Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung II

Postfach
CH-3000 Bern 14
Telefon +41 (0)58 705 25 60
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

Geschäfts-Nr. B-6123/2011
stm/bau/gys

Zwischenentscheid vom 8. Dezember 2011

Besetzung

Richter Marc Steiner (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter David Aschmann,
Gerichtsschreiberin Laura Melusine Baudenbacher.

Parteien

A. _____ AG, Thunstrasse 101a, 3006 Bern,
vertreten durch Rechtsanwältin Andrea Kaiser,
Advokatur Notariat Lemann, Walz & Partner,
Speichergasse 5, Postfach 484, 3000 Bern 7 Bärenplatz,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA, Filiale Winterthur,
Grüzefeldstrasse 41, 8404 Winterthur,
Vergabestelle,

Gegenstand

Beschaffungswesen - Projekt Nr. 80279; N01/36, Grünau, Lärmschutzmassnahmen Gebäude (Zuschlag SIMAP Nr. 700349 sowie Ausschlussverfügung vom 21. Oktober 2011).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.
Am 10. Juni 2011 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP unter dem Projekttitel "Ingenieur für Planung und Bauleitung von Lärmschutzmassnahmen" als Baudienstleistungsauftrag ("Dienstleistungskategorie CPC: [27] Sonstige Dienstleistungen") bezeichnete Arbeiten im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 637095). Gemäss Punkt 2.5 der Ausschreibung umfasst die gestellte Aufgabe die Planung und Bauleitung für die aus der Auflage N01/36, Grünau, anfallenden Lärmschutzmassnahmen an Gebäuden. Als Offerteingabetermin wurde der 22. Juli 2011 festgesetzt (Punkt 1.4 der Ausschreibung).

B.
Nachdem die Anbieter von der Gelegenheit, Fragen zu stellen, Gebrauch gemacht hatten, und diese am 30. Juni 2011 beantwortet worden waren, gingen fristgerecht sieben Angebote ein, darunter dasjenige der A. _____ AG, Bern, sowie dasjenige der B. _____ AG, Zürich.

C.
Der Zuschlag an die B. _____ AG, Zürich (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), wurde am 21. Oktober 2011 unter der SIMAP-Meldungsnummer 700349 veröffentlicht. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die A. _____ AG, Bern, über den Zuschlag sowie über den Ausschluss ihres Angebots von der Bewertung orientiert. Zur Begründung des Ausschlusses wurde angeführt, die Anbieterin habe fälschlicherweise einen Zeitmitteltarif offeriert.

D.
Gegen die Ausschluss- sowie die Zuschlagsverfügung erhob die A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. November 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt in der Hauptsache die Aufhebung der Ausschluss- und der Zuschlagsverfügung sowie die Rückweisung an die Vergabestelle zur Neubeurteilung. In prozessualer Hinsicht ersucht sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Rahmen der Begründung macht die

Beschwerdeführerin insbesondere geltend, es sei kein Ausschlussgrund erfüllt, namentlich nicht derjenige des Formfehlers im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BöB. Sie habe ausserdem aufgrund der Antworten auf die Anbieterfragen darauf vertrauen dürfen, dass ihr Angebot den Anforderungen entspricht.

E.
Mit superprovisorischer Anordnung vom 10. November 2011 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Zudem wurde die Vergabestelle aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 23. November 2011 die vollständigen Akten betreffend das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

F.
Die Vergabestelle beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 23. November 2011 die Abweisung der Beschwerde sowie des Antrags um Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Betreffend die Akteneinsicht ersucht die Vergabestelle das Bundesverwaltungsgericht um Beschränkung der Einsicht, soweit es sich um die Offerten der Konkurrenten handle. Auch der Evaluationsbericht inkl. Beilagen sei von der Einsicht auszunehmen, da auch diese Unterlagen Geschäftsgeheimnisse enthalten würden. Materiell stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, die Beschwerde erweise sich als aussichtslos, da für verschiedene Honorarkategorien Stundenansätze zu offerieren gewesen seien, wogegen die Beschwerdeführerin für sämtliche Honorarkategorien einen gemittelten Stundenansatz offeriert habe. Demnach habe die Offerte der Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden müssen. Angesichts der klaren Prozessprognose erübrige sich die Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen wie Dringlichkeit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung entgegenstünden.

G.
Die Zuschlagsempfängerin, welcher mit Verfügung vom 10. November 2011 Frist bis zum 23. November 2011 zur freigestellten Stellungnahme angesetzt worden war, verzichtete stillschweigend auf die Teilnahme am Verfahren.

H.

Am 25. November 2011 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin diejenigen Aktenstücke zu, in Bezug auf welche die Vergabestelle keine Vorbehalte angebracht hatte. Zugleich wurde der Vergabestelle ein Abdeckungsvorschlag betreffend den Evaluationsbericht und der dazugehörigen Beilage 1 ("Evaluationstabelle: Prüfung auf Vollständigkeit und Eignungskriterien") zur umgehenden Stellungnahme zugestellt. Zudem wurde die Vergabestelle ersucht, die fehlende Seite 8 des Evaluationsberichts nachzureichen. Mit Faxeingabe vom 28. November 2011 reichte die Vergabestelle die fehlende Seite des Evaluationsberichtes nach und machte zunächst geltend, der Evaluationsbericht sei vertraulich zu behandeln, weil er zu den in der Beschwerde gerügten Punkten nichts beitrage. Mit zweiter Faxeingabe vom gleichen Tage unterbreitete die Vergabestelle indessen eigene Abdeckungsvorschläge. Entsprechend wurde der Evaluationsbericht nebst der Beilage 1 der Beschwerdeführerin in dieser Form zugestellt, wobei erwägungsweise festgehalten wurde, dass damit der Schriftenwechsel mit Blick auf den Entscheid betreffend die aufschiebende Wirkung prima facie als geschlossen betrachtet werden könne.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gegen die Erteilung des Zuschlages durch die Vergabestelle ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB). Dabei ist es im offenen Verfahren nach ständiger Rechtsprechung zulässig, den Ausschluss von Anbietern – wie im vorliegenden Fall – erst mit dem Zuschlag zu eröffnen (Zwischenentscheid B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3 mit Hinweisen). Die Anfechtung des mit dem Zuschlag erfolgten Ausschlusses ist ausserdem fristgerecht erfolgt. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BöB).

1.2. Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2004/48 E. 2.1 mit Hinweisen). Als Teil der Bundesverwaltung untersteht die Vergabestelle jedenfalls dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Die Vergabestelle geht zunächst in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 10. Juni 2011 von einer Dienstleistung aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistung" einen Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA (BVGE 2008/48 E. 2.3). Für die Zuordnung massgebend ist die provisorische Zentrale Produkteklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; vgl. dazu das Urteil B-1773/2006 vom 25. September 2011, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 3.1). Die Angabe "CPV 71541000 – Projektmanagement im Bauwesen" in Ziffer 2.4 der Ausschreibung entspricht der Sache nach einer Dienstleistung der CPC-Referenznummer 867, welche im Anhang 1 Annex 4 GPA aufgeführt ist. Aufgrund der Offertpreise, welche gemäss dem Evaluationsbericht für die Zuschlagsempfängerin mit rund Fr. 500'000.-- zugrunde gelegt worden sind, sind die gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 (SR 172.056.12) geltenden Schwellenwerte zweifelsfrei überschritten. Demnach fällt die in Frage stehende Beschaffung – wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht – prima facie in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

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. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.4. Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen).

2.
Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheides bildet allein der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BöB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

2.1. Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/ 2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1 mit Hinweisen).

2.2. Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima-facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, die die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BBl 1994 IV 950 ff., insbes. S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB; SR 172.056.4) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des Bundesgerichts 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinne auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen).

3.

3.1. Die Vergabestelle beruft sich im vorliegenden Fall auf den Ausschlussgrund des wesentlichen Formfehlers im Sinne von Art. 19

Abs. 3 BöB. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, ihre vollständige Offerte könne in diesem Sinne nicht als fehlerhaft und schon gar nicht als mit einem wesentlichen Formfehler behaftet gelten. Dazu ist zunächst losgelöst vom zu beurteilenden Sachverhalt festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin zuzustimmen ist, wenn sie ausführt, dass sich Art. 19 Abs. 3 BöB auf Art. 19 Abs. 1 BöB bezieht, wonach die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht zureichen haben. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid B-1774/2006 vom 13. März 2007, publiziert in BVGE 2007/13, E. 3.1 mit Hinweisen). Die Rechtsprechung hat indessen stets betont, dass auch die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der Unterlagen nicht entspricht, im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch ist (BVGE 2007/13 E. 3.1; Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33, E. 2a/aa). Ein Ausschluss aus formellen Gründen ist namentlich wegen eigenmächtiger Änderung der Angebotsbedingungen vorgesehen. Dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3; Urteil B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1).

3.2. Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein verpönter überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert wird (BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Offerent darf nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagetellcharakter ausgeschlossen werden (BVGE 2007/13 E. 3.3; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 281 mit Hinweisen). Demgegenüber sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu

den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4). Zusammenfassend lässt sich sagen, dass drei Kategorien von den Anforderungen nicht entsprechenden Offerten zu unterscheiden sind: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 sowie den Zwischenentscheid B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1 und das Urteil B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.1).

4.

4.1. Zum vorliegend relevanten Sachverhalt ist zunächst festzuhalten, dass der Vertragsentwurf gemäss den Ausschreibungsunterlagen in Bezug auf die Vergütung in Punkt 4.1.2 die Vorgabe enthält, dass nach erbrachtem Zeitaufwand vergütet wird, wobei Stundenansätze exkl. MWST für verschiedene Kategorien von Mitarbeitern zu offerieren sind. Entsprechend sind als Anhang 1 des Vertragsentwurfs Mitarbeiterlisten vorgesehen, welche diese den Kategorien im Sinne von Punkt 4.1.2 zuordnen. Dies ergibt sich aus dem Originaldokument wie folgt:

4.1.2 Es wird eine Vergütung nach erbrachtem Zeitaufwand vereinbart für folgende Leistungen:

☐ Gemäss beiliegender Leistungstabelle (Beilage 2.3.1)
☐ Gemäss detailliertem Angebot des Beauftragten vom TT.MM.JJJJ, bereinigt am TT.MM.JJJJ
☐

☐ Gemäss folgenden Stundenansätzen exkl. MWST:

Kategorie A,	CHF
Kategorie B,	CHF
Kategorie C,	CHF
Kategorie D,	CHF
Kategorie E,	CHF
Kategorie F,	CHF
	CHF

☐ Gemäss gemitteltem Stundenansatz von CHF
exkl. MWST, der für alle seitens des Beauftragten eingesetzten Mitarbeiter gilt.

In Punkt 4.1.2 des Vertragsentwurfs wird ausserdem auf die Leistungstabelle gemäss Beilage 2.3.1 verwiesen, welche ihrerseits folgende Struktur aufweist:

2.3.1.3 Zusammenstellungen Stundenverteilung für Honorarberechnung

(Eingebettete MS Excel-Tabelle - zur Bearbeitung Doppelklicken)

			Stunden				
Funktion	Name	Kat.	Grundleistungen	Zusatzleistungen	Total	CHF/h	CHF
Schlüsselpersonen:							
Projektleiter			800	200	1000		-
Projektleiter Stv.			600	200	800		-
Bauleiter			1500	200	1700		-
weiteres Personal:							
diverse	ohne	B	100	20	120		-
diverse	ohne	C	200	20	220		-
diverse	ohne	D	280	20	300		-
diverse	ohne	E	200	20	220		-
diverse	ohne	F	50	20	70		-
diverse	ohne	G	50	20	70		-
Summe			3780	720	4500		-
Vorgabe Bauherr					4500		

Die in der Tabelle 2.3.1.3 berechnete Summe aus Grundleistungen und Zusatzleistungen dient als Zuschlagskriterium Preis und wird für den Angebotsvergleich berücksichtigt.
Der Wert ist in «offerierte Vergütung brutto» unter Ziffer 4.1 in die Vertragsurkunde und auf das Deckblatt „Angebotsunterlagen" zu übernehmen.

Aus den entsprechenden Erläuterungen geht einerseits hervor, dass die zu offerierende Gesamtstundenzahl nicht variabel, sondern auf 4500 festgesetzt ist. In diesem Punkt entspricht die Offerte der Beschwerdeführerin zwar den Vorgaben, indessen hat sie prima facie entgegen den Vorgaben der Vergabestelle für alle Kategorien den gleichen Stundenansatz offeriert. Die Leistungstabelle stellt ausserdem klar, dass die offerierte Honorarsumme für die fix zu offerierenden Stundenzahlen als Grundlage dient für die Bewertung der Angebote mit Blick auf das Zuschlagskriterium Preis. Aus der Ausschreibung vom 10. Juni 2011 ergibt sich wiederum, dass die Referenzen der Schlüsselpersonen mit 10 Prozent und der Preis mit 70 Prozent gewichtet werden (Punkt 3.9). Ausserdem wird als Subkriterium des mit 20 Prozent veranschlagten Kriteriums "Auftragsanalyse" die "Beurteilung und Analyse der Stundenvorgaben der Bauherrschaft" mit 6 Prozent gewichtet (ebenfalls Punkt 3.9). Auch aus dieser Umschreibung wird das Konzept der Vergabestelle erkennbar bestätigt, wonach von der vorgegebenen Stundenzahl nicht abgewichen werden soll. Die Ausschreibung wiederum

ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdeführerin bestreitet trotz der hohen Gewichtung des Preises mit 70 Prozent denn auch nicht die Vergaberechtskonformität der Vorgabe in Bezug den Stundenaufwand (vgl. dazu das Urteil B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.5 f.), nachdem sie diesen entsprechend den Ausschreibungsunterlagen offeriert und den vorgegebenen Stundenaufwand von insgesamt 4500 Stunden unter Punkt 2.3.2.4 (statt wie vorgesehen unter Punkt 2.3.2.1) als plausibel bezeichnet hat. Vielmehr macht sie geltend, ihre Offerte, welche auf einem einheitlichen gemittelten Honorar für sämtliche Honorarkategorien beruht, hätte nicht ausgeschlossen werden dürfen.

4.2. Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabestelle zunächst vor, sie habe ihre Honorarofferte zu Unrecht als finanzielle Variante beurteilt. Gemäss Art. 22a Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sei nämlich klar, dass unterschiedliche Preisarten nicht als Varianten gelten (Beschwerde, S. 6). Tatsächlich wird im seit dem 1. Januar 2010 geltenden Art. 22a Abs. 2 VöB festgehalten, dass als Variante ein Angebot gilt, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Auftraggeberin vorgesehen erreicht werden kann. Damit wird an die Rechtsauffassung angeknüpft, wonach nur eine "leistungsbezogene Abweichung" den Begriff der Variante erfüllt (vgl. dazu etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 20. Oktober 2003, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003 S. 278 ff. E. 3 mit Hinweisen). Nicht als Variante gelten demnach gemäss neuem Verordnungsrecht unterschiedliche Preisarten. Damit hat der Verordnungsgeber auf den über die Fachkreise hinaus bekannt gewordenen Entscheid BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006 betreffend das NEAT-Los 151, Tunnel Erstfeld, reagiert, mit welchem die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen festgehalten hat, ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus könne ebenfalls eine Variante darstellen (E. 4b). Im Erläuternden Bericht vom 18. November 2009 zur Änderung der VöB wird dazu festgehalten, dass es den Auftraggeberinnen immerhin unbenommen bleibe, im Einzelfall den "Amtsvorschlag" hinsichtlich der Preisart derart offen zu umschreiben, dass auch unterschiedliche Preisarten zulässig sind (a.a.O., S. 16; vgl. zum Ganzen auch MARTIN BEYELER, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in: Baurecht 2010, S. 106 ff., insb. S. 109). Weiter heisst es im Erläuternden Bericht, dass für den Fall, dass die Anbieterin eine andere Preisart wählt, gemäss dem vorliegenden Verständnis keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vorliegt. Der

Verordnungsgeber geht demnach davon aus, dass Preisvarianten grundsätzlich nicht zulässig sind, wobei eine Ausnahme gelten soll für den Fall, dass die Vergabestelle ausdrücklich signalisiert, sie nehme unterschiedliche Preisarten entgegen (a.a.O., S. 16). Damit ist die Lage in diesem Fall faktisch nicht sehr viel anders als nach altem Verordnungsrecht in der Interpretation durch die Rekurskommission. Eine solche Situation liegt hier aber gerade nicht vor. In den Ausschreibungsunterlagen heisst es im Gegenteil ausdrücklich, es seien nicht nur technische, sondern auch finanzielle Varianten nicht zugelassen (Punkt 2.8 der Ausschreibung). Damit kommt es im vorliegenden Zusammenhang gar nicht darauf an, ob das Offerieren unterschiedlicher Preisarten nach dem anwendbaren Recht als Variante in Betracht kommt oder nicht. Vielmehr musste die Beschwerdeführerin die Ausschreibung so oder anders dahingehend verstehen, dass keine abweichenden Vergütungsarten offeriert werden dürfen. Selbst wenn der Begriff Variante von der Vergabestelle nicht im Sinne der Terminologie von Art. 22a VöB, sondern altrechtlich unter sinngemässer Bezugnahme auf die Rechtsprechung der BRK gebraucht wird – die Beschwerdeführerin rügt hier fälschlicherweise eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG, obwohl der Sachverhalt unstrittig ist (Beschwerde, S. 7) –, ist ohne weiteres ersichtlich, was die Auftraggeberin damit meint. Sie trifft demnach die in der Lehre nach bis Ende 2009 geltendem Verordnungsrecht angemahnte Klarstellung, dass sie keine Offerten mit abweichenden Preisarten entgegennehmen will (vgl. dazu PETER RECHSTEINER, Der Angebotspreis, in: Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 17 ff., insb. S. 19). Ansonsten wäre die Aussage, finanzielle Varianten sind nicht zugelassen, so wie sie die Beschwerdeführerin verstanden wissen will, nämlich dahingehend, dass das Offerieren abweichender Preisarten nicht ausgeschlossen ist, eine in sich widersprüchliche Leerformel, was bei der Auslegung von Erklärungen nicht leichthin angenommen werden darf. Dazu passt denn auch Punkt 4.1.2 des Vertragsentwurfs, mit welchem die Möglichkeit der Offerte "gemäss gemitteltem Stundenansatz", der "für alle seitens des Beauftragten eingesetzten Mitarbeiter gilt", klar nicht gewählt worden ist. Damit bleibt im Folgenden zu prüfen, ob nicht durch Äusserungen im Rahmen der Fragerunde entgegen der Ausschreibung auf die Zulässigkeit von abweichenden Vergütungsarten geschlossen werden durfte, was die Beschwerdeführerin geltend macht (Beschwerde, S. 7).

4.3. Gemäss Punkt 1.3 der Ausschreibung vom 10. Juni 2011 waren Fragen in deutscher Sprache via SIMAP im "Forum" Projekt einzureichen. Des Weiteren wurde deren Beantwortung bis am 29. Juni 2011

gegenüber allen Bezügern der Ausschreibungsunterlagen gleichlautend ebenfalls via SIMAP in Aussicht gestellt. Dabei sind im vorliegenden Zusammenhang zwei Fragen von Interesse, nämlich die Frage 1 und die Frage 12:

	Frage	Antwort
1	Inwieweit sind die Stunden-Vorgaben (Tab. 2.3.1.3) des Bauherrn verbindlich und sind für die Honorarofferte zu übernehmen (insbesondere Verteilung, Zusatzleistungen und Gesamttotal)?	Die Stunden sind exakt gemäss Vorgabe zu offerieren (siehe Ausschreibungsunterlagen 2.3.1.2). Ihre Beurteilung und Bewertung zu den Stundenvorgaben sind unter 2.3.2.1 Auftragsanalyse anzumerken. Die effektive Zuteilung zu den einzelnen Arbeitsschritten ist während der Bearbeitung nicht fix und gilt als Richtgrösse.
12	Prüft das ASTRA für die eingehenden Angebote, ob die angegebenen Stundenansätze für die Schlüsselpersonen (bezogen auf Ausbildung und Erfahrung) plausibel sind? Falls ja, was passiert bei Angeboten mit unplausiblen Stundenansätzen?	Nein. Es wird gemäss Zuschlagskriterien einzig der Preis berücksichtigt. (s. SIMAP). Die Stundenansätze unterliegen der unternehmerischen Freiheit und werden nicht als solche (bezogen auf Ausbildung und Erfahrung) bewertet.

Aus der Antwort auf die Frage 1 ergibt sich noch einmal der Zusammenhang zwischen der Stundenvorgabe im Rahmen der Vergütung einerseits und der Beurteilung der Stundenvorgabe durch die Anbieter im Rahmen des Zuschlagskriteriums Auftragsanalyse andererseits (vgl. E. 4.1 hiervor). Vorliegend entscheidend ist die Antwort auf die Frage 12. Die Vergabestelle sagt dazu, die Stundenansätze unterliegen der unternehmerischen Freiheit und werden nicht als solche (bezogen auf Ausbildung und Erfahrung) bewertet. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, damit habe sie annehmen dürfen und müssen, dass die Festlegung der Stundenansätze im freien Ermessen der Anbieter liege (Beschwerde, S. 7). Dazu ist erstens festzuhalten, dass eine Erklärung der Vergabestelle im Rahmen der Beantwortung von Fragen, welche mehreren Auslegungen zugänglich ist, nicht ohne weiteres so verstanden werden darf, dass damit die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen kommunizierten Rahmenbedingungen aufgegeben werden. Zweitens ist das naheliegendere Verständnis der Antwort in einer Aussage zu sehen, wonach die Stundenansätze einerseits im Rahmen der Preisbewertung nicht daraufhin geprüft werden, ob sie den Gepflogenheiten der Branche entsprechen oder für Fachkräfte wie die in Frage stehenden allenfalls nicht kostendeckend sind. Andererseits spielen sie auch im Rahmen der Bewertung der Offerten gestützt auf das Kriterium "Auftragsanalyse" im

Unterschied zur Beurteilung der vorgegebenen Stundenzahl keine Rolle. Damit durfte die Antwort entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht so verstanden werden, dass damit die Vorgaben gemäss Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen aufgegeben worden sind. Folglich kann offen bleiben, ob es in diesem Zusammenhang darüber hinaus eine Rolle spielt, dass die Honorarberechnung nach Qualifikationskategorien gemäss Art. 6 der SIA-Norm 103 für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und –ingenieurinnen nach den Angaben der Vergabestelle gängig und von der KBOB übernommen worden sind (Vernehmlassung, S. 4).

4.4. Nach dem Gesagten ergibt sich, dass vorliegend ein ausschreibungswidriges Angebot in Frage steht. Die Beschwerdeführerin macht auch zu Recht nicht geltend, dass es nicht im Ermessen der Vergabestelle liege zu bestimmen, ob sie die Vergütung in Form von Stundenansätzen nach Honorarkategorien oder im Sinne eines gemittelten Stundenansatzes offeriert wissen will. Die Vergabestelle führt dazu aus, mittels einer Vergütung nach Honorarkategorien sichere sie sich die benötigte Qualität der zu erbringenden Leistung, indem nicht der Anreiz geschaffen werde, die Arbeiten durch weniger qualifiziertes Personal ausführen zu lassen (Vernehmlassung, S. 4). Somit erweist sich auch der Ausschluss gestützt auf Art. 19 Abs. 3 BöB als rechtmässig, da es sich um eine das Preis-Leistungs-Verhältnis betreffende Abweichung der Offerte nicht bagatellarischer Natur handelt. Es kann hier offen bleiben, ob die Vergabestelle die Offerte trotz dieses Mangels hätte zulassen und gegebenenfalls bereinigen dürfen (vgl. E. 3.2 hiervor in fine). Fest steht jedenfalls, dass die Beschwerdeführerin die Vergabestelle im vorliegenden Fall nicht zwingen kann, ihre Offerte soweit erforderlich vergleichbar zu machen und zu bewerten (vgl. mutatis mutandis BVGE 2007/13 E. 6.3). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Rahmen der Projektorganisation (Punkt 2.3.2.3 des Vertragsentwurfs bzw. der Offerte) den in Frage stehenden Honorarkategorien (von A-G) zugeordnet worden sind. Aus dem Evaluationsbericht ergibt sich denn auch, dass die Vergabestelle die Offerte tatsächlich im Rahmen der formellen Prüfung bereits ausgeschlossen hat mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe einen Zeitmitteltarif (ZMT) angeboten, wogegen eine Offerte mit Kategorien nach KBOB zu offerieren gewesen sei (Evaluationsbericht, S. 6 Punkt 3.1; vgl. dazu auch die Beilage 1 zum Evaluationsbericht, aus welcher ersichtlich ist, dass die in Frage stehende Offerte bereits an der formellen Prüfung gescheitert ist und auf Rückfragen wie auch auf die Eignungsprüfung verzichtet worden ist). Zusammenfassend ergibt sich,

dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist, weshalb das Ersuchen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen ist, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen wäre (vgl. E. 2.2 hiervor).

5.
Die Beschwerdeführerin hat kein Akteneinsichtsgesuch gestellt. In Bezug auf die Konkurrenzofferten besteht ohnehin grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht (vgl. Zwischenverfügung B-1172/2011 vom 6. Mai 2011 E. 3.3 mit Hinweisen). Indessen ist der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 28 VwVG mit Verfügung vom 28. November 2011 eine teilweise abgedeckte Version des Evaluationsberichts und der Beilage 1 dazu ("Evaluationstabelle: Prüfung auf Vollständigkeit und Eignungskriterien") zugestellt worden. Die Vergabestelle hatte zuvor aufgrund der Instruktionsverfügung vom 25. November 2011 einen Abdeckungsvorschlag unterbreitet. Demnach ist in Bezug auf die Akteneinsicht lediglich festzustellen, dass der Beschwerdeführerin der Evaluationsbericht in dieser Form zugestellt worden ist. Da ihr zudem die Fragen und Antworten zur Ausschreibung bekannt sind (Beschwerdebeilage 5; Vernehmlassungsbeilage 4), ist die Beschwerdeführerin aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 6).

6.
Über die Feststellung und Verlegung der Kosten des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden. Die weitere Instruktion des Hauptverfahrens erfolgt mit separater Verfügung.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

2.
In Bezug auf die Akteneinsicht wird festgestellt, dass der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 28. November 2011 eine

teilweise abgedeckte Version des Evaluationsberichts inkl. Beilage 1 zugestellt worden ist.

3.
Die Instruktion des Schriftenwechsels im Hauptverfahren erfolgt mit separater Verfügung.

4.
Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides wird mit dem Endentscheid befunden.

5.
Dieser Entscheid geht an:

– die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterin; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
– die Vergabestelle (Gerichtsurkunde; vorab per Fax)
– die Zuschlagsempfängerin (A-Post, vorab per Fax)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Marc Steiner	Laura Melusine Baudenbacher

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 8. Dezember 2011