Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5563/2012

Urteil vom 28. Februar 2013

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi; Richterin Maria Amgwerd;
Gerichtsschreiber Corrado Bergomi

Parteien

X._____, bestehend aus
1. A._____,
2. B._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Lutz und/oder
Rechtsanwalt Stefan Kühnis,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Rechtsdienst und Landerwerb, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Zuschlagsentscheid betreffend
Submission N04/06 Galgenbucktunnel; Los 4 Anschluss Bahntal; Erstellen des Anschlusses Bahntal mit Baugrubenabschlüssen, Werkleitungen, Trasse, Stützmauern, Brücken und Tagbautunnel (publiziert im SIMAP vom 5. Oktober 2012, Meldungsnummer 750715, Projekt-ID 79579).

Sachverhalt:

A.
Am 30. November 2011 schrieb das Bundesamt für Strassen, Abteilung Strasseninfrastrukur, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen der Schweiz) unter dem Projekttitel "N04/06 Galgenbucktunnel; Los 4 Anschluss Bahntal; Erstellen des Anschlusses Bahntal mit Baugrubenabschlüssen, Werkleitungen, Trasse, Stützmauern, Brücken und Tagbautunnel" die Ausführung eines Bauauftrages im offenen Verfahren aus. Gemäss Punkt 2.8 der Ausschreibung ist das Leistungsverzeichnis (Amtsversion) in jedem Fall vollständig ausgefüllt und absolut unverändert einzureichen und das Leistungsverzeichnis ist durch den Anbieter zwingend in der Form abzugeben, wie es in PDF-Form in der Ausschreibung beigelegt ist, wobei auch nur geringfügig bewusst oder unbewusst abgeänderte Ausführungsunterlagen zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen.

B.
Innert der Frist für die Einreichung des Angebots (5. April 2012) gingen 14 Offerten ein, darunter diejenige der X._____, bestehend aus A._____ und B._____, sowie diejenige der Y._____.

C.
Am 5. Oktober 2012 wurde der Zuschlag an die Y._____ auf der Internetplattform SIMAP veröffentlicht (Meldungsnummer 750715). Als Begründung für den Zuschlagsentscheid wurde angegeben: "Nach Beurteilung der Zuschlagskriterien erreichte der Zuschlagsempfänger die höchste Punktzahl aller geeigneten Anbieter. Seine Offerte ist somit in ihrer Gesamtheit die wirtschaftlich günstigste. Die Offerte des Zuschlagsempfängers überzeugte besonders durch eine sehr gute Bewertung über alle Zuschlagskriterien". Am gleichen Tag wurden der X._____, c/o A._____ die Gründe für den Ausschluss ihres Angebots vom Vergabeverfahren mitgeteilt: "Wesentliche Bestandteile des Leistungsverzeichnisses (7.2 Kostengrundlagen) fehlen".

D.
Gegen den Zuschlagsentscheid vom 5. Oktober 2012 sowie gegen die Mitteilung des Ausschlusses erhob die X._____, bestehend aus A._____ und B._____ (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen), mit Eingabe vom 25. Oktober 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. In prozessualer Hinsicht ersuchen die Beschwerdeführerinnen um

vorerst superprovisorische und alsdann definitive Erteilung der aufschiebenden Wirkung, um Gewährung der Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens – soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden – sowie um Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. In materieller Hinsicht beantragen sie die Aufhebung der Ausschlussverfügung und des Zuschlagsentscheids, eventualiter die Aufhebung des Zuschlagsentscheids und Rückweisung der Sache an die Vergabestelle mit der Weisung, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerinnen eine neue Angebotsbewertung vorzunehmen.

Im Rahmen der Begründung machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der Ausschluss sei offensichtlich überspitzt formalistisch und sei wegen des Fehlens unwesentlicher Beilagen (das Lohnnebenkostenschema SBV und das Kalkulationsschema Tiefbau) erfolgt, deren materieller Gehalt in der Offerte nachvollziehbar enthalten sei. Beide Schemata dokumentierten nämlich jene Preisinformationen, die direkt und identisch in die 81 Preisanalysen und in das Leistungsverzeichnis NPK 103 eingeflossen seien. Die fehlenden Unterlagen bezögen sich auf Hintergrundinformationen zum Leistungsverzeichnis NPK 103, in dem die Vertragsgrundlagen und Grundlagen für die Kalkulation sowie für Preisänderungen geregelt seien und hätten umgehend und rasch nachgefordert werden können, weil sie bei den Beschwerdeführerinnen vorhanden gewesen seien, d. h. sie hätten weder nachträglich erstellt werden müssen noch das direkte Preis-Leistungsverhältnis der Offerten und den Wettbewerb beeinflusst. Durch eine nachträgliche Einforderung, die sich gestützt auf die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel durch die Vergabestelle aufgedrängt hätte, wären den Beschwerdeführerinnen keine Vorteile bzw. ihren Konkurrentinnen keinerlei Nachteile entstanden. Die fehlenden Schemata seien mit fehlenden Bescheinigungen vergleichbar, welche gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen Ausschluss aus Verhältnismässigkeitsgründen nicht rechtfertigten. Weiter machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Vergabestelle habe die Widersprüchlichkeit der Unterlagen selber zu verantworten. Denn die beiden Schemata seien in der Checkliste der einzureichenden Dokumente der Vergabestelle nicht erwähnt worden, und auch im beigelegten Mustervertrag sei NPK 103 nicht als Vertragsbestandteil aufgeführt gewesen. Die Beschwerdeführerinnen stellen sich auf den Standpunkt, der Ausschluss missachte auch den zentralen Grundsatz des Vergaberechts, wonach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot der Zuschlag zu erteilen sei. Die Beschwerdeführerinnen hätten nämlich einen Preis offeriert, der 20% unter demjenigen der

Zuschlagsempfängerin liege. Die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, dass der Zuschlagspreis sich keinem der im Offertöffnungsprotokoll aufgeführten Preise zuordnen lasse und leiten aus dieser Vermutung ab, dass zumindest mit der Zuschlagsempfängerin Verhandlungen geführt worden seien. Damit seien der Beschwerde sehr gute Erfolgschancen zuzuerkennen. Im Rahmen der Interessenabwägung stünden keine öffentlichen Interessen entgegen, weshalb die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei.

E.
Mit superprovisorischer Anordnung vom 26. Oktober 2012 untersagte der Instruktionsrichter bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, namentlich den Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin. Zudem wurde die Vergabestelle aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 8. November 2012 die vollständigen Akten über das in Frage stehende Vergabeverfahren einzureichen und innerhalb der gleichen Frist zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerinnen bzw. bis zum 23. November 2012 zur Beschwerde in der Hauptsache Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin wurde freigestellt, bis zum 8. November 2012 zum Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. bis zum 23. November 2012 in der Hauptsache Stellung zu nehmen.

F.
Mit Verfügung vom 30. Oktober 2012 wurden die am 29. Oktober 2012 eingegangenen Beschwerdebeilagen 1-9 und 11-19 sowie die mit der Beschwerde vom 25. Oktober 2012 eingegangenen Beilagen 10/1 und 10/2 der Vergabestelle zugestellt, mit der Bitte, diese dem Bundesverwaltungsgericht spätestens mit ihrer Stellungnahme zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu retournieren.

G.
Mit Vernehmlassung vom 8. November 2012 beantragt die Vergabestelle, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden, und die Beschwerde sei abzuweisen. In materieller Hinsicht stellt sich die Vergabestelle auf den Standpunkt, die Beschwerde erweise sich als aussichtslos. Es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen ihrer Offerte weder das Lohnnebenkostenschema noch das Kalkulationsschema Tiefbau – welches die einheitliche Kalkulationsgrundlage für alle Preise im Leistungsverzeichnis bilde und damit die Grundla-

ge für die objektive Vergleichbarkeit der Offerten in Bezug auf das Preis-/ Leistungsverhältnis – beigelegt hätten. Es könne nicht belegt werden, ob die Beschwerdeführerinnen die Dokumente tatsächlich zum behaupteten Zeitpunkt erstellt hätten. Bei den fehlenden Dokumenten handle es sich um wesentliche Grundlagen für die Beurteilung des Angebots, welche durch die Beschwerdeführerinnen nachträglich hätten verändert werden können. Beim Fehlen solcher Dokumente müsse eine Offerte wegen wesentlicher Formfehler ausgeschlossen werden. Selbst wenn die Dokumente nachgereicht worden wären, hätten diverse Widersprüche in den Preisanalysen korrigiert werden müssen, was sich auf die Einheitspreise und die Gesamtvergütung ausgewirkt hätte. Eine solche Korrektur durch die Beschwerdeführerinnen sei im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot und das Transparenzprinzip nicht haltbar. Des Weiteren hält die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen entgegen, die Ausschreibungsunterlagen hätten keine widersprüchlichen Angaben enthalten. Es lasse sich im übrigen nicht erklären, warum dieselbe Arbeitsgemeinschaft im Vergabeverfahren betreffend das Los 3, dessen Ausschreibungsunterlagen gleich wie für das hier interessierende Los 4 aufgebaut seien, das komplette Leistungsverzeichnis eingereicht habe. Hinsichtlich der Vermutung der Beschwerdeführerinnen, wonach sich der publizierte Preis keinem der im Offertöffnungsprotokoll genannten Preisen zuordnen lasse, führt die Vergabestelle aus, dies sei nicht auf Verhandlungen mit der Zuschlagsempfängerin zurückzuführen, sondern darauf, dass deren Angebot rechnerisch um den Skontobetrag bereinigt worden sei. Die Vergabestelle hält fest, die aufschiebende Wirkung sei nicht nur wegen Aussichtlosigkeit der Beschwerde zu erteilen, sondern auch weil überwiegende öffentliche Interessen vorlägen, welche aus den Interdependenzen zwischen dem Los 3 (Galgenbucktunnel) und Los 4 (Anschluss Bahntal) resultierten. Schliesslich beantragt die Vergabestelle, das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerinnen zu beschränken, soweit es sich um die Offerten der Konkurrenten (Dossiers 4 sowie 6-8) und aufgrund der damit verbundenen Verknüpfungen auch um den Evaluationsbericht und diverse Vergabeunterlagen (Dossiers 1 und 2) handle.

H.

Mit Eingabe vom 9. November 2012 (Posteingang: 12. November 2012) teilte die Zuschlagsempfängerin mit, sich nicht als Partei zu konstituieren, weshalb sie auch keine formellen Anträge stellte, aber trotzdem eine Stellungnahme in der Hauptsache einreichte.

I.
Am 14. November 2012 stellte das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen die Vernehmlassung der Vergabestelle und diejenigen Aktenstücke zu, in Bezug auf welche keine Vorbehalte angebracht wurden (Beilagen 1-13 der Vernehmlassung), mit Ausnahme von einer teilweise abgedeckten Kopie der Seite 8 des Evaluationsberichts. Zugleich gab es den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit, bis zum 23. November 2012 ihre Beschwerde zu ergänzen, soweit ihnen dies aufgrund der bisherigen Aktenkenntnis nicht möglich gewesen war.

J.
Mit Beschwerdeergänzung vom 23. November 2012 erneuerten die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen ihre Rechtsbegehren sowohl in prozessualer als auch in materieller Hinsicht. Die Beschwerdeführerinnen verweisen auf Ziff. 3.6 der Ausschreibungsunterlagen, wonach die Preisanalyse für sämtliche Positionen detailliert (nach Löhnen, Geräten, Material) erstellt werden müsse, unbesehen, ob Leistungen durch den Hauptunternehmer, Subunternehmer oder Lieferanten erbracht werden. Sie erklären, die Subunternehmerleistungen z. B. für die NBK 164, 171, 172, 222, 223 und 281 ebenfalls auf die Positionen Lohn, Material und Inventar aufgeschlüsselt zu haben. Die von der Vergabestelle in den Preisanalysen vorgeworfenen "unterschiedlichen Lohnansätze" und "Endzuschläge" seien darauf zurückzuführen, dass die entsprechenden Positionen Leistungen von Subunternehmern mit völlig unterschiedlichen Lohnansätzen enthielten. "Aufgrund des Endzuschlags von 1.12" seien die betreffenden Leistungen aber ohne Weiteres als Fremdleistungen erkennbar.

K.
Mit Stellungnahme zur Beschwerdeergänzung vom 10. Dezember 2012 hält die Vergabestelle an den in der Vernehmlassung gestellten Rechtsbegehren fest. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen sei keineswegs offensichtlich, dass sich die abweichenden Kostenansätze (Werkkosten und Endzuschläge) auf Fremdleistungen bezögen. Der jeweilige Endzuschlag für Fremdleistungen werde individuell durch den Anbieter kalkuliert und ergebe sich nicht ohne Weiteres aus der unvollständigen Offerte. Da die Kalkulationsunterlagen fehlten, hätten die Fremdleistungen nicht identifiziert werden können, und eine diesbezügliche Annahme hätte die Vergabestelle höchstens aufgrund einer Vermutung treffen können, was sich nicht mit dem Transparenzprinzip rechtfertigen lasse. Aus dem Umstand, dass im Abschnitt "Lohn" der Preisanalysen die

Bezeichnungen "Bauarbeiten", "Maschinist" und "Kranführer" verwendet worden seien, sei für die Vergabestelle nicht erkennbar, dass es sich dabei um Subunternehmerleistungen handle, sondern dies deute auf Eigenleistungen hin. Im Weiteren präzisiert die Vergabestelle, der Anteil an Subunternehmerleistungen liege mit 22.6% der Angebotssumme bereits nahe beim erlaubten Maximum von 25% gemäss Eignungskriterium 2. Ihrer Ansicht nach stehe die Behauptung der Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerdeergänzung, wonach die Leistungen für NPK 164 (Verankerung und Nagelwände) und 171 (Pfähle) durch Subunternehmer erbracht würden, in Widerspruch mit ihrer Angabe in der Offerte, wonach die massgebenden Arbeiten des Spezialtiefbaus (Pfahlwände, Anker, Bohrpfähle) durch die ALG4 ausgeführt würden. Die Leistungen zu den genannten NPK-Kapitel seien auch nicht in der Liste der Subunternehmer als solche deklariert worden und seien im Total der offerierten Fremdleistungen von CHF 7'967'000.00 (bei einer totalen Angebotssumme von CHF 35'225'013.75) auch nicht enthalten. Unter Berücksichtigung der Unterkapitel, für welche eine Preisanalyse verlangt worden sei bzw. der gesamten Summe für NPK 164 und 171 betrage der Anteil an Subunternehmerleistungen 30.1% bzw. 33.2%. Da die Beschwerdeführerinnen somit auch das Eignungskriterium 2 nicht erfüllten, hätten sie vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Diese Stellungnahme der Vorinstanz inklusive Beilagen 17-19 wurde den Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 zugestellt.

L.

Mit Stellungnahme vom 27. Dezember 2012 halten die Beschwerdeführerinnen an ihren Rechtsbegehren und bisherigen Ausführungen fest. Ihrer Ansicht nach hätten sie in ihrer Eingabe vom 23. November 2012 transparent ausgeführt, dass sie überall dort vom Kalkulationsschema der beiden ARGE-Gesellschaften abgewichen seien, wo sie aufgrund von Lieferanten, Subunternehmern oder konzerninternen Leistungen auch andere Preise verrechnet hätten. Das würde die Vergabestelle mit der von ihr eingereichten Beilage 17 bestätigen. Weiter erklären die Beschwerdeführerinnen, dass die in der genannten Beilage rot markierten konzerninternen Leistungen in den NPK Positionen 164 und untergeordnet in 171 durch die C._____ (eine Tochter der A._____) und D._____ (Tochter der B._____) ausgeführt würden. Dabei handle es sich um zulässige, nicht deklarationspflichtige konzerninterne und damit den ARGE-Mitgliedern selbst zuzurechnende Leistungen, nicht hingegen um eigenständige Subunternehmungen. Im Sinne der geforderten Preisanalysen handle es sich aber um Fremdleistungen, da die genannten Konzernein-

heiten anders kalkulieren (müssten). Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, die Vergabestelle könne Subunternehmer im Sinne der geforderten Angaben sowie Voraussetzungen der Submission einerseits und Fremdleistungen in den Begrifflichkeiten der Preisanalysen andererseits nicht gleichsetzen, ohne dabei das Willkürverbot zu verletzen. Damit erweise sich der nachgeschobene und deshalb von vorne herein nicht zu hörende Ausschlussgrund als inhaltlich unzutreffend.

M.
Mit Stellungnahme vom 11. Januar 2013 hält die Vergabestelle an ihren Anträgen und Ausführungen fest.

N.
Mit Verfügung vom 14. Januar 2013 hat das Bundesverwaltungsgericht die Stellungnahme der Vergabestelle den Beschwerdeführerinnen zugestellt und mitgeteilt, dass ein weiterer Schriftenwechsel nicht vorgesehen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (BVGE 2007/6 E. 1 mit weiteren Hinweisen).

1.2 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag bzw. den Ausschluss vom Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

1.3 Als ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13

E. 1.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.4). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschusswurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerinnen haben sich rechtsgenüglich durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG).

1.4 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind (BVGE 2004/48 E. 2.1 mit Hinweisen).

Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages die Schwellenwerte von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB diesem Gesetz unterstellt. Die ausgeschriebenen Arbeiten umfassen die Erstellung des Anschlusses Bahntal mit Baugrubenabschlüssen, Werkleitungen, Trasse, Stützmauern, Brücken und Tagbautunnel und stellen unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziffer 2.2 und 1.8). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB. Aufgrund des zugeschlagenen Offertpreises von CHF 44'883'331.00 ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der für die Anwendbarkeit des BöB erforderliche Schwellenwert für Bauwerke von 8,7 Millionen Franken (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 1 Bst. c Ziff. 1 der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 [AS 2011 5581]) erreicht ist. Die Vergabe erfolgte somit in Anwendung der bundesrechtlichen Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen.

2.

Die Vergabestelle schloss das Angebot der Beschwerdeführerinnen aus, weil in diesem wesentliche Bestandteile des Leistungsverzeichnisses (7.2 Kostengrundlagen) gefehlt hätten. Die Beschwerdeführerinnen räumen ein, dass sie zwei Dokumente - das Lohnnebenkostenschema und das Kalkulationsschema SBV – zwar erstellt und ausgefüllt, jedoch der Offerte nicht beigelegt hatten. Sie gehen indessen davon aus, dass beide Schemata bloss Hilfsblätter für die Ermittlung der Kostenansätze darstellten und die darin enthaltenen Angaben ohnehin in die abgegebenen Offertunterlagen eingeflossen seien. Der Ausschluss ihres Angebots verletze das

Verbot des überspitzten Formalismus, weil die Dokumente vorhanden gewesen seien und nicht nachträglich hätten geändert werden können. Durch ein nachträgliches Einverlangen seitens der Vergabestelle wären den Beschwerdeführerinnen keinerlei Vorteile bzw. ihren Konkurrentinnen keinerlei Nachteile entstanden. Zudem hätten widersprüchliche Angaben in den Ausschreibungsunterlagen dazu beigetragen, dass die zwei fraglichen Dokumente nicht zusammen mit der Offerte eingereicht worden seien (vgl. Sachverhalt Bst. D).

2.1 Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017, 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).

2.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein 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 werden kann (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 ist sodann nicht schon wegen unbedeu-

tender Mängel seines Angebots oder wegen eines Verhaltens mit Bagatellcharakter auszuschliessen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesen, zweite Auflage, Zürich/Basel/Genf 2007, N. 271 ff. 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). Die Praxis unterscheidet bei nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei Kategorien: 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. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). 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).

3.

Nachfolgend ist zu prüfen, ob das Lohnnebenkosten- und das Kalkulationsschema SBV als wesentliche Bestandteile des Leistungsverzeichnisses zu erachten sind und die Vergabestelle deren Nichteinreichung mit der Offerte als wesentlichen Formfehler einstufen durfte, um gestützt darauf das Angebot der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

3.1

In einem ersten Schritt wird geprüft, ob die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen klare Vorgaben zu den Erwartungen der Vergabestelle bezüglich der Vollständigkeit der einzureichenden Offerten und zu den Folgen im Fall der Missachtung solcher Vorgaben enthalten.

3.1.1 Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen haben einen Leistungsbeschrieb zu enthalten (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O.,

Rz. 225). Die Vergabeunterlagen haben die benötigten Waren und Dienstleistungen mittels eines umfassenden Produkte- oder Aufgabebeschriebs oder eines detaillierten Leistungsverzeichnisses zu beschreiben sowie alle Anforderungen an technische Spezifikationen, die erfüllt werden müssen, zu enthalten (vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. b VöB, sowie Art. 16 Abs. 1 VoeB i. V. m. Ziffer 3 lit. b und Ziffer 10 des Anhangs 4 zur VöB). Der Inhalt von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen ist für die Anbieter insofern von grossem Belang, als ein den Vergabeunterlagen nicht entsprechendes Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden kann.

3.1.2 Gemäss Punkt 2.8 der Ausschreibung ist das Leistungsverzeichnis (Amtsversion) in jedem Fall vollständig ausgefüllt und absolut unverändert einzureichen und das Leistungsverzeichnis ist durch den Anbieter zwingend in der Form abzugeben, wie es in PDF-Form in der Ausschreibung beigelegt ist, wobei auch nur geringfügig bewusst oder unbewusst abgeänderte Ausführungsunterlagen zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen.

Gemäss Checkliste einzureichender Dokumente gemäss Ziffer 2.1.3 der Bestimmungen zum Vergabeverfahren sind ein kompletter Ausdruck (Volltext in Papierform) des vollständig ausgefüllten EDV-Leistungsverzeichnisses (ohne Änderungen im Leistungsverzeichnis), sowie eine Diskette oder CD mit vollständig ausgefülltem Leistungsverzeichnis abgespeichert nach SIA 451/IFA92 (ohne Änderungen im Leistungsverzeichnis) einzureichen. In den Bestimmungen zum Vergabeverfahren Los 4, Seite 2, Ziffer 2.11, wird verlangt, dass das vollständig ausgefüllte, insbesondere mit Preisen ergänzte Leistungsverzeichnis (gemäss Ziffer 3 der vorgesehenen Vertragsurkunde) einzureichen ist.

Gemäss Ziffer 7 der Ausschreibungsunterlagen setzt sich das Leistungsverzeichnis für das hier fragliche Los wie folgt zusammen:

- 7.1 Deckblatt Leistungsverzeichnis, Kostenzusammenstellungen;

- 7.2 Kostengrundlagen, unterteilt in NPK 103 (7.2.1), Lohnnebenkostenschema SBV (7.2.2) und Kalkulationsschema SBV (7.2.3);

- 7.3 Produktionskostenindex (PKI), unterteilt in Grundlagen (7.3.1) und Zuteilung der NPK Leistungsverzeichnisse (7.3.2);

- 7.4 Leistungsverzeichnis Los 4.

Ziffer 7 der Ausschreibungsunterlagen (Leistungsverzeichnis) umfasst 8 Seiten. Im Leistungsverzeichnis NPK 103, S. 2 wird festgehalten, dass das Kalkulationsschema SBV vollständig einzureichen ist. In den Unternehmerangaben Los 4 werden der komplette Ausdruck des Leistungsverzeichnisses inkl. unterschriebenem Deckblatt, Kostenzusammenstellung, Kostengrundlagen (Register 7) sowie eine Diskette oder CD mit Leistungsverzeichnis (Register 7) in der Zusammenstellung der mit der Offerte abzugebenden Unterlagen ausdrücklich aufgeführt.

Die Seiten 5 (Lohnnebenkostenschema SBV) und 6 (Kalkulationsschema SBV) wurden der Offerte der Beschwerdeführerinnen nicht beigelegt.

3.1.3 Aus dem Ausschreibungstext ergibt sich widerspruchsfrei und unmissverständlich, dass die Vergabestelle die vollständige Ausfüllung und die absolut unveränderte Einreichung des Leistungsverzeichnisses gemäss den Ausschreibungsbeilagen ausdrücklich verlangt hat. Insbesondere waren das Lohnnebenkosten- und das Kalkulationsschema Tiefbau einzureichen. In Punkt 2.8 der Ausschreibung stellt die Vergabestelle explizit in Aussicht, dass bei nicht ausschreibungskonformer sowie unvollständiger Einreichung das Angebot ausgeschlossen würde. Dieser Hinweis gemäss Punkt 2.8 der Ausschreibung kann dahingehend interpretiert werden, dass die Missachtung dieser Formvorschriften den Ausschluss der Offerte aus dem Vergabeverfahren auslöst. Demnach gehen die Beschwerdeführerinnen fehl, wenn sie behaupten, dass die Einreichung beider Schemas in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt worden sei. Ihnen hätte indessen klar sein müssen, dass vollständig ausgefüllte Offertunterlagen nach dem Willen der Vergabestelle unverzichtbar waren, um die formelle Prüfung der Offerte überhaupt bestehen zu können.

Unbestrittenermassen haben die Beschwerdeführerinnen das Lohnnebenkostenschema SBV und das Kalkulationsschema SBV (Seiten 5 und 6 des Leistungsverzeichnisses) nicht mit ihrem Angebot und somit ein unvollständiges Leistungsverzeichnis eingereicht. Dieses Versehen erstaunt, wenn man unter Hinweis auf die unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vergabestelle bedenkt, dass die aus den gleichen Beschwerdeführerinnen bestehende Arbeitsgemeinschaft für das Los 3 desselben Projekts (Galgenbucktunnel), für welches die gleichen Ausschreibungsbedingungen galten, ein vollständiges Angebot eingereicht hat. In diesem Sinn werden ihre Vorbringen, die Ausschreibungsunterlagen seien mit Widersprüchen behaftet, zumindest stark relativiert, zumal die Beschwerdeführerinnen von der Möglichkeit, Unklarheiten hinsichtlich der einzurei-

chenden Dokumenten in der Frage-Antwort-Runde zu beseitigen, keinen Gebrauch gemacht haben.

Demnach ist aus rein formeller Sicht nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die festgestellte Unvollständigkeit aufgrund der klar formulierten Vergabebedingungen mit dem Ausschluss vom Vergabeverfahren sanktionierte. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts kann das Verbot des überspitzten Formalismus die Vergabestelle nicht dazu verpflichten, beim Anbieter eines unvollständigen Angebots fehlende Belege und Bescheinigungen nachzufordern, jedenfalls nicht, wenn die Ausschreibungsunterlagen den Ausschluss von unvollständigen Angeboten ausdrücklich angedroht haben (Urteil des Bundesgerichts 2C_197/2010 und 2C_198/2010 vom 30. April 2010, E. 6). In diesem Sinne ist das Vorgehen der Vorinstanz grundsätzlich nicht zu beanstanden und lässt sich mit der Ansicht des Bundesgerichts vereinbaren.

3.2 Andererseits räumt das Bundesgericht mit Hinweis auf seine weitere Praxis sowie auf OLIVIER RODONDI (La gestion de la procédure de soumission, in Droit des marchés publics 2008, Rz. 64 und 66) ein, dass der Ausschluss eines Angebots nur dann in Frage kommt, wenn der Verstoss gegen die Formvorschriften an und für sich schwerwiegend erscheint und sich dessen Schwere aus der Missachtung wesentlicher, in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabebedingungen ergibt (vgl. 2C_197/2010 und 2C_198/2010, E. 6.3 m. w. H.; vgl. auch vorne E. 2.2).

Aus diesem Grund ist vorliegend zu untersuchen, ob die Vergabestelle die Nichteinreichung des Lohnnebenkosten- und Kalkulationsschemas SBV als schwerwiegenden Verstoss gegen die vergaberechtlichen Formvorschriften ansehen und gestützt darauf das Angebot der Beschwerdeführerinnen aus dem Vergabeverfahren ausschliessen durfte.

3.2.1 Praxis und Doktrin gehen von einer schwerwiegenden Verletzung der vergaberechtlichen Formvorschriften aus, wenn die Eingabefrist nicht eingehalten wird und wenn das Angebot inhaltlich erheblich von den aufgestellten Vergabebedingungen divergiert; vorbehalten bleiben die Regeln über die Varianten und Fälle, wo die amtlichen Vorgaben schwere Mängel enthalten (vgl. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 273; HANS RUDOLF TRÜEB in: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II Kommentar - VKU, SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Rz. 7 ad Art. 19 BöB, jeweils mit Hinweise auf die

Praxis). Bei Unvollständigkeiten im Leistungsverzeichnis, die sich direkt auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, wie beispielsweise fehlende Preispositionen oder ähnliches, ist ein strenger Massstab anzulegen (vgl. DANIELA LUTZ, Die fachgerechte Auswertung von Offerten in: Aktuelles Vergaberecht 2008, Rz. 24-26; BVGE 2007/13 E. 3.3; vgl. Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005 E. 2a/aa; VG Graubünden U 01 109, zitiert in GALLI/MOSER/LANG/CLERC, a. a. O., Rz. 284). Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass im Rahmen der Offertbereinigung nur fehlerhafte arithmetische Operationen, nicht aber Fehler in der Preiserklärung eine Korrektur durch den Auftraggeber zu rechtfertigen vermögen (Urteil des Bundesgerichts 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000, E. 3b).

3.2.2 Die Beschwerdeführerinnen setzen das Lohnnebenkostenschema SBV und das Kalkulationsschema mit unwesentlichen Beilagen und Bescheinigungen gleich, deren Preisinformationen ihrer Ansicht nach direkt und identisch in die 81 Preisanalysen und in das Leistungsverzeichnis NPK 103 eingeflossen seien.

3.2.2.1 Gemäss Erklärung des Schweizerischen Baumeisterverbands (SBV) vom 2. November 2012 an die Zuschlagsempfängerin (Beilage 3 der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 8. November 2012) dienen das Lohnnebenkostenschema sowie das Kalkulationsschema SBV der Abbildung der Kalkulationsgrundlagen im Bauhauptgewerbe, sie stellen die ursprüngliche Kostengrundlage dar und sind für die Berechnung von Nachtragspreisen, Mengenänderungen und Teuerungsabrechnungen massgebend. In der selben Eingabe wird für den Fall, dass die SIA-Norm 118 zum Vertragsbestandteil erklärt wird, festgehalten, dass die erwähnten Schemas zwingend auszuschreiben bzw. einzureichen seien, andernfalls würde dem Bauherrn der Einblick in die ursprüngliche Kostengrundlage verwehrt. Vorliegend ist unbestritten, dass die SIA-Normen im fraglichen Vergabeverfahren Anwendung finden (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Dossier 3, Besondere Bestimmungen, Ziffer 720). Die Ausführungen des SBV im genannten Schreiben werden in der einschlägigen Doktrin bestätigt und ergänzt (vgl. JÖRG BUCHER, I. Kalkulation, in: Schweizerische Baurechtstagung 2007, S. 186 f.; DURI F. PRADER, in Peter Gauch (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118 – Art. 38-156, Vorbemerkungen zu Art. 62-83, S. 127 f.).

Angesichts der vorstehenden Ausführungen kann davon ausgegangen werden, dass die der Offerte der Beschwerdeführerinnen nicht beigeleg-

ten Schemata zumindest nicht als unbedeutend eingestuft werden können.

3.2.2.2 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dass die in den fraglichen Schemata enthaltenen Preisinformationen sich direkt und identisch in den 81 Preisanalysen und im Leistungsverzeichnis wieder fänden, wobei sie anhand eines konkretes Beispiels aufzuzeigen versuchen, dass die Angaben gemäss den Kalkulationsschemata mit der Preisanalyse für die Position 611.131 in NPK 151 "Kabelschacht 1000/1000" (Beschwerdebeilagen 14, 15 und 17) übereinstimmen. Um diese These zu untermauern, führen die Beschwerdeführerinnen allerdings nur ein einziges Beispiel an und sehen ansonsten davon ab, die von ihnen behauptete Datenübereinstimmung auch in Bezug auf die restlichen Positionen konkret zu veranschaulichen. Anhand eines einzigen Beispiels erweist es sich als schwierig, die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen auf ihre Begründetheit insgesamt hin zu überprüfen. Es ist im Übrigen nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, eine solche aufwändige Prüfung selbst an die Hand zu nehmen.

Indessen konnte die Vergabestelle unter Hinweis auf weitere konkrete Preisanalysen (vgl. Beilagen 2a-f der ersten Vernehmlassung) in nachvollziehbarer Weise darlegen, dass die Beschwerdeführerinnen fünf verschiedene Lohnansätze für Bauarbeiter sowie zwei verschiedene Lohnansätze für den Maschinisten und unterschiedliche Endzuschläge für die Kostenelemente Lohn, Material und Inventar aufgeführt haben. Aufgrund dieser Angaben sind plausible Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass bei der Vergabestelle eine gewisse Unsicherheit bezüglich der Kostenkalkulation der Beschwerdeführerinnen entstehen konnte, die selbst bei entsprechender Nachforderung der Schemata nicht hätte aufgewogen werden können. Wie die Vergabestelle überzeugend darlegt, hätten die Anpassungen der Ansätze in den Preisanalysen an die Kalkulationsgrundlagen zu einer Veränderung des Totals führen können und da die Einholung solcher Anpassungen erst nach Bekanntgabe der unbereinigten Preise der Offerenten erfolgt wäre, wäre eine solche Nachbesserungsmöglichkeit nicht mit dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot vereinbar gewesen.

Ebenso wenig können die Beschwerdeführerinnen aus ihren Ausführungen in der Beschwerdeergänzung etwas zu ihren Gunsten ableiten. Dort führen die Beschwerdeführerinnen die ihnen von der Vergabestelle vorgehaltenen unterschiedlichen Lohnansätze und Endzuschläge darauf zu-

rück, dass sie die durch Subunternehmer zu erbringenden Leistungen in den Preisanalysen – wie bei den Eigenleistungen – auf die Positionen Lohn, Material und Inventar aufgeschlüsselt haben. Hierbei verweisen sie auf die Arbeiten für NPK 164 (Verankerung und Nagelwände), NPK 171 (Pfähle), NPK 172 (Abdichtungen), NPK 222 und 222 (Pflästerungen und Belagsarbeiten) sowie NPK 281 (Fahrzeugrückhaltesysteme, Geländer). Die Leistungen der Subunternehmer enthielten völlig verschiedene Lohnansätze, seien aber aufgrund des Endzuschlags von 1.12 ohne Weiteres als Fremdleistungen erkennbar gewesen. Um die Aussage zu bekräftigen, dass die Lohnansätze und Zuschläge für sämtliche Eigenleistungen und Fremdleistungen gemäss den fehlenden Schemata in alle entsprechenden Preisanalysen eingeflossen seien, beschränken sie sich einzig auf die Angabe einer Preisanalyse (NPK 113.21.201) hinsichtlich Eigenleistungen sowie auf den Hinweis auf sechs von 81 Preisanalysen hinsichtlich Fremdleistungen, anstatt die einschlägigen Passagen in sämtlichen Preisanalysen hervorzuheben. Zudem verwickeln sich die Beschwerdeführerinnen in Widersprüche, wenn sie bezüglich der Leistungen für NPK 164 und 171 behaupten, diese von Subunternehmern erbringen zu lassen, aber dann in den Unternehmerangaben gemäss ihrer Offerte angeben, dass die massgebenden Arbeiten des Spezialtiefbaus (Pfahlwände, Anker, Bohrpfähle) durch die AGL4 ausgeführt werden.

Es lässt sich demnach nachvollziehen, dass die Beschwerdeführerinnen mit ihren Vorbringen keine hinreichende Klarheit über die Kostensituation in ihrem Angebot zu schaffen vermögen. Insbesondere konnten sie nicht überzeugend aufzeigen, dass die Angaben gemäss den nicht eingereichten Schemata sofort erkennbar, direkt, vollständig und unmissverständlich in die 81 Positionen eingeflossen und dass Eigen- und Fremdleistungen ohne Weiteres zu identifizieren sind.

3.2.3 Angesichts der vorstehenden Ausführungen und auch vor dem Hintergrund, dass die Beschwerdeführerinnen keine Einwendungen gegen die Erklärung des SBV erhoben haben, obwohl ihnen im Beschwerdeverfahren Gelegenheit dazu geboten wurde, bestehen zumindest gewisse Indizien dafür, dass den fraglichen Schemata nicht bloss eine untergeordnete Bedeutung oder eine bagatellarische Natur beigemessen werden kann, wie dies die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Rechtsprechung im Fall eines nicht korrekt ausgefüllten Preisblatts, einer nicht rechtskonformen Bankgarantie sowie einer fehlenden Unterschrift bereits angenommen hat (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts

B-1057/2012 vom 29. März 2012, E. 3.2 f.). Im Unterschied zum vorliegenden Fall konnten im genannten Beschwerdeverfahren die Mängel der Offerte als lediglich untergeordnete Unvollständigkeiten erachtet und im Rahmen der Offertbereinigung umgehend behoben werden. Indessen hat das Bundesverwaltungsgericht in einem anderen Beschwerdeverfahren es auch nicht als rechtswidrig erkannt, dass die Vergabestelle keine weiteren Abklärungen traf, nachdem sie ein Projekt nicht als genügende Referenz erachtet hatte (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008, E. 3.2.2.3). In dieser Hinsicht sei nochmals auf den Ermessensspielraum hinzuweisen, welcher der Vergabestelle zugestanden wird (vgl. vorne E. 2).

Im vorliegenden Fall durfte und musste von den Beschwerdeführerinnen schon aufgrund der klar formulierten Ausschreibungsunterlagen verlangt werden, dass sie ein vollständiges Leistungsverzeichnis, mithin ein vollständiges Angebot einreichen. Die von den Beschwerdeführerinnen nicht beigelegten Schemata können als bedeutende Grundbestandteile für die Preiskalkulation mit Bezug auf sämtliche Preise im Leistungsverzeichnis geeignet sein, Einfluss auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auszuüben und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie sich auf die Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots auswirken könnten. Nachdem es sich im Rechtsmittelverfahren ergeben hat, dass die Beschwerdeführerinnen verschiedene Lohnansätze und Endzuschläge offeriert haben und zumindest klärungsbedürftige Angaben im Zusammenhang mit Eigen- und Fremdleistungen vorgelegt wurden, ist wohl kaum wahrscheinlich, dass eine nachträgliche Ergänzung im Rahmen der Offertbereinigung ohne grossen Aufwand und ohne Verletzung der vergaberechtlichen Prinzipien hätte erfolgen dürfen. Im Interesse der Vergleichbarkeit der Offerten und unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebots durfte die Vergabestelle im vorliegenden Fall eine strenge Haltung einnehmen. Dies nicht zuletzt, weil allfällige nachträgliche Anpassungen mit einer gewissen Manipulationsgefahr verbunden sind. Ein Verstoss gegen das Verbot des überspitzten Formalismus ist demnach nicht ersichtlich. Unter den gegebenen Umständen konnten die Beschwerdeführerinnen von der Vergabestelle nicht erwarten, dass sie ihre Offerte auf einen vergleichbaren Stand bringt und bewertet (vgl. BVGE 2007/13 E. 6.3, Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 4.4).

3.3

3.3.1 Aufgrund der Ausführungen der Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeergänzung, wonach zahlreiche Leistungen – unter anderem die Leistungen für NPK 164 (Verankerungen und Nagelwände) und NPK 171 (Pfähle) – durch Subunternehmer bzw. selbständige Konzerneinheiten der Mutterhäuser erbracht werden sollen, hat die Vergabestelle in der darauf folgenden Stellungnahme die Angaben zu den Subunternehmerleistungen überprüft. Sie führt aus, der Anteil an Subunternehmerleistungen liege mit 22.6% der Angebotssumme bereits nahe beim erlaubten Maximum von 25% gemäss Eignungskriterium 2. Ihrer Ansicht nach stehe die Behauptung der Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerdeergänzung, wonach die Leistungen für NPK 164 (Verankerung und Nagelwände) und 171 (Pfähle) durch Subunternehmer erbracht würden, in Widerspruch mit ihrer Angabe in der Offerte, wonach die massgebenden Arbeiten des Spezialtiefbaus (Pfahlwände, Anker, Bohrpfähle) durch die ALG4 ausgeführt würden. Die Leistungen zu den genannten NPK-Kapitel seien auch nicht in der Liste der Subunternehmer als solche deklariert worden und seien im Total der offerierten Fremdleistungen von CHF 7'967'000.00 (bei einer totalen Angebotssumme von CHF 35'225'013.75) auch nicht enthalten. Unter Berücksichtigung der Unterkapitel, für welche eine Preisanalyse verlangt worden sei bzw. der gesamten Summe für NPK 164 und 171 betrage der Anteil an Subunternehmerleistungen 30.1% bzw. 33.2%. Aufgrund dieser Erkenntnisse erachtet die Vergabestelle das Eignungskriterium 2 als nicht erfüllt, weshalb die Beschwerdeführerinnen auch aus diesem Grund vom Verfahren hätten ausgeschlossen werden müssen.

Die Beschwerdeführerinnen erklären in ihrer Stellungnahme, dass die Leistungen in den NPK Positionen 164 und 171 durch die C._____ (eine Tochter der A._____) und die D._____ (Tochter der B._____) ausgeführt würden. Dabei handle es sich um zulässige, nicht deklarationspflichtige konzerninterne und damit den ARGE-Mitgliedern selbst zuzurechnende Leistungen, nicht hingegen um eigenständige Subunternehmungen. Im Sinne der geforderten Preisanalysen handle es sich aber um Fremdleistungen, da die genannten Konzerneinheiten anders kalkulieren (müssten). Wenn die Vergabestelle Subunternehmer im Sinne der geforderten Angaben und Voraussetzungen der Submission einerseits und Fremdleistungen in der Begrifflichkeit der Preisanalysen gleichsetze, verletze sie das Willkürverbot. Damit erweise sich der nachgeschobene und deshalb von vorne herein nicht zu hörende Ausschlussgrund als inhaltlich unzutreffend.

3.3.2 Vorliegend trifft es zu, dass die Vergabestelle erst im Rahmen der Stellungnahme zur Beschwerdeverbesserung im Rechtsmittelverfahren die Nichterfüllung des Eignungskriteriums 2 als weiteren Ausschlussgrund anführt. Die Lehre hat gegen eine solche Vorgehensweise insofern gewisse Bedenken gehegt, als dabei ein Risiko besteht, dass die Vergabebehörde die Begründung des Vergabeentscheids erst im Nachhinein für das Beschwerdeverfahren konstruiert und an die in der Beschwerde erhobenen Vorwürfe der Beschwerdeführer anpasst (vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104/2003, S. 1 ff., insbesondere S. 19-22). In der Praxis der Gerichte wird dieses Thema differenziert angegangen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat erkannt, dass neue Vorbringen der Vergabestelle nach der Beschwerdeantwort ausnahmsweise zulässig sind, soweit diese durch entsprechend ergänzte Vorbringen der Gegenseite veranlasst wurden oder sich auf nachträglich entdeckte erhebliche Tatsachen beziehen (vgl. VGr, 19 Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, bestätigt in VGr, 28. September 2011, VB.2011.00322, E. 4; vgl. auch Obergericht des Kantons Schaffhausen, OGE Nr. 60/2010/15 vom 3. September 2010 sowie Nr. 60/2003/16 vom 30. Januar 2004). Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen mit ihren Ausführungen in der Beschwerdeergänzung selber dazu beigetragen, dass die Vergabestelle im Rahmen der nachfolgenden Eingabe eine Erweiterung der Begründung vornahm. Nachdem sich die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Stellungnahme vom 2. Dezember 2012 zu den neuen Vorbringen haben äussern können, wäre eine allfällige Gehörsverletzung ohnehin als geheilt zu betrachten. Im Übrigen gelten im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht die Untersuchungsmaxime (Art. 12 VwVG) und der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 62 Abs. 4 VwVG), nicht aber das Rügeprinzip, wie dies zum Teil bei der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesgericht der Fall ist (vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, N. 37 f. zu Art. 62 VwVG; GIOVANNI BIAGGINI, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Rz. 9 ff. zu Art. 117 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110]). Aus diesem Gründen kann einer Berücksichtigung des erst nach der Beschwerdeantwort nachgeschobenen Ausschlussgrunds im vorliegenden Beschwerdeverfahren nichts entgegenstehen.

3.3.3 Im Punkt 3.8 der Ausschreibung wird vorausgesetzt, dass der Anteil der Leistungserbringung durch Unterakkordanten 25% nicht übersteigen darf. In der Beschwerdeergänzung und der Stellungnahme vom 27. Dezember 2012 erklären die Beschwerdeführerinnen, dass die Leistungen für NPK 164 und 171 durch ihre jeweiligen Tochtergesellschaften (C._____ und D._____) ausgeführt werden. Vom Standpunkt der Beschwerdeführerinnen aus gelten Tochtergesellschaften nicht als Subunternehmerinnen, ihre Arbeiten fallen dennoch unter Fremdleistungen, da sie anders kalkulierten. Die Beschwerdeführerinnen erachten mit Bezug auf die Eignungskriterien Konzernbetrachtungen als zulässig, umgekehrt seien etwa reine Lieferleistungen in den Begrifflichkeiten der Preisanalysen Fremdleistungen, welche nicht den Subunternehmen zuzuschreiben seien.

Die Sichtweise der Beschwerdeführerinnen ist nicht überzeugend. Tochtergesellschaften können allenfalls Subunternehmer oder Lieferant des Anbieters sein, ihre Tatsachen und Rechtspositionen können aber nicht dem Anbieter zugerechnet werden; das heisst: es gibt keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Tochtergesellschaften eines Bieters; dasselbe gilt für Konzerngesellschaften (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, N. 1374, 1378-1380). Eine Tochtergesellschaft wird dann zur Bieterin, wenn sie in eigenem Namen offeriert oder als Mitglied eines Konsortiums mit dem Anbieter eine Arbeitsgemeinschaft bildet (vgl. BEYELER, a. a. O., N. 1374). Vorliegend ist unbestritten, dass die zwei genannten Tochtergesellschaften nicht Teil der aus den Beschwerdeführerinnen zusammengesetzten Arbeitsgemeinschaft sind, weshalb die von ihnen ausgeführten Arbeiten nicht den Beschwerdeführerinnen zuzurechnen sind, sondern als Subunternehmerleistungen zu gelten haben. Daraus wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen die Arbeitsleistungen der Tochtergesellschaft nicht als Eigen-, sondern als Subunternehmerleistungen hätten ausweisen müssen. Andererseits durfte die Vergabestelle aufgrund der im Rechtsmittelverfahren neu gewonnenen Erkenntnissen die Beträge für die unzutreffend deklarierten Eigenleistungen für NPK 164 und 171 (CHF 2'649'021.50 nur für die Unterkapitel der NPK bzw. CHF 3'744'15'25 insgesamt; vgl. Beilage 17) zurecht zu den Beträgen für die offerierten Subunternehmerleistungen hinzurechnen sowie festhalten, dass der Anteil an Subunternehmerleistungen neu 30.1% (nur für die Unterkapitel) bzw. 33.2% (insgesamt) beträgt. Insofern ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle aufgrund der Überschreitung der maximalen Grenze für

Subunternehmerleistungen das dazugehörige Eignungskriterium als nicht erfüllt erachtet.

Mit Verweis auf BEYELER (a. a. O., Rz. 1367) räumen die Beschwerdeführerinnen ein, dass z. B. reine Lieferleistungen nicht mit Leistungen eines Subunternehmers gleichzusetzen sind. Das ist zwar zutreffend, weil für Lieferanten - im Unterschied zu Subunternehmern – grundsätzlich keine besondere Vorschriften gelten und ohne Einschränkung eingesetzt werden können (BEYELER, a. a. O., Rz. 1365, 1586 ff.). Wenig ersichtlich ist aber, welche Vorteile die Beschwerdeführerinnen mit dem gemachten Zitat zu erlangen beabsichtigen, zumal sie nicht substantiiert begründen, ob bzw. inwiefern es sich bei von den Tochtergesellschaft zu erbringenden Leistungen nun um reine Lieferleistungen handelt. Nach dem Gesagten und aufgrund der im Rechtsmittelverfahren vorgebrachten Argumente muss davon ausgegangen werden, dass das Eignungskriterium 2 als nicht mehr erfüllt gilt.

Bei diesem Ergebnis kann die Frage offen gelassen werden, ob den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Preisangebots der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre. Immerhin darf noch erwähnt sein, dass der Preisunterschied von 20% zwischen der Offerte der Beschwerdeführerinnen und derjenigen der Zuschlagsempfängerin im Offertöffnungsprotokoll scheinbar darauf zurückzuführen ist, dass im Offertenpreis der Zuschlagsempfängerin gemäss Offertöffnungsprotokoll der Skonto mit eingerechnet und ihre Offerte noch nicht bereinigt war.

4.

Die Beschwerdeführerinnen verlangen Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens, namentlich die detaillierten Auswertungsunterlagen (Evaluationsbericht inkl. Beilagen).

Im Beschwerdeverfahren werden vorab jene Akten beigezogen und zur Einsicht zur Verfügung gestellt, die sich als entscheiderheblich erweisen können, soweit keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen tangiert sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1052/2012 vom 29. März 2012, E. 5.2 und B-913/2012 vom 28. März 2012, E. 9). In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzustellen, dass dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen mit Verfügung vom 14. November 2012 bzw. 12. Dezember 2012 teilweise entsprochen wurde. Mit Verfügung vom 14. November 2012 wurden den Beschwerdeführerinnen eine teilweise abgedeckte Kopie der Seite 8 des Evaluationsberichts sowie ei-

ne Kopie des Beilagenverzeichnisses der Vorakten (Dokumente 1-8) zugestellt. Im offengelegten Auszug des Evaluationsberichts sind die Gründe für den Ausschluss der Offerte der Beschwerdeführerinnen enthalten. Die Beschwerdeführerinnen konnten auch in die Beilagen 1-13 der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 8. November 2012 Einsicht nehmen. In den Beilagen 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 11 befinden sich die einschlägigen Auszüge aus den Ausschreibungsunterlagen, welche über das Erfordernis des komplett und unverändert einzureichenden Leistungsverzeichnisses Aufschluss geben. In Beilage 3 (Schreiben des SBV vom 2. November 2012) äussert sich der SBV zur Tragweite des Lohnnebenkostenschemas sowie zum Kalkulationsschema SBV und deren zwingenden Einreichung mit der Offerte. Die Beilage 13 enthält das anonymisierte Offertöffnungsprotokoll. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2012 wurden den Beschwerdeführerinnen die Stellungnahme zur Beschwerdeergänzung der Vergabestelle vom 10. Dezember 2012 inklusive vier weiterer Beilagen übermittelt. In den Beilagen 15-17 sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, wonach die Angaben der Beschwerdeführerinnen in der Offerte bezüglich Ausführung der Arbeiten für Pfahlwände, Anker und Bohrpfähle durch die Arbeitsgemeinschaft oder Subunternehmen mit den Ausführungen im Beschwerdeverfahren im Widerspruch stehen. In Beilage 17 befindet sich eine von der Vergabestelle zusammengestellte tabellarische Übersicht der Subunternehmerleistungen der Beschwerdeführerinnen. Aufgrund der ihnen zur Verfügung stehenden Unterlagen konnten sich die Beschwerdeführerinnen ohne Weiteres ein Bild von den Gründen machen, die zum Ausschluss ihrer Offerte vom Vergabeverfahren geführt haben. Mit der Durchführung eines mehrfachen Schriftenwechsels hatten sie zudem Gelegenheit, ihren Standpunkt mehrmals zu erörtern. In Anbetracht der sich vorliegend stellenden Fragen konnte das Bundesverwaltungsgericht für das vorliegende Urteil ausschliesslich auf die Eingaben der Beschwerdeführerinnen und der Vergabestelle und auf die genannten Beilagen abstellen, so dass es sich erübrigt, das Akteneinsichtsrecht auf weitere Unterlagen auszudehnen. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerinnen in ihrem Begehren nicht substantiieren, warum und welche Dokumente sie neben dem Evaluationsbericht einsehen möchten.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen mit der Nichteinreichung des Lohnnebenkostensschemas sowie des Kalkulationsschemas Tiefbau ein ausschreibungswidriges Angebot vorlegte. Gemäss den klar formulierten Vergabebedingungen gelten beide Schemata als Bestandteile des Leistungsverzeichnisses, welches vollständig ausge-

füllt und absolut unverändert einzureichen war, widrigenfalls das Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werde. Von widersprüchlichen Angaben in der Ausschreibung sowie den Ausschreibungsunterlagen kann nicht die Rede sein. Die Beschwerdeführerinnen konnten nicht dartun, dass das Fehlen dieser Kalkulationsgrundlagen einen Mangel untergeordneter Bedeutung darstellt und nicht plausibel aufzeigen, dass die Angaben in den fehlenden Schemata ohnehin in einer Weise in die abgegebenen Preisanalysen eingeflossen seien, welche die Einreichung beider Schemata geradezu als überflüssig erscheinen liesse. Vielmehr haben sich aus den verschiedenen offerierten Lohnansätzen und Zuschlägen sowie widersprüchlichen Angaben hinsichtlich Eigen- und Subunternehmerleistungen Unklarheiten in der Kalkulation ergeben, welche geeignet sein können, auf die Bewertung der Wirtschaftlichkeit des Angebots Auswirkungen zu zeitigen. Es ist nicht auszuschliessen, dass nachträglich eingeholte Informationen zu einer unzulässigen Änderung der Angebotsgrundlagen und der offerierten Preise geführt hätten. Der Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom Vergabeverfahren verletzt somit weder das Verbot des überspitzten Formalismus noch das Verhältnismässigkeitsprinzip. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Vergabestelle das ihr zugestandene Ermessen nicht pflichtgemäss ausgeübt hätte. Zudem konnte die Vergabestelle im Rechtsmittelverfahren in nachvollziehbarer Weise darlegen, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen auch wegen Nichterfüllung des Eignungkriteriums 2 hätte ausgeschlossen werden müssen, da der maximal zulässige Anteil an Subunternehmerleistungen überschritten war.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund der Einreichung eines unvollständigen Angebots sowie mangels Eignung im Ergebnis zu Recht vom Vergabeverfahren ausschliessen durfte. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Aufhebung des Vergabeentscheides vom 5. Oktober 2012 und auf Erteilung des Zuschlags sowie der Eventualantrag auf Rückweisung der Sache an die Vergabestelle zur Vornahme einer neuen Angebotsbewertung sind daher abzuweisen. Die mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2012 superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung fällt mit dem Erlass des vorliegenden Urteils dahin. Damit erübrigt sich zugleich die Beurteilung des Antrags auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Soweit die Akteneinsichtsrechtsbegehren der Beschwerdeführerinnen durch die bis anhin gewährte Akteneinsicht nicht gegenstandslos geworden sind, sind sie abzuweisen.

6. Abschliessend ist noch über die Gerichtskosten zu befinden.

6.1 Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall, unter Berücksichtigung, dass kein Zwischenentscheid betreffend die aufschiebende Wirkung ergangen ist und ein verfahrensabschliessendes Urteil gefällt werden kann, ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 20'000.- festzusetzen. Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.- zu verrechnen. Der Saldo im Betrag von Fr. 10'000.- wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

6.2 Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die obsiegende Vergabestelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

6.3 Mit Eingabe vom 9. November 2012 (Posteingang: 12. November 2012) hat die Zuschlagsempfängerin zwar formell ihren Verzicht erklärt, eigene Anträge zu stellen und sich als Partei zu konstituieren, aber trotzdem Ausführungen zur Begründetheit der Beschwerde in der Hauptsache gemacht. Die Klärung der Parteistellung der Zuschlagsempfängerin ist in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko von Belang. Grundsätzlich kann es nicht angehen, dass eine Zuschlagsempfängerin durch den Verzicht, sich als Partei zu konstituieren aber gleichzeitig durch die Einreichung einer Stellungnahme in der Hauptsache das Kostenrisiko in unzulässiger Weise zu umgehen versucht. Vorliegend decken sich die Ausführungen der Zuschlagsempfängerin in ihrer Stellungnahme aber weitgehend mit denjenigen der Vergabestelle und teilweise wurden dieselben Beilagen herangezogen. Bei dieser Sachlage erhellt, dass die Stellungnahme der Zuschlagsempfängerin keinen zusätzlichen prozessualen Aufwand verursacht und zu keiner Verfahrensverteuerung zu Lasten der Beschwerdeführerin geführt hat. Würde man der Zuschlagsempfän-

gerin Parteistellung attestieren, wäre sie als obsiegende Partei zu betrachten, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen wären.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 20'000.- werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt. Sie werden mit dem von ihnen geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 30'000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 10'000.- wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.

3.
Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.
Das Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 9. November 2012 wird den Beschwerdeführerinnen zur Kenntnis zugestellt.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde; Beilagen: Rückerstattungsformular sowie gemäss Ziff. 4);
– die Vergabestelle (Ref-Nr. Simap-Nr. 750715; Gerichtsurkunde);
– die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben).

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Francesco Brentani	Corrado Bergomi

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 28. Februar 2013