sei auch die Dauer der Arbeitswoche thematisiert worden, die in Italien 40 Stunden und in Dänemark 36 Stunden betrage; auch dieses Thema sei im Lichte der Gesetzgebung über entsandte Arbeitnehmer diskutiert worden. In zwei Schiedsverfahren hätten die Gewerkschaften Zahlungen in der Gesamthöhe von [ca. 4.5 Millionen Euro] gefordert. Am Ende der beiden Verfahren (Aarhus und Erneuerung der Eisenbahnlinie Koge-Kopenhagen) hätten sich die Parteien indessen auf Zahlungen in der Gesamthöhe von [ca. 400'000 Euro] Euro geeinigt, was weniger als 10 Prozent des ursprünglich von der Gewerkschaft verlangten Betrages entspreche (Replik, Rz. 30). Im dritten Schiedsverfahren (betreffend das Projekt Cityringen Kopenhagen) habe die Unternehmerin U._____ mit der Gewerkschaft verhandelt und sich (meint: zulasten der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin) auf die Zahlung von [ca. 1.5 Millionen Euro] geeinigt, ohne dass ein Schiedsverfahren durchgeführt worden sei. Auch in diesem Fall sei die Forderung der Gewerkschaft immer strittig geblieben. Dies insbesondere, weil die Beschwerdeführerin es als nicht korrekt erachtet habe, zusätzliche 8 Prozent Beiträge an den dänischen Pensionsfonds entrichten zu müssen, obwohl sämtliche Löhne der entsandten Arbeitnehmer bereits der ordentlichen italienischen Pensionskassenbeitragspflicht unterlegen hätten. Im von der U._____ direkt verhandelten Fall habe sie den ausgehandelten Betrag akzeptieren müssen. Die entsprechende Zahlung sei ohne Anerkennung einer Pflicht erfolgt. Ausserdem seien die geleisteten Zahlungen direkt in die Kasse der Gewerkschaft geflossen (Replik, Rz. 30). Zu einer gerichtlichen Verurteilung sei es nicht gekommen (Replik, Rz. 87). Des Weiteren sei auch der Ausschluss wegen eines (im Übrigen bestrittenen) sicherheitsbestimmungswidrigen Einsatzes eines Gabelstaplers jedenfalls unverhältnismässig (Replik, Rz. 84 i.V.m. Rz. 86). Schliesslich sei zu berücksichtigen, dass die Anbieterin inzwischen Massnahmen getroffen habe, die geeignet seien, künftige Verstösse zu verhindern (Replik, Rz. 85).

10.7.3 Die Vergabestelle führt in der Beschwerdeantwort aus, die Beschwerdeführerin sei im Jahre 2022 in Dänemark zu einer Geldstrafe von 100'000 dänischen Kronen verurteilt worden, da ein von ihr verwendeter Gabelstapler nicht den Sicherheitsstandards entsprochen habe und infolgedessen ein Arbeitnehmer verletzt worden sei (Beschwerdeantwort, Rz. 22 i.V.m. Rz. 111). Im Zusammenhang mit dem Bau der U-Bahn "Cityringen" in Kopenhagen und bei einem Schienenbauprojekt in Aarhus sei

der Beschwerdeführerin vorgeworfen worden, Lohndumping betrieben und zahlreiche Arbeiter eingeschüchtert zu haben. Ein Gerichtsverfahren gegen die Beschwerdeführerin sei scheinbar daran gescheitert, dass die Zeugen aufgrund der Einschüchterung seitens der Beschwerdeführerin nicht erschienen seien. Offenbar habe die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit diesen Projekten [ca. 2 Millionen Franken] an vorenthaltenen Löhnen zahlen müssen (Beschwerdeantwort, Rz. 20 mit Hinweis insbesondere auf einen Zeitungsartikel in der "laRegione" vom 21. Oktober 2023). Die Beschwerdeführerin habe zudem einen Vergleich unterzeichnet, in welchem sich die Beschwerdeführerin zur Zahlung von [etwas weniger als 2 Millionen Franken] verpflichtet habe. Beigelegt worden sei "dadurch" eine Streitigkeit um die Erneuerung der Eisenbahnlinie […], die ebenfalls arbeitsrechtliche Missstände betroffen habe (Beschwerdeantwort, Rz. 21). Duplicando ergänzt die Vergabestelle, sie nehme zur Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin ausführe, ihr seien keine strafrechtlichen Verurteilungen bekannt (Duplik, Rz. 46). Unbestritten sei jedoch, dass sich die Beschwerdeführerin in Millionenhöhe hinsichtlich arbeitsrechtlicher Vorwürfe in Dänemark verglichen habe. Weiter bestreite die Beschwerdeführerin nicht, ihre Angestellten nicht nach dänischem Recht rentenversichert zu haben (Duplik, Rz. 47). Schliesslich führt die Vergabestelle nach Einsicht in die dänische Vergleichsvereinbarung vom 27. April 2017 (betreffend das Projekt […]) aus, dieser seien Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Arbeitszeitregelungen am dänischen Einsatzort zu entnehmen. Dass sich die Beschwerdeführerin zur Zahlung von [ca. 2’500’000.– dänischen Kronen = ca. Fr. 350’000.–] verpflichtet habe, um eine gerichtliche Klärung zu vermeiden, lege den Verstoss gegen lokale Arbeitsschutzbestimmungen nahe (ergänzende Stellungnahme vom 4. August 2025, Rz. 2). Gleiches gelte für die Verpflichtung der Beschwerdeführerin in der Vereinbarung vom 22. September 2017 (betreffend das Projekt […]), mit welcher sich die Beschwerdeführerin zu Zahlungen in Höhe von [ca. 12 Millionen Kronen] verpflichtet habe, was [ca. 2 Millionen Franken] entspreche. Es gehe um eine Meinungsverschiedenheit bezüglich der Regeln aus einem dänischen Gesamtarbeitsvertrag. Die Beschwerdeführerin habe offenbar Lohnzahlungen geleistet, die das im massgebenden Gesamtarbeitsvertrag definierte Lohnniveau unterschritten hätten (ergänzende Stellungnahme vom 4. August 2025, Rz. 4). Schliesslich enthalte auch die Vergleichsvereinbarung vom 4. Mai 2017 (betreffend die Erneuerung der Linie […]) hinreichende Anhaltspunkte. Es sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin im Schlichtungsverfahren zumindest teilweise unterlegen wäre, da andernfalls kein Raum für einen Vergleich bzw. kein Anreiz für die Beschwerdeführerin bestanden hätte, sich zur Zahlung von

[ca. 350'000.– Kronen = ca. Fr. 50’000.–] zu verpflichten (ergänzende Stellungnahme vom 4. August 2025, Rz. 5).

10.7.4 Ergänzend zu den allgemeinen Ausführungen zu Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (vgl. E. 10.2 hiervor) ist aufgrund der Argumentation der Parteien kurz die Frage zu streifen, ob die Regeln eines GAV betreffend die Pensionskassenansprüche der Arbeitnehmenden als Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB zu verstehen sind. Die spezialgesetzliche Legaldefinition gemäss Art. 3 Bst. d BöB (vgl. dazu TRÜEB/CLAUSEN, Rz. 5 zu Art. 3 BöB) lässt darauf nicht unmittelbar schliessen (vgl. diesbezüglich zu Art. 356 OR und zu Art. 2 Abs. 1 EntsG LUCA CIRIGLIANO/JENS NIEMEYER, in: Cirigliano/Schwaab/Schaub [Hrsg.] Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, 2. Auflage, Basel 2025, Rz. 32 bzw. Rz. 66 zu Art. 356 OR). Immerhin werden im Bericht des Bundesrates zu Sanktionen am Ort der Erbringung der Leistungen bzw. Sicherstellung der Einhaltung der sozialen Mindestvorschriften im öffentlichen Beschaffungsverfahren vom 17. August 2022 (Punkt 5.4 S. 12) nebst den in Art. 3 Bst. d BöB genannten Arbeitsbedingungen auch Beiträge für die Frühpensionierung erwähnt (https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20194213, besucht am 30. September 2026). Jedenfalls ist mit Blick auf die systematische Auslegung zu beachten, dass Sozialabgaben im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB auch BVG-Beiträge umfassen (LAURA LOCHER, in: Handkommentar BöB, Rz. 29 zu Art. 44 BöB). Eine gewisse Zurückhaltung ergibt sich demnach in Bezug auf die Subsumtion von Pensionskassenbeiträgen der Arbeitgeberseite, die allenfalls sowohl als Arbeitsbedingungen als auch als Sozialabgaben betrachtet werden können (vgl. dazu 10.7.6.2 hiernach), unter den Begriff der Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Ausschluss wegen Nichtbezahlen von Sozialabgaben wie alle Tatbestände von Art. 44 Abs. 1 BöB eine entsprechende Feststellung voraussetzt. Darauf braucht indessen mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen nicht näher eingegangen zu werden.

10.7.5 Soweit die Vergabestelle vorbringt, die Beschwerdeführerin sei von der dänischen Justiz zu einer Geldstrafe von 100'000 Kronen (bzw. ca. Fr. 15'000.–) verurteilt worden, beruft sich die Vergabestelle insoweit lediglich auf einen Artikel der Zeitschrift "LaRegione" vom 21. Oktober 2023 mit dem Titel "Gruppo [Familienname von A._____ und B._____] (Monte Ceneri) e ‘Ndrangheta sul treno per Milano" (Beilagen 14/15 zur Beschwerdeantwort). Dort wird festgehalten, dass die Beschwerdeführerin im Jahre 2022 von einem dänischen Gericht zu einer Geldstrafe in Höhe von

100'000 Kronen (ca. Fr. 15'000.–) verurteilt worden sei, weil das Unternehmen im März 2017 eine Draisine in einer Weise eingesetzt haben soll, die nicht den Sicherheitsnormen entsprochen haben soll, wobei ein Arbeiter verletzt worden sei (Beilagen 14 und 15 zur Beschwerdeantwort, S. 3). Nachdem die Beschwerdeführerin replicando bestritten hat, von einem Gericht zu einer Busse verurteilt worden zu sein (Replik, Rz. 83 f.), führt die Vergabestelle dazu zwar einerseits aus, die Nachweise der Beschwerdeführerin seien nicht geeignet, den Verdacht auszuräumen (Duplik, Rz. 45). Andererseits nimmt sie aber zur Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin angibt, ihr seien keine strafrechtlichen Verurteilungen in Dänemark bekannt (Duplik, Rz. 46), um dann sogleich die Vergleichsvereinbarungen zu würdigen. Damit hat sie den Vorwurf der Busse wegen Verletzung von Sicherheitsbestimmungen im Ergebnis fallen gelassen. Aufgrund der Beweislastverteilung (vgl. E. 4.6.1 und E. 6.3.2 hiervor) kann es ihr ohnehin nicht gelingen, gestützt auf blosse Medienberichterstattung auf hinreichende Anzeichen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB zu schliessen.

10.7.6

10.7.6.1 Die gewichtigste Vergleichsvereinbarung vom 22. September 2017 hat insbesondere eine Zahlung der Beschwerdeführerin an die Gewerkschaft "3F BJMF" in der Höhe von [ca. 12 Millionen Kronen] zum Gegenstand (Beilage III zur Eingabe der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2025). Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es handle sich beim Vergleich um eine Einigung zwischen der Hauptunternehmerin U._____ und der Gewerkschaft (betreffend das Projekt Cityringen Kopenhagen; Replik, Rz. 30). Aus dem eingereichten Vergleich ergibt sich indessen, dass die Beschwerdeführerin selbst Vertragspartei ist. Plausibel ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin von U._____ zu diesem Vergleich gedrängt worden ist. Dies erscheint insofern nachvollziehbar, als der Direktor der U._____ gemäss dem "Licitationen"-Artikel "Metro-Unternehmen schliesst Millionen-Dollar-Vergleich mit 3F ab" vom 29. September 2017 (Beilage 8 zur angefochtenen Verfügung; vgl. zum dänischen Original https://www.licitationen.dk/article/view/557661/metrofirma_indgar_millionforlig_med_3f, besucht am 28. September 2026) gegenüber "Fagbladet 3f" ausgesagt haben soll, er hoffe, dass diese Vereinbarung ein Neustart für die Arbeit der Beschwerdeführerin in Dänemark sein könne. Dazu passt, dass die Ziffer 1.3 des Vergleichs zwischen der Beschwerdeführerin und der Gewerkschaft ebenfalls dahingehend lautet, dass das Ziel der Blick nach vorne sei und der Versuch, die Zusammenarbeit zu verbessern. Im selben Artikel wird eine separate Einigung zwischen der Gewerkschaft und

U._____ über die Sicherstellung einer engeren Zusammenarbeit zwischen den Parteien erwähnt.

10.7.6.2 Unbestritten ist, dass der Vergleich keine Anerkennung einer Verfehlung beinhaltet. Die Vergabestelle schliesst in Bezug auf denselben Vergleich von der Tatsache, dass in dessen Ziffer 1.2 vom "Soil- and Concrete Collective Agreement" und damit von einem Gesamtarbeitsvertrag die Rede ist, darauf, dass die Beschwerdeführerin offenbar Lohnzahlungen geleistet habe, die das im massgebenden Gesamtarbeitsvertrag definierte Lohnniveau unterschritten hätten (ergänzende Stellungnahme vom 4. August 2025, Rz. 4). Auch die Gewerkschaftsseite geht gemäss dem zitierten "Licitationen"-Artikel von einem Unterschied zwischen effektiv geleisteter Arbeit und den Gehaltsabrechnungen aus. Das lässt sich aus dem Vergleich selbst indessen nicht ableiten. Auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach es nur um die Frage gehe, ob trotz italienischen Pensionskassenbeiträgen zusätzlich dänische Pensionskassenbeiträge zu bezahlen seien, lässt sich aufgrund des Wortlauts des Vergleichs nicht erhärten. Immerhin enthält ein entsprechendes 3F-Merkblatt (https://www.3f.dk/english/wages-and-sectors/collective-agreements, besucht am 28. September 2026) den Hinweis, dass dänische GAV typischerweise Vereinbarungen über "wages and wage increases" und "working hours, overtime work and allowances", aber auch über "pension" enthalten. Damit könnten Pensionskassenansprüche grundsätzlich jedenfalls auch Thema des Vergleichs sein. Wie sich dies im vorliegenden Fall verhält, kann indessen aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

10.7.6.3 Weiter ist zu dieser Vereinbarung festzuhalten, dass der von der Beschwerdeführerin gestützt auf denselben bezahlten Betrag mit [ca. 2 Millionen Franken] keineswegs eine Bagatellsumme darstellt, was immerhin ein Indiz für eine gewisse Schwere der Gegenstand des Vergleichs bildenden Missachtungen des in Frage stehenden Gesamtarbeitsvertrags sein kann (vgl. E. 10.2.4 hiervor). Unbestritten und fallentscheidend ist aber auch, dass der in Frage stehende Vergleich von beiden Parteien am 22. September 2017 unterzeichnet worden ist. Damit liegen die referierten Vorfälle zeitlich mehr als acht Jahre vor Ergehen der angefochtenen Verfügung. Der Beschwerdeführerin ist demnach zuzustimmen, wenn sie ausführt, dass schon allein der Zeitablauf dazu führt, dass der angefochtene Ausschluss als unverhältnismässig zu beurteilen ist. Wie im Rahmen des Tessiner Verfahrens ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin nicht nur seit 2016 Gleisstopfarbeiten für die Vergabestelle ausführt, sondern in Bezug auf die Arbeitsbedingungen auch im Rahmen einer

Kontrolle betreffend die Baustelle Lausanne-Echallens-Bercher im Zeitraum 2020/2021 unbeanstandet geblieben ist (vgl. E. 10.6 hiervor).

10.7.6.4 Nach dem Gesagten führen auch die beiden anderen Vergleiche vom 4. Mai 2017 lautend auf [ca. 350'000.- Kronen] und vom 27. April 2017 lautend auf [ca. 2.5 Millionen Kronen] aufgrund des vergleichsweise deutlich weniger ins Gewicht fallenden Betrags zu keinem anderen Ergebnis. Auch diese enthalten im Übrigen keine Anerkennung einer Verfehlung. Soweit sich die Vergabestelle auf den reisserischen Artikel der work-Zeitung vom 17. Mai 2019 mit dem Titel "Wildwest am Monte Ceneri" (Beilage 16 zur Beschwerdeantwort) beruft, um geltend zu machen, dass "viele Arbeiter eingeschüchtert worden waren", stützt sie sich dabei auf die RAI-Reportage "l'ultima fermata" vom 8. Oktober 2023 (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. I/1.2c, S. 5, sowie deren Transkript der Sendung als Beilage 7, S. 10). Davon bleibt indessen beim Abgleich mit einem anderen Presseerzeugnis nur übrig, dass die Zeugen im Fall Aarhus […] nicht erscheinen wollten (vgl. Artikel "[Familienname von A._____ und B._____]-Gruppe (Monte Ceneri) und 'Ndrangeta im Zug nach Mailand" [= Beilage 14/15 zur Beschwerdeantwort], S. 3). Die im selben Artikel in "LaRegione" (ebenfalls S. 3) gemachte Angabe, wonach die Beschwerdeführerin der Gewerkschaft 3F Aarhus die Zahlung weiterer [ca. 500'000.- Kronen] vorgeschlagen hat unter der Bedingung, dass zum Projekt Aarhus mit derselben Gewerkschaft eine Geheimhaltungsklausel unterzeichnet werde, lässt sich ebenfalls nicht weiter belegen. Damit ist auch nicht näher darauf einzugehen, dass die Vereinbarung vom 4. Mai 2017 betreffend die Erneuerung der Linie Koge-Kopenhagen eine Geheimhaltungsklausel enthält. Demnach erübrigen sich weitere Ausführungen betreffend diese beiden Vereinbarungen. Schliesslich kann auch auf das Einholen eines Gutachtens zum dänischen Recht, wie dies die Beschwerdeführerin beantragt, verzichtet werden (Replik, Rz. 29).

10.8 Insgesamt ist in Bezug auf Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB betreffend die Missachtung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen zunächst festzustellen, dass es im Wesentlichen in erster Linie Sache der Vergabestelle gewesen wäre, sich vor Erlass der angefochtenen Verfügung über den Fortgang der Tessiner Strafuntersuchung zu informieren, womit sie von den Vergleichsvereinbarungen ebenso wie von der Erledigung der entsprechenden Strafverfahren in Kenntnis gesetzt worden wäre. Materiell scheitern die von der Vergabestelle geltend gemachten Indizien für die Missachtung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB - soweit

darin allenfalls hinreichende Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB gesehen werden können - insbesondere aufgrund des Zeitablaufs am Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Dies gilt sowohl für die Monte Ceneri-Baustelle als auch für die beschriebenen Bauprojekte in Dänemark. Da davon selbst unter Berücksichtigung aller im Beschwerdeverfahren vorgelegten Dokumente auszugehen ist, würde daran auch das Zugrundelegen des Sachverhalts zum Zeitpunkt des Erlasses der Ausschlussverfügung nichts ändern. Die Ausschlussverfügung kann daher auch nicht auf den Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB gestützt werden. Es ist zwar durchaus nachvollziehbar, dass im Jahre 2019 im Sinne eines Anfangsverdachts der Eindruck entstehen konnte, dass die Beschwerdeführerin gezielt versuche, ein systematisches Vorgehen zur Umgehung von (Arbeitsbedingungen und) Arbeitsschutzbestimmungen zu vertuschen (vgl. Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025, Ziff. II/1.3, S. 11). Indessen wirkt sich der Zeitablauf in doppelter Weise zugunsten der Beschwerdeführerin aus. Dies einerseits, indem sich die Indizien insbesondere weitgehend nicht durch ergänzende Untersuchungen zu hinreichenden Anhaltspunkten verdichtet haben (vgl. E. 7.4. i.V.m. E. 10.4 hiervor). Andererseits führt der Zeitablauf dazu, dass der Ausschluss nach der in Frage stehenden Anzahl von Jahren als unverhältnismässig erscheint. Da somit auch insoweit kein relevanter Tatbestand erfüllt ist, erübrigt es sich, auf die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Selbstreinigung bzw. ihre Compliancemassnahmen näher einzugehen (vgl. E. 9.4 hiervor). Demnach ist die Beschwerde auch in diesem Punkt gutzuheissen.

11.

11.1 Zusammenfassend ergibt sich zunächst, dass im vorliegenden Fall zuerst ein Sanktionsverfahren im Sinne von Art. 45 BöB gegen die Beschwerdeführerin angestrengt worden ist, welches aber im Ergebnis nicht weiterverfolgt worden ist (E. 4.1.2 hiervor). In diesem Zusammenhang hat die Beschwerdeführerin am 27. August 2024 eine Stellungnahme erstattet, um die sachverhaltlichen Behauptungen der Vergabestelle, mit welchen die erste Sanktion begründet werden sollte, zu entkräften (vgl. E. 4.5.1). Anschliessend hat die Vergabestelle ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs am 17. Januar 2025 eine Ausschlussverfügung erlassen. Das Gericht hat diesbezüglich zunächst festgestellt, dass Art. 51 Abs. 1 BöB, wonach im Vergabeverfahren vor Ergehen einer Verfügung der Vergabestelle kein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, insbesondere mit Blick auf die einschlägigen Ausführungen in der BöB-Botschaft einer

verfassungskonformen Auslegung zugänglich ist (E. 4.4.1 i.V.m. E. 4.4.5). Ein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht jedenfalls unter den Voraussetzungen, dass die Ausschlussverfügung auf Akten gestützt wird, die nicht als Offertunterlagen eingereicht werden, und dass Ausschlussgründe gemäss Art. 44 Abs. 2 BöB angerufen werden, welche gemäss Art. 45 Abs. 1 BöB zugleich eine Sanktion auslösen können. Dies trifft insbesondere auf Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB (unzulässige Wettbewerbsabreden) und Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (Missachtung von Arbeitsbedingungen oder Arbeitsschutzbestimmungen) zu (E. 4.4.5). Damit ist im vorliegenden Fall das rechtliche Gehör verletzt worden. Indessen kann die Verletzung geheilt werden (E. 4.5, insb. E. 4.5.5.6). Schliesslich war festzuhalten, dass im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht Noven zulässig sind (E. 4.6).

11.2 Materiell ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nach dem Konzept der Reform des Beschaffungsrechts nicht nur die Sanktion bzw. Auftragssperre neu eingeführt worden ist, sondern auch der Katalog der Ausschlussgründe umfassender ausgestaltet wurde. Zudem sollen Sanktion und Ausschluss – immer unter Beachtung der einschlägigen Vorgaben des Government Procurement Agreement – auch robust bzw. tatsächlich durchsetzbar sein (E. 5.3.2 und E. 5.4.1; vgl. auch E. 8.2.3.1).

11.3 In Bezug auf den Ausschlussgrund gemäss Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB ist festzustellen, dass dieser Auffangtatbestand mit einer gewissen Zurückhaltung anzuwenden ist (E. 6.5.7). Die Beschwerdeführerin hat durch ihr Prozessverhalten namentlich im von der Vergabestelle angestrengten Sanktionsverfahren – insbesondere aufgrund des zur Mitwirkungspflicht im Sanktionsverfahren Gesagten – keinen Ausschlussgrund im Sinne von Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB erfüllt, indem sie hätte erkennen lassen, keine verlässliche und vertrauenswürdige Vertragspartnerin zu sein (E. 6.5). Auch die Tatsache, dass die Vergabestelle aufgrund von Medienberichten und politischen Vorstössen wegen der Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin einem gewissen Druck ausgesetzt war, ist – wie auch das damit verbundene Reputationsrisiko - allein kein Grund für einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. h BöB (E. 6.6.4).

11.4 Vor der Prüfung der seitens der Vergabestelle geltend gemachten Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden war zunächst festzuhalten, dass das europäische Richtlinienrecht und die Rechtsprechung dazu als Auslegungshilfe herangezogen werden können (E. 8.2.3.1). Zudem ist auch für das schweizerische Recht davon auszugehen, dass durchaus

auch Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden in früheren Vergabeverfahren im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB relevant sein können (E. 8.2.3.4). Das gilt auch für die Missachtung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. f BöB (E. 10.2.2.2). Indessen ist es der Vergabestelle insbesondere vor dem Hintergrund, dass der durchaus bestehende Anfangsverdacht im Verlauf der italienischen Strafverfahren im Ergebnis bereits vor Abschluss des Strafverfahrens und erst recht – soweit die entsprechenden Unterlagen zu berücksichtigen sind – durch die anschliessende teilweise Verfahrenserledigung erheblich relativiert wurde, nicht gelungen, hinreichende Anhaltspunkte im Sinne von Art. 44 Abs.2 Bst. b BöB zu benennen, auf welche der Ausschluss der Beschwerdeführerin gestützt werden könnte (E. 8.3.6).

11.5 Betreffend Handlungen, die die Ehre oder Integrität der in Frage stehenden Anbieterin beeinträchtigen, war in Bezug auf die Einbettung von Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB in das System der Ausschlussgründe zunächst zu klären, dass insoweit auch strafbare Handlungen in Frage kommen. Art. 44 Abs. 1 Bst. c BöB, wonach eine (festgestellte) Verurteilung wegen eines Vergehens zum Nachteil der jeweiligen Auftraggeberin oder wegen eines Verbrechens zum Ausschluss führt, ist nicht so zu verstehen, dass durch diese Regelung der Ausschluss bereits wegen hinreichender Anhaltspunkte für integritätsrelevantes (und gleichzeitig strafbares) Verhalten im Sinne der Verstrickung in organisierte Kriminalität ausgeschlossen sein soll (E. 9.2.5 f.). Im vorliegenden Fall hat das Gericht allerdings festgestellt, dass der diesbezügliche Anfangsverdacht auf Verstrickung durch den Fortgang der Strafverfahren in Italien soweit entkräftet ist, dass diesbezüglich keine hinreichenden Anhaltspunkte für einen Ausschluss gestützt auf Art. 44 Abs. 2 Bst. d BöB bestehen (E. 9.3.4.5). Soweit neben Steuerdelikten durch das Ausstellen von Scheinrechnungen, wofür durchaus hinreichende Anhaltspunkte bestehen, nicht nur italienisches Steuerstrafrecht, sondern nach italienischem Recht auch der Tatbestand der Geldwäscherei erfüllt ist, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Jedenfalls führt der Zeitablauf seitdem in Frage stehenden Verhalten dazu, dass der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen würde (E. 9.3.4.11). Damit braucht nicht beurteilt zu werden, ob das von der Beschwerdeführerin im Laufe des Beschwerdeverfahrens eingereichte, durch den italienischen Staat ausgestellte Anti-Mafia-Zertifikat vom 23. Mai 2025 verspätet eingereicht worden ist (E. 9.3.4.6).

11.6 Was die Missachtung von Arbeitsbedingungen und Arbeitsschutzbestimmungen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 Bst. b BöB betrifft, hat das Gericht

sowohl in Bezug auf den Kanton Tessin als auch in Bezug auf die Vorfälle in Dänemark festgestellt, dass auch insoweit der bestehende Anfangsverdacht in wesentlichen Punkten nicht durch ergänzende Untersuchungen erhärtet worden ist. Soweit solche Anhaltspunkte (etwa aufgrund der Vergleichsvereinbarungen im Tessin oder in Dänemark) allenfalls vorliegen (E. 10.5.8. bzw. E. 10.7.6), führt jedenfalls der Zeitablauf dazu, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsgebot rechtswidrig wäre (E. 10.6 bzw. E. 10.7.6 i.V.m. E. 10.9).

11.7 Zusammenfassend ist die Beschwerde somit trotz des auch für Ausschlussverfügungen anerkannten Ermessensspielraums der Vergabestelle (E. 4.5.4.2 und E. 9.3.4.9) insbesondere gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, der diesen Spielraum begrenzt, gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Vergabestelle hat demnach das Vergabeverfahren unter Einschluss des Angebots der Beschwerdeführerin fortzuführen.

12.

12.1 Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich dabei nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4 bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest.

12.2 Bei der Festsetzung wie auch der Verlegung der Kosten können auch Zwischenentscheide zur aufschiebenden Wirkung berücksichtigt werden. Die Beschwerdeführerin obsiegt in der Hauptsache und die Vergabestelle hat sich dem Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich unterzogen. Aufgrund des im Vergleich zur Hauptsache bescheidenen Aufwands für die beiden (zulasten der Beschwerdeführerin getroffenen) Entscheide über Vorabbezugsanträge der Vergabestelle vom 2. Juni 2025 und vom 22. April 2026 rechtfertigt es sich indessen im vorliegenden Fall nicht, die Verfahrenskosten aufgrund der in Frage stehenden Zwischenentscheide teilweise anders zu verlegen. Damit ist der obsiegenden Beschwerdeführerin der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 15’000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Der Vergabestelle werden, da sie insoweit wie eine

Bundesbehörde zu behandeln ist, keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

12.3 Gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 15 i.V.m. Art. 5 und 14 Abs. 2 VGKE ist der obsiegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung auszurichten, welche vom Gericht aufgrund der mit Eingabe vom 3. Februar 2026 eingereichten Kostennote festzusetzen ist. Die Vergabestelle hat diesbezüglich auf eine Stellungnahme verzichtet. In ihrer Kostennote macht die Beschwerdeführerin einen zeitlichen Aufwand von 179.68 Stunden ergebend Fr. 59'019.80, eine Kleinkostenpauschale von Fr. 2'951.– sowie Fr. 5'019.65 MWST (Satz von 8.1 %) und damit insgesamt Fr. 66'990.45 geltend. Der angewendete Stundenansatz von Fr. 328.50 (sich ergebend aus Fr. 59'019.80 für 179.68 Stunden) ist für Vergabefälle nicht zu beanstanden (Urteile des BVGer B-1185/2020 vom 1. Dezember 2020 E. 8.3 "Zielvereinbarungen post 2020 Los 2 I" und B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 6.3 mit Hinweisen "Abfallentsorgung"). Betreffend den geltend gemachten Aufwand sind zugunsten der Beschwerdeführerin der doppelte Schriftenwechsel im Hauptverfahren sowie die Zwischenverfahren betreffend Vorabbezug und die Instruktion zu den Akteneditionsbegehren zu berücksichtigen, womit dieser nicht zu beanstanden ist. Dasselbe gilt für die Kleinkostenpauschale und mit Blick auf den Sitz der Beschwerdeführerin im Ausland das Mehrwertsteuerbetreffnis. Vielmehr sind der Beschwerdeführerin für den nach Einreichung der Kostennote entstandenen Aufwand insbesondere betreffend die zweite Vorabbezugsbewilligung vom 22. April 2026 15 weitere Stunden à Fr. 328.50 zuzuerkennen. Daraus ergibt sich insgesamt ein Honoraranspruch von Fr. 64’275.80 und ein Mehrwertsteuerbetreffnis von Fr. 5’206.35. Damit ist der Beschwerdeführerin zulasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 72'433.15 zuzusprechen.

12.4 Zufolge Unterliegens hat die Vergabestelle keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Im Übrigen würde dies nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch im Falle des Obsiegens gelten (Art. 7 Abs. 3 VGKE; Urteil des BVGer B-4165/2022 vom 23. November 2022 E. 8 "Rippenplatten"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Ausschlussverfügung vom 17. Januar 2025 wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.
Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 72'433.15 (inkl. MWST) zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vergabestelle.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Mia Fuchs	Iryna Sauca

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 Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 18. November 2026