

BVGer B-1528/2017 vom 27. September 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1528_2017

FR: TAF B-1528/2017 du 27 septembre 2017

IT: TAF B-1528/2017 del 27 settembre 2017

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (vgl. BVGE 2007/6 E. 1 m. H.).

E. 1.1

Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren 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).

E. 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 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

E. 1.2.1

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und daher nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a BöB diesem Gesetz unterstellt.

E. 1.2.2

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA. Anders als für Bauleistungen und Lieferungen, die in sachlicher Hinsicht grundsätzlich allesamt dem staatsvertraglichen Vergaberecht und damit auch dem BöB unterstellt sind, gilt für Dienstleistungen nach GPA (vgl. Anhang I Annex 4) eine sogenannte Positivliste (so auch der Anhang 1a der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Entsprechend verweist Art. 5 Abs. 1 Bst. b

BöB auf den Anhang I Annex 4 GPA. Nur Dienstleistungen, die auf dieser Positivliste aufgeführt sind, unterstehen den Staatsverträgen und damit dem BöB. Hierfür massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Vergabestelle hat die Beschaffung unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71300000 - Dienstleistungen von Ingenieurbüros aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov den Referenznummern 86721 bis 86739. Diese gehören zu den Klassen 8672 "Engineering services" und 8673 "Integrated engineering services" und sind Teil der Gruppe 867 "Architectural, engineering and other technical services". Diese Gruppe wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur VöB) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

E. 1.2.3

Gemäss Ziff. 3.2 der angefochtenen Verfügung wurde der Zuschlag zu einem Preis von CHF 424'690.75.- exkl. MWST vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. b der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen CHF 230'000.-. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

E. 1.2.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben. Somit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerinnen haben am in Frage stehenden Vergabeverfahren teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Sie stellen vorliegend den Antrag auf Aufhebung des Absageschreibens bzw. der Zuschlagsverfügung vom 21. Februar 2017 und die Erteilung des Zuschlags an sie, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vergabestelle mit der Anordnung, eine rechtskonforme Angebotsauswertung vorzunehmen und über den Zuschlag neu zu verfügen, sub-eventualiter die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Absageschreibens bzw. der Zuschlagsverfügung. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen hat den zweiten Rang erreicht. Wird ihrem Antrag stattgegeben, würden sie - anstelle der Zuschlagsempfängerin - den Zuschlag im ersten Rang erhalten. Nachdem ihnen damit reelle Chancen auf einen Zuschlag zugerechnet werden können, sind sie zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG; BGE 141 II 14 E. 4.4).

E. 1.4

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11. Abs. 2 VwVG).

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) massgebend, 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.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerinnen machen hauptsächlich geltend, dass die Zuschlagsempfängerin ein nicht ausschreibungskonformes Angebot eingereicht habe, indem diese nicht das neue zwingend zu berücksichtigende, sondern noch das alte auf SIMAP abrufbare Formular für die Honorarberechnung-Leistungstabelle verwendet habe, welches für die Honorarreserve eine Vorgabe von CHF 100'000.- und nicht einen Anteil von 12% des Honorarangebots gemäss neuem Formular vorsah. Da der Unterschied zwischen den Honorarreserven einen erheblichen Einfluss für die Preisgestaltung der variablen Teile des Angebots habe und sich diese Position auf den Gesamtbetrag merklich auswirke, hätte das Angebot der Zuschlagsempfängerin zwingend ausgeschlossen werden müssen. Dies umso mehr, als nicht vorhergesehen werden könne, wie die Zuschlagsempfängerin aufgrund der richtigen Honorarreserve kalkuliert hätte. In der Eventualbegründung vertreten die Beschwerdeführerinnen die Ansicht, dass die von der Vergabestelle vorgenommenen Änderungen im Rahmen der Bereinigung unzulässig seien. Dabei sei entscheidend, dass für jeden rationalen Anbieter bei Verwendung der alten statt der neuen Tabelle hohe Anreize bestanden hätten, den Rabatt erst auf den Gesamtbetrag und nicht auf Stufe Stundenhonorar zu gewähren, um auf diese Weise die Bauherrenreserve zu reduzieren. Demnach hätte die Vergabestelle die Bereinigung nicht durch die Überführung der alten Tabelle der Zuschlagsempfängerin in eine neue vornehmen dürfen. Denn so habe die Vergleichbarkeit der Offerten nicht hergestellt werden können. Durch ihre Bereinigung habe die Vergabestelle den eigentlichen Vertragswillen der Zuschlagsempfängerin verfälscht und in Verletzung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieter einem Nichtangebot den Zuschlag erteilt. Die Beschwerdeführerinnen erachten es als selbstverständlich, dass in Kenntnis des Angebotspreises auch kein Raum für Rückfragen bestanden habe, so dass nur der Ausschluss der Offerte der Zuschlagsempfängerin in Frage komme.

E. 3.2

Dagegen führt die Vergabestelle aus, dass die Einreichung der alten Honorartabelle auf einem Versehen beruhe. Vorliegend sei von einer geringfügigen Abweichung von den Vorgaben der Vergabestelle auszugehen. Vor diesem Hintergrund liege der Entscheid über die Bereinigung der Offerte im Ermessen der Vergabestelle. Zugleich habe die Vergabestelle den wirklichen Willen der Zuschlagsempfängerin erkannt, weshalb sie die Bereinigung habe vornehmen dürfen, ohne dass Rückfragen erforderlich gewesen wären. Im Übrigen habe die Vergabestelle nicht in die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin eingegriffen, die mit Ausnahme der Vorgabe für die Honorartabelle unverändert geblieben sei, d.h. die Leistungen seien vor und nach der Bereinigung zu identischen Konditionen gemacht worden. Ein Ausschluss der Zuschlagsempfängerin hätte gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstossen. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen

sei die Gewährung eines hohen Rabattes auch durch die neue Honorartabelle möglich gewesen. Im Übrigen hätten die Beschwerdeführerinnen mit der neuen Tabelle einen praktisch identischen Rabatt wie derjenige der Zuschlagsempfängerin offeriert.

E. 4.1.1

Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zu-grunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. Urteil des BGer 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1; BVGE 2007/13 E. 3.1 und Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1, je mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3).

Dementsprechend sind denn auch sowohl die Eignung der Anbieter als auch die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist ein-gereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3; Entscheid der BRK 2003-015 vom 1. September 2003, veröffentlicht in VPB 68.10 E. 3c/aa; Entscheid der BRK 2002-011 vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 E. 2b). Fehlen wesentliche Angaben oder Belege oder weicht eine Offerte wesentlich von einer Vorgabe der Ausschreibung ab, so muss die Vergabestelle grundsätzlich die Offerte ausschliessen, andernfalls würde sie gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstossen. Handelt es sich dagegen lediglich um unbedeutende Mängel, so verfügt die Vergabestelle über einen gewissen Ermessensspielraum, ob sie die Offerte durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen will. Unter Umständen, insbesondere, wenn der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann, ist die Vergabestelle sogar, aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus bzw. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, dazu verpflichtet (vgl. Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5, m.H.; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 1914 m. w. H.).

E. 4.1.2

Es ist unbestritten, dass die Zuschlagsempfängerin ihrer Offerte nicht das neue zwingend zu berücksichtigende, sondern noch das alte Formular für die Angebotszusammenstellung beigelegt hat, weshalb von einer wesentlichen Abweichung von einer Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen auszugehen ist. Es kann offen bleiben, ob dies bewusst oder unbewusst geschah und ob die Vergabestelle das Angebot der Zuschlagsempfängerin wegen fehlender Ausschreibungskonformität hätte vom Vergabeverfahren ausschliessen müssen. Vorliegend verhält es sich so, dass die Vergabestelle das Angebot der Zuschlagsempfängerin im Verfahren belassen und dieses insofern selbst bereinigt hat, als sie die alte Honorartabelle in die neue überführt hat. Die massgebende Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt, ist somit, ob die durch die Vergabestelle einseitig vorgenommene Bereinigung ohne Einholung von Rückfragen bei der Zuschlagsempfängerin dem Vergaberecht standhält.

E. 4.2

Im Vergaberecht gilt das Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten nach deren Einreichung bei der Vergabehörde (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., 2013, Rz. 710 ff.). Vom diesem Grundsatz kann insofern abgewichen werden, als die Auftraggeberin die Angebote in technischer und rechnerischer Hinsicht nach einem einheitlichen Massstab so bereinigt,

dass sie objektiv vergleichbar sind (Art. 25 Abs. 1 VöB). Die Vergabestelle muss zudem die Kontaktaufnahme nachvollziehbar festhalten (Art. 25 Abs. 2 VöB). Im Unterschied zur Bestimmung § 28 Abs. 2 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (VRöB) und zu anderen kantonalen vergaberechtlichen Vorschriften enthält das Vergaberecht des Bundes keine ausdrückliche Regelung hinsichtlich der Berichtigung von offensichtlichen Fehlern, wie z. B. Rechnungs- und Schreibfehlern. Eine solche lässt sich jedoch aus Art. 25 Abs. 1 VöB ableiten (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 2164).

E. 4.3

Die Grenze zwischen einer (zulässigen bzw. sogar gebotenen) nachträglichen Korrektur von unbedeutenden Formmängeln einerseits und einer dem Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten zuwiderlaufenden Abänderung der Angebote kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen (vgl. Etienne Poltier, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 354, FN. 223; Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 713 ff.).

E. 4.3.1

Das Bundesgericht lässt die Korrektur von Kalkulations- und Erklärungsfehlern zu, sofern diese offensichtlich sind und der tatsächliche Wille des Anbieters "eindeutig feststeht" (Urteil des BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b). Demgegenüber hält Hubert Stöckli analog der Behandlung von Rechnungsfehlern eine Berichtigung solcher Fehler nur dann für zulässig, wenn der Anbieter ihr zustimmt und die Berichtigung ohne Auswirkung auf die Schlussrangierung der bewerteten Angebote bleibt (vgl. BR/DC 1/2002 S. 3 ff. zitiert von Stefan M. Scherler in BR/DC 2010 S18 S. 95). In den übrigen Fällen ist nach Hubert Stöckli das Angebot auszuschliessen, sofern nicht der Anbieter seinen (fehlerhaften) Preis - allenfalls aufgrund von Erläuterungen - ausdrücklich bestätigt (ibidem). Ein Ausschluss des Angebots könnte daher insbesondere dann in Frage kommen, wenn die vorgenommene Korrektur des Fehlers im Angebot zuschlagsrelevant würde (vgl. auch Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2166 f.). In einem neueren Urteil hat das Bundesgericht erkannt, dass einer Korrektur von Fehlern durch die Vergabestelle nichts entgegensteht, wenn die Berichtigung nicht geeignet ist, das Ergebnis des Vergabeverfahrens abzuändern (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.4 "les corrections apportées n'étaient de nature à modifier le résultat de l'adjudication"). Für das Bundesgericht kann die Ermittlung des tatsächlichen Willens des Anbieters sowohl aus dem Angebot und den Umständen als auch aus der Einholung von Erläuterungen beim Anbieter resultieren (vgl. Urteil des BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b sowie BGE 141 II 352 E. 8.2.4). Demgegenüber erachtet die Doktrin die Einholung von Erläuterungen beim Offerenten im Lichte des Gleichbehandlungsprinzips als problematisch. So erblickt Martin Beyeler in einer nachträglichen Erklärung des Bieters keine Erläuterung des bereits seit Offerteingabe Bestehenden, sondern vielmehr eine Nachofferte (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2156 FN 2031). In diesem Sinne äussert sich auch Hubert Stöckli, der eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots annimmt, wenn einem Anbieter die Gelegenheit eingeräumt wird, sein Angebot nachträglich rangwirksam zu modifizieren (vgl. BR/DC 1/2002 S. 3 ff. zitiert von Stefan M. Scherler in BR/DC 2010 S18 S. 95).

E. 4.3.2

Im Ergebnis ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass sich Korrekturen durch die Vergabestelle in der Regel auf offensichtliche Fehler zu beschränken haben und

voraussetzen, dass sich ohne Zweifel erschliessen lässt, was der Anbieter in Abweichung von seiner ursprünglich abgegebenen Erklärung tatsächlich wollte. Ist entweder der Fehler nicht offensichtlich, wurde der wirkliche Wille des Anbieters nicht eruiert, lässt er sich nicht eruieren oder wirkt sich die Korrektur zuschlagsrelevant aus, stellt sich die Frage, ob das Angebot auszuschliessen ist.

E. 4.4

Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien (vgl. Art. 9 Abs. 2 BÖB) bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegeben "Spielregeln des Verfahrens". Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch, nach Treu und Glauben behandelt zu werden (vgl. Art. 5 Abs. 3 und 9 BV), schützt den Anbieter, der sein Angebot so verfasst und diejenige Nachweise beigebracht hat, von denen er aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen. Indem das Transparenzprinzip vom öffentlichen Auftraggeber verlangt, dass er sich an die Ausschreibung und die im Voraus bekannt gegebenen Ausschreibungsbedingungen hält, nähert sich dieser Grundsatz in diesem Punkt dem Prinzip von Treu und Glauben und dem Diskriminierungsverbot. Weicht die Vergabestelle von den von ihr im Voraus festgelegten Spielregeln des Verfahrens ab, legt sie ein Verhalten an den Tag, das einer typisch diskriminierenden Manipulation des Ergebnisses des Vergabeverfahrens nahe kommen kann (Poltier, a. a. O., Rz. 259).

E. 4.5

Im Lichte der zitierten Lehre und Rechtsprechung ist nachfolgend zu untersuchen, ob die durch die Vorinstanz vorgenommene Korrektur als zulässig zu betrachten ist. Es ist unbestritten, dass die Zuschlagsempfängerin nicht die angepasste und zwingend zu berücksichtigende, sondern die ursprüngliche Version der Honorarberechnungsleistungstabelle verwendet hat. Die Benutzung der falschen anstatt der verbindlichen Honorartabelle stellt ohne weiteres eine Abweichung von einer zwingend vorgeschriebenen Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen dar. Zugleich ist sie ein Hinweis auf einen Fehler im Angebot.

E. 4.5.1

Ob die Einreichung der falschen Angebotszusammenstellungstabelle als offensichtlicher Fehler im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen bleiben. Dies umso mehr, als das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichtfertig angenommen werden darf (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 729). Des Weiteren ist zu beachten, dass allein die Offensichtlichkeit des Fehlers an sich nicht ausreicht, um diesen zu korrigieren (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Rz. 2156). Vielmehr muss auch klar sein, was der Anbieter wirklich erklären wollte (vgl. nachstehend E. 4.5.2 ff.). Übertragen auf den vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin das Formular für die neue Honorartabelle mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gleich wie die Vorinstanz ausgefüllt hätte, wenn sie das neue Formular verwendet hätte.

E. 4.5.2

Hinsichtlich der Voraussetzung, ob der tatsächliche Wille der Zuschlagsempfängerin eindeutig feststeht, ist Folgendes festzuhalten.

E. 4.5.2.1

Wie aus der Sachverhaltsdarstellung hervorgeht, hat die Vorinstanz die angepasste Version der Angebotszusammenstellungstabelle einen Tag nach der Publikation der Ausschreibung mit der neuen Vorgabe für die Honorarreserve im SIMAP hochgeladen. Mit E-Mail vom 19. Oktober 2016, die durch die Publikationsplattform SIMAP versendet wurde, hat die Vergabestelle die Anbieter, die bis zu diesem Zeitpunkt als Anbieter registriert waren, entsprechend informiert und aufgefordert, die angepasste Tabelle bei der Einreichung der Offerte zwingend zu berücksichtigen. Die ursprüngliche Honorartabelle wurde nicht entfernt und war gleichwohl online auf SIMAP in einem zip-File verfügbar. Weil die Zuschlagsempfängerin die Unterlagen erst am 24. Oktober 2016 heruntergeladen hat, konnte sie die genannte E-Mail zwar nicht erhalten. Die Vergabestelle räumt aber selbst ein, es sei unbestritten, dass die Zuschlagsempfängerin neben der ursprünglichen Version der Honorarkalkulationstabelle auch über die neue Version verfügen konnte. Die Vergabestelle bestreitet die Schilderung der Beschwerdeführerinnen nicht, wonach im SIMAP ein ausdrücklicher Hinweis angebracht wurde, dass die Ausschreibungsunterlagen modifiziert worden waren. Die soeben geschilderten Sachverhaltselemente erlauben höchstens eine Würdigung der Frage, ob die Zuschlagsempfängerin durch die Verwendung und Einreichung des alten Formulars gegen die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen versties, nicht aber der Frage, ob sie trotz Einreichung des alten Formulars neu eine Honorarreserve von 12% des Honorarangebots tatsächlich offerieren wollte.

E. 4.5.2.2

Im Weiteren gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass die Vergabestelle die Anpassung der Vorgabe zur Honorarreserve neu festgelegt hat, um die Gleichbehandlung der Anbieter sicherstellen zu können. Gemäss Sachverhaltsdarstellung der Vergabestelle war die alte Honorartabelle geeignet, diejenige Gruppe von Offerenten zu bevorzugen, welche den Rabatt auf die gesamte Summe gewährte, indem diese Kalkulationsmethode die Höhe der Reserve über den Rabatt reduzieren konnte. Wie die Vergabestelle selbst einräumt, ist davon auszugehen, dass sich die Anbieter mit der alten Version der Honorartabelle einen grösseren Vorteil durch den Rabatt als durch entsprechend reduzierte Stundenansätze verschaffen konnten. Dies im Unterschied zu derjenigen Kategorie von Offerenten, die den Rabatt direkt auf den Stundenansätzen gewährte und deshalb benachteiligt worden sei, weil sich der Rabatt nicht auf die Bauherrenreserve auswirken konnte. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung, dass die Honorarreserve als vorgegebener Bestandteil des Bruttobehalts auf die Gesamtsumme des Angebots schlägt, lässt sich nicht ausschliessen, dass ein rational denkender Anbieter nach der allgemeinen Lebenserfahrung den Angebotspreis bezüglich der variablen Teile anders kalkulieren würde, je nachdem ob die Honorarreserve als fixer Betrag (CHF 100'000.-) oder als prozentualer Anteil (12%) der Angebotssumme festgelegt wurde. Wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht einräumen, ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Verwendung der alten Honorartabelle möglicherweise geeignet war, Anreize zu setzen, um einen höheren Rabatt auf die Gesamtsumme und zugleich auf die Stundenansätze zu gewähren, um damit die Bauherrenreserve zu reduzieren. Es scheint demnach nicht ausgeschlossen, dass ein Anbieter bei Verwendung des neuen Formulars den Rabatt anders als bei Verwendung des alten offerieren würde. Aufgrund dieser Unsicherheit lässt sich nicht nachvollziehen, dass

die Vergabestelle zum Schluss kommt, die Zuschlagsempfängerin hätte den gleichen Angebotspreis auch mit der neuen Honorartabelle offeriert, wenn sie selbst und aus freien Stücken das richtige, d. h. das neue Formular verwendet hätte. Im Übrigen erlauben die weiteren Argumente der Vergabestelle, wonach kein Anbieter den Preis seiner Offerte absichtlich erhöhe und sich die Zuschlagsempfängerin an den Ansätzen der KBOB für das freihändige Verfahren orientiert habe, keine genügend gesicherten Aufschlüsse über die Frage, wie das Honorarangebot der Zuschlagsempfängerin im Vergleich zur unkorrigierten Offerte lauten würde, wenn sie das neue Formular benutzt hätte.

E. 4.5.2.3

Entgegen der Behauptung der Vergabestelle in ihrer Eingabe vom 5. Juli 2017 gehen aus dem Schreiben der Zuschlagsempfängerin vom 22. Mai 2017 keine Anhaltspunkte hervor, die auf deren tatsächlichen Willen oder Zustimmung für die Korrektur der Vergabestelle schliessen liessen.

E. 4.5.2.4

Aufgrund einer Gesamtwürdigung der Sachverhaltselemente und unter Berücksichtigung von Bedeutung und Tragweite der Honorarreserve im konkreten Zusammenhang lässt sich nicht mit genügender Sicherheit feststellen, ob die Zuschlagsempfängerin das Formular für die neue, zwingend zu berücksichtigende Angebotszusammenstellungstabelle genau gleich und mit dem gleichen Ergebnis wie die Vergabestelle ausgefüllt hätte, wenn sie es tatsächlich benutzt hätte bzw. ob die Zuschlagsempfängerin ihr Angebot auch bei Verwendung der neuen Honorartabelle gleich wie bei Verwendung der alten kalkuliert hätte. Der damalige hypothetische Wille der Zuschlagsempfängerin kann auch nicht aus dem Angebot selber oder aus den Umständen abgeleitet werden. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vergabestelle allein durch die Einreichung des alten Formulars für die Angebotszusammenstellung und ohne Rückfragen den tatsächlichen Willen der Zuschlagsempfängerin nicht habe erkennen können, ist ihre Beschwerde begründet. Indessen vermögen die diesbezüglichen Ausführungen der Vergabestelle nicht zu überzeugen.

E. 4.5.3

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nicht mit genügender Sicherheit feststeht, wie und mit welchem Resultat die Zuschlagsempfängerin angeboten hätte, wenn sie für Ihre Offerte selbst das neue Angebotsformular verwendet hätte. Die durch die Vergabestelle einseitig vorgenommene Korrektur, welche zuschlagsrelevant ausfiel (vgl. nachfolgend E. 4.5.4), erfolgte somit in Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes und nicht nach Massgabe des Prinzips der Unveränderlichkeit der Offerten und der Transparenz. Zur Einhaltung dieser Grundsätze hätte die Vergabestelle das neue Formular nicht anstelle der Zuschlagsempfängerin ausfüllen dürfen. Vielmehr wäre von ihr zu erwarten gewesen, dass sie beispielsweise von der Zuschlagsempfängerin eine gemäss neuem Formular berichtigte Offerte verlangt und hierzu eine kurze Nachfrist ansetzt.

E. 4.5.4

Weiter gilt es zu berücksichtigen, dass sich die vorliegend zu Recht beanstandete Bereinigung durch die Vergabestelle - wie bereits erwähnt - entscheidend auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ausgewirkt hat, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

E. 4.5.4.1

Aus Seite 4 des Evaluationsberichts geht hervor, dass die Übertragung der Angaben der Zuschlagsempfängerin in die aktuelle und von allen anderen Anbietern verwendete Honorartabelle eine Änderung des Preises von CHF 454'366.75 gemäss Offertöffnungsprotokoll auf CHF 424'690.75 (exkl. MWST) bewirkt hat. Der anonymisierten Übersicht der Auswertung (Beschwerdebeilage 4) kann entnommen werden, dass die Zuschlagsempfängerin (Anbieter A) für die bereinigte Angebotssumme die maximale Anzahl Punkte (150) beim Zuschlagskriterium Preis erhielt, währenddessen die Beschwerdeführerinnen (Anbieter E) mit 144 Punkten bewertet wurden und beim Zuschlagskriterium Preis das drittbeste Resultat erreichten. In den übrigen zwei Zuschlagskriterien "Schlüsselpersonen" und "Aufgabenanalyse und Vorgehensvorschlag, Risikoanalyse" wurden die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerinnen mit der höchstmöglichen Punktezahl honoriert (160 bzw. 120 Punkte). Auf diese Weise erreichte die Zuschlagsempfängerin im Ergebnis den ersten Rang mit 430 Punkten, während die Beschwerdeführerinnen mit 424 Punkten auf den zweiten Rang zu liegen kamen. Erst die von der Vergabestelle einseitig vorgenommene Berichtigung hat schliesslich dazu geführt, dass der Offerte der Zuschlagsempfängerin und nicht derjenigen der Beschwerdeführerinnen der Zuschlag erteilt wurde.

E. 4.5.4.2

Die einseitige Fehlerberichtigung durch die Vergabestelle in Verbindung mit der letztlich nicht überzeugenden Annahme, dass die Zuschlagsempfängerin bei angenommener Verwendung des richtigen Angebotsformulars genauso offeriert hätte, wie von der Vergabestelle behauptet, bevorzugt in unzulässiger Weise die Zuschlagsempfängerin zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen, womit eine Verletzung des Gleichbehandlungs- und Transparenzprinzips auf der Hand liegt.

E. 4.5.4.3

Im Ergebnis steht fest, dass die direkte Korrektur der Offerte der Zuschlagsempfängerin durch die Vergabestelle nicht zulässig war. Eine nachträgliche Korrektur, nachdem der zum vermeintlichen Erfolg führende Zuschlagspreis bekannt ist, scheint nicht mehr möglich, so dass einzig der Ausschluss der Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren verbleibt.

E. 5

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Zuschlag ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und das Angebot der Zuschlagsempfängerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, auf die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf weitere Akteneinsicht, einzugehen. Mit vorliegendem Urteil in der Hauptsache wird das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 6

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück (Art. 32 Abs. 1 BöB). Insbesondere dort, wo noch Fragen zu entscheiden sind, be-züglich derer der Vergabestelle Ermessen zukommt, fällt eine direkte Er-teilung des Zuschlags durch das Gericht ausser Betracht (vgl. hierzu die Urteile BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 6, B-738/2012 vom 24. Oktober 2012 E. 2.2 sowie B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 9.2; Galli/MOser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1395 f.). Ein Entscheid in der Sache wäre hingegen dann am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als

spruchreif erschiene (vgl. Urteil des BVGer B- 8115/2015 vom 6. Oktober 2016 E. 10 m. w. H.; vgl. auch Jean-Baptiste Zufferey/Valérie Do/Manuel Jaquier, L'autorité de recours peut-elle juger elle-même? in BR/DC 2016 S. 31 ff., insbesondere Z. 8).

E. 6.1

Vorliegend hat sich ergeben, dass die Vergabestelle das den Ausschreibungsunterlagen nicht entsprechende Angebot der Zuschlagsempfängerin nicht hätte bereinigen dürfen, womit dieses vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre, sodass einzig noch das im zweiten Rang platzierte Angebot der Beschwerdeführerinnen für den Zuschlag in Frage kommt. Bei dieser Sachlage gilt noch zu berücksichtigen, dass das vorliegende Vergabeverfahren zu Ende geführt wurde und sämtliche Offerten evaluiert werden konnten. Mit dem Wegfall des Angebots der Zuschlagsempfängerin schneidet die Offerte der Beschwerdeführerinnen im Gesamtergebnis am besten ab (maximale Anzahl Punkte bei den Zuschlagskriterien 1 "Schlüsselpersonen" und 2 "Aufgabenanalyse und Vorgehensvorschlag, Risikoanalyse, zweitbesten Preis). Da sich das Ergebnis des Verfahrens leicht korrigieren lässt, sind die Voraussetzungen für eine reformatorische Gutheissung der Beschwerde gegeben. Entsprechend dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerinnen, ist die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag aufgrund ihres Angebots den Beschwerdeführerinnen zu erteilen.

E. 6.2

An diesem Ergebnis vermag der von den Beschwerdeführerinnen ins Feld geführte und unbestritten gebliebene Umstand, dass die Zuschlagsempfängerin aufgrund eines Hinweises im SIMAP wissen musste und konnte, dass sie das neue Formular zu verwenden hatte, keine ausschlaggebende Rolle zu spielen. Selbst unter der Annahme, dass der Zuschlagsempfängerin kein Vorwurf gemacht werden könnte, wenn im SIMAP kein konkreter Hinweis auf die abgeänderten Ausschreibungsunterlagen angebracht war und weil sie die E-Mail der Vergabestelle an die Bezüger der Ausschreibungsunterlagen nicht erhalten hat, wäre gleich zu entscheiden und die Offerte der Zuschlagsempfängerin auszuschliessen, da eine für alle gleichberechtigte Situation nicht mehr hergestellt werden kann. Dieser Aspekt könnte allenfalls für die Beurteilung der Frage von Relevanz sein, ob die Vergabestelle eine Verantwortung trifft und allfällige Schadenersatzansprüche zugunsten der Zuschlagsempfängerin entstanden sind. Im Hinblick auf die Aufhebung des Zuschlags und den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin spielt diese Frage jedoch keine entscheidende Rolle. Eine Aufhebung des Zuschlags mit der Möglichkeit, die Zuschlagsempfängerin im Verfahren zu belassen, falls ihr kein Vorwurf gemacht werden kann, scheidet komplett aus, nachdem die Vergabestelle mit der eigenmächtigen Übertragung des alten in das neue Formular und der bekannt gegebenen Preisangabe vollendete bzw. irreversible Tatsachen geschaffen hat.

E. 7

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Den obsiegenden Beschwerdeführerinnen sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 8

Den Beschwerdeführerinnen ist nach Massgabe ihres Obsiegens eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE), welche der Vergabestelle aufzuerlegen ist (Art. 64 Abs. 2 VGKE). Da sei-tens der Beschwerdeführerinnen keine Kostennote eingereicht wurde, setzt das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angemessen erscheint eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 4'000.- (inkl. MWST und Auslagen).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.