

BVGer B-2599/2016 vom 17. August 2016

Bundesverwaltungsgericht, 2016-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2599_2016

FR: TAF B-2599/2016 du 17 août 2016

IT: TAF B-2599/2016 del 17 agosto 2016

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1.1

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. 1.2

Gegen Verfügungen über den Zuschlag oder den Ausschluss in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 27 Abs. 1 i. V. m. Art. 29 Bst. a und d des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB, SR 172.056.1]). 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, m. H.). 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. Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziff. 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 GPA. Gemäss dem detaillierten Projektbeschrieb in Ziffer 2.5 der Ausschreibung betreffen die ausgeschriebenen Arbeiten die Sanierung der Birnenstorferstrasse von der Kunstbaute N1/422 an der Mellingerstrasse bis zum Wildtierkorridor an der Badener Strasse. Das Sanierungsprojekt umfasst im Wesentlichen den Belagsersatz sowie die Instandsetzung der Kunstbauten N1/421 (Überführung der ÖV-Strasse 10), N1/422 (Überführung Mellingerstrasse) und N1/427 (Fuss- und Radwegbrücke). Das vorliegend in Frage stehende Projekt stellt unbestrittenermassen einen Bauauftrag dar (vgl. Ausschreibung Ziff. 1.8). Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 1 Bst. c der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke Fr. 8.7 Mio. Bei einem Zuschlagspreis von Fr. 10'587'729.- (inkl. MWSt.) ist dieser Schwellenwert offensichtlich überschritten. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene

Beschaffung fällt daher in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, wovon im Übrigen auch die Vergabestelle ausgeht. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.3

Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (vgl. Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Beschwerdeführerin hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung - ihr Angebot wurde ausgeschlossen und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt. Sie beantragt, die Ausschlussverfügung und der Zuschlag seien aufzuheben und es sei ihr selbst der Zuschlag zu erteilen; eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anordnung, unter Einbezug ihres Angebots eine neue Angebotsauswertung vorzunehmen und über den Zuschlag neu zu verfügen. Sie macht geltend, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden und, da es das wirtschaftlich günstigste gewesen sei, hätte sie den Zuschlag erhalten müssen. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass ihre Offerte zu Unrecht ausgeschlossen worden sei, so wäre die Sache zumindest zur Neuevaluation unter Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen. Da der Offertpreis der Beschwerdeführerin deutlich niedriger ist als der Preis der Offerte der Zuschlagsempfängerin, würde eine reelle Chance bestehen, dass die Beschwerdeführerin in diesem Fall den Zuschlag erhalten könnte. Sie hat daher auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

E. 1.4

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem VwVG, soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

E. 3

Die Vergabestelle schloss das Angebot der Beschwerdeführerin aus, weil es unvollständig sei und nicht der Amtsvariante entspreche. Die Vorgaben in der Ausschreibung seien nicht nur funktional gewesen, sondern sie habe aufgrund der komplexen Verkehrssituation auch diverse Vorgaben in der Ausschreibung festgelegt. In den Besonderen Bestimmungen Bau (im Folgenden: BB Bau) sei die Vorgabe enthalten, dass die Anzahl Fahrstreifen entlang der Strasse und bei den Knoten aufrechtzuerhalten sei, damit der Verkehrsfluss so wenig

wie möglich beeinträchtigt werde (BB Bau, Pos. 524.100 "Notfallkonzept"). Sodann sähen die BB Bau vor, dass alle Verkehrsbeziehungen dauernd aufrechtzuerhalten und Spurreduktionen nur nach Absprache und mit Einwilligung der Bauherrschaft zulässig seien (BB Bau, Pos. 621.100). In den Bestimmungen zu den Bauphasen würden daher Spurverbreiterungen verlangt (BB Bau, Pos. 623.100). Da zudem die Lichtsignalanlagen bei den Auf-/Abfahrten bereits früh im Projekt nicht mehr zur Verfügung stünden, werde ein Verkehrsdienst zur Regelung des Verkehrs eingesetzt (BB Bau, Pos. 622.100). Damit die Sicherheit gewährleistet werden könne (genügend Raum für Tanklöschfahrzeuge) und weiterhin Ausnahmetransporte verkehren könnten, müsse schliesslich pro Richtung mindestens 3.5 Meter Breite zur Verfügung stehen (BB Bau, Pos. 524.130). Die Aufrechterhaltung der Verkehrsführung, die Notfallspuren und die Arbeitssicherheit stellten wesentliche, wichtige Punkte dar. Weder in den BB Bau noch in weiteren Dokumenten seien Informationen enthalten, dass von diesen Vorgaben abgewichen werden dürfe, was die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte aber getan habe. Die Beschwerdeführerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, ihr Angebot sei eine Optimierung, aber keine Abweichung von wesentlichen Punkten. Es verzichte auf den Bau (und anschliessenden Rückbau) der nördlichen Verbreiterung der Birmenstorferstrasse, obwohl die dafür ausgeschriebenen Leistungen im Devis "verpreist" worden seien. Der Belagseinbau erfolge nach dem Bauprogramm der Beschwerdeführerin ausschliesslich an den Wochenenden. Da die Arbeiten an den Autobahnanschlüssen bauseits ebenfalls an den Wochenenden geplant seien, könne der Bauablauf durch Vergrössern der Etappen optimiert und damit die durch die Bauarbeiten bewirkten Verkehrsbehinderungen massiv reduziert und der Verkehrsfluss im Interesse der Beschwerdegegnerin und der Verkehrsteilnehmer verbessert werden. Das in Position 640 R.911 BB Bau eingeräumte Optimierungsrecht bedeute nicht, dass nur jene Leistungen optimiert werden dürften, bei denen dies in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vermerkt worden sei. Im Gegenteil dürfe eine bestimmte Vorgabe des Bauablaufs optimiert werden, wenn sie nicht als zwingend beschrieben werde, ohne dass auf eine Variante oder ein unvollständiges Angebot zu schliessen sei. Die Beschwerdeführerin habe den Bauablauf dadurch optimiert, dass sie auf den Bau und anschliessenden Rückbau der nördlichen Verbreiterung der Birmenstorferstrasse verzichtet habe. Sie habe die Vergabestelle in Ziffer 3.2 des Technischen Berichts ausdrücklich auf diese Optimierung hingewiesen. Soweit eine Optimierung des Bauablaufs vorliege, bestehe zum Vornherein weder ein unvollständiges Angebot noch eine Variante. Als Variante gelte ein Angebot nur dann, wenn das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Auftraggeberin vorgesehen erreicht werden könne, das heisst, wenn eine Abweichung von den Ausschreibungsvorgaben vorliege. Die Beschwerdeführerin habe das mögliche Staurisiko im Bereich der strittigen provisorischen Strassenverbreiterung Fahrbahn Nord mit einem DTV von 19'392 erkannt. Sie habe daher in ihrem Angebot vorgesehen, dass die Belagsarbeiten ausschliesslich an den Wochenenden, an denen gemäss Amtslösung die Anschlussarbeiten zu verrichten seien, ausgeführt werden sollten (Technischer Bericht, S. 5, Ziffer. 3.2). Mit dem von ihr optimierten Bauablauf werde der Verkehrsfluss nicht beeinträchtigt und das Staurisiko werde minimiert. Auch würden die Arbeiten unter Verkehr ausgeführt und alle Verkehrsbeziehungen jederzeit aufrechterhalten. Der Grundsatz, wonach der Verkehr in beiden Richtungen jeweils zweispurig verkehren können müsse, treffe in dieser Allgemeinheit nicht zu. Namentlich Pos. 524.100 und Pos. 621.100 BB Bau sähen vor, dass Spurreduktionen nachts und an den Wochenenden zulässig seien. Da die Vergabestelle in den BB Bau Spurreduktionen zu diesen Zeiten zulasse, sei eine

darüber hinaus gehende Zustimmung entbehrlich. Vielmehr liessen die genannten Bestimmungen darauf schliessen, dass die Vergabestelle die Ausführung von Belagsarbeiten zu diesen Zeiten zulasse, womit keine weitere Zustimmung der Vergabestelle einzuholen sei. Gemäss Pos. 623 BB Bau umfasse der Begriff "nachts" Nacht- oder Wochenendarbeiten, und deren Ausführung bedürfe keiner besonderen Zustimmung. Die vorgeschlagene, auf die Wochenenden beschränkte Spurreduktion je Fahrtrichtung sei ausschreibungskonform und gewährleiste auch die konstante Offenhaltung der Ein- und Ausfahrten. Werktags werde das zweispurige Verkehrsregime gewährleistet.

E. 3.1

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1, mit Verweis auf das Urteil des BGer 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 (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1, mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa).

E. 3.2

Gemäss Art. 22a Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen, sofern die Auftraggeberin diese Möglichkeit nicht beschränkt oder ausgeschlossen hat. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Leistung (Amtslösung; Amtsvorschlag) abweicht (vgl. Entscheid der BRK 2005-016 vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc, m.H.). Wird nur eine Variante ohne Amtslösung eingereicht, so gilt die Offerte als unvollständig und ist auszuschliessen (vgl. BVGE 2007/13 E. 5.1; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1; Zwischenentscheid des BVGer B-7216/2014 vom 7. Juli 2016 E. 5.4 ff.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 751). Die sich aus Art. 22a Abs. 1 VöB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird einerseits damit begründet, dass es Aufgabe der Vergabestelle ist, alle Offerten vergleichbar zu machen, andererseits aber auch damit, dass damit sichergestellt werden soll, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt (vgl. Urteil des BVGer B 5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1).

E. 3.3

Die Vergabebehörde hat den Beschaffungsgegenstand und die auf das konkrete Geschäft zur Anwendung gelangenden Bedingungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen zu umschreiben (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 382). Die Ausschreibung hat die im Anhang 4 zur VöB aufgeführten Angaben zu enthalten (vgl.

Art. 16 Abs. 1 VöB). Dazu zählen unter anderem Gegenstand und Umfang des Auftrags (vgl. Ziff. 3 Bst. b des Anhangs 4 zur VöB), gegebenenfalls auch die Beschränkung oder der Ausschluss von Varianten (vgl. Art. 16 Abs. 1 VöB i.V.m. Ziff. 20 des Anhangs 4 zur VöB). Die Ausschreibungsunterlagen wiederum haben die Angaben nach Anhang 5 zur VöB (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. a VöB), einen umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder ein detailliertes Leistungsverzeichnis (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. b VöB) sowie die allgemeinen Geschäftsbedingungen oder die besonderen Bedingungen nach Art. 29 Abs. 3 VöB der Auftraggeberin, die für den Auftrag gelten (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. c VöB), zu enthalten.

E. 3.4

Vorliegend stellte die Vergabestelle unter anderem ein Leistungsverzeichnis zur Verfügung. In Heft 1 (Baumeisterarbeiten) des Leistungsverzeichnisses sind die massgeblichen Positionen des Normenpositionen-Katalogs (NPK) aufgelistet, wobei von jeder Einzelleistung die vorgesehene Menge pro Einheit vorgegeben ist. Im Weiteren umfassen die Ausschreibungsunterlagen die Besonderen Bestimmungen Bau. Sie beinhalten unter anderem die Objektkenndaten und Hauptmengen (Pos. 140), die anzuwendenden Normen und Regelwerke (Pos. 700), Vorschriften betreffend Baumethoden, Bautechnik und bautechnische Besonderheiten (Pos. 820), Vorschriften betreffend den Schutz von Personen, Eigentum, Baustelle und Umgebung (Pos. 500) und Vorgaben betreffend Bauablauf (Pos. 600), darunter Vorgaben zum Bauvorgang (Pos. 600.621), zur Ablaufplanung (Pos. 600.622), zu den Bauphasen (Pos. 600.623) und zum Bauprogramm (Pos. 600.624).

E. 3.5

Die Vergabestelle skizzierte den Bauablauf in Pos. 624.100 der BB Bau für die "Baustelle West" unter anderem wie folgt: "Bauphase 0 West: Verkehrsphase 0a (Tag): (...) - Teilweise südl. Randverbreiterungen von Hm -70m (von Birmenstorf) bis Hm 600m (Knoten Segelhof), inkl. Demontage Leitschranke (...) Verkehrsphase 0b (Nacht) - Teilweise südl. Randverbreiterungen von Hm -70m (von Birmenstorf) bis Hm 600m (Knoten Segelhof); inkl. Demontage Leitschranke (...) Bauphase 1 West: Verkehrsphase 1a (Tag): - Bau zusätzlicher Fahrspur Seite Nord inkl. prov. Umbau der Strassenentwässerung (best. Wassergraben mit Sammlern) (...) Bauphase 4 West: Verkehrsphase 4 (teilw. Tag, teilw. Nacht): - Rückbau der prov. Verbreiterungen Nord- und Südseitig ovm hm -70m (von Birmenstorf) bis Hm 600m (Knoten Segelhof) inkl. Montage der Leitschranken (...)" In Pos. 624.200 der BB Bau finden sich für die "Baustelle Ost" unter anderem die folgenden Vorgaben: "Bauphase 0 Ost: Verkehrsphase 0 (einzelne Arbeiten am Tag, vorwiegend Nacht): (...) - Südl. Randverbreiterungen der Birmenstorferstrasse von Hm 730m (nach Obj. N1/421; Brücke über A1) bis Hm 1'200 m (vor Obj. N1/422; Brücke über Dättwilerstrasse u. SBB), inkl. Demontage Leitschranke (...) Bauphase 1 Ost: Verkehrsphase 1a (Tag): - Bau von prov. Fahrbahn-Verbreiterung (in unterschiedlicher Breite) Seite Nord inkl. prov. Umbau der Strassenentwässerung (best. Sammler im Grünbankett) (...) Bauphase 4 Ost: Verkehrsphase 4 (einzelne Arbeiten am Tag, vorwiegend Nacht): - Rückbau der prov. Verbreiterungen Nord- und Südseitig Hm 710m (nach Obj. N1/421) bis Hm 1'210m (vor Obj. N1/422, inkl. Montage der Leitschranken (...)" Daraus, sowie aus den zugehörigen graphisch dargestellten Plänen, geht klar hervor, dass die Vergabestelle geplant hatte, dass provisorische Spurverbreiterungen zu bauen seien.

E. 3.6

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte auf diese Spurverbreiterungen verzichtete. Im "Technischer Bericht zu ZK2, ZK3, & ZK4" legte sie dazu Folgendes dar: "Der Bauablauf wurde gegenüber dem vorgesehenen Bauablauf des Projektverfassers etwas optimiert. Es wird auf einen Bau der Verbreiterungen verzichtet. Damit der Verkehr trotzdem gewährleistet wird, sind die Belagseinbauten ausschliesslich an den Wochenenden geplant. Da die Anschlüsse vom Projektverfasser ohnehin an Wochenenden geplant sind, haben wir durch vergrössern der Etappen und zusätzlichen Wochenenden unseren Bauablauf gestaltet. Die Längsetappierung in Ost und West bleibt bestehen. Im Bauprogramm Trasse sind die Arbeitszeiten aufgeführt." (vgl. "Technischer Bericht zu ZK2, ZK3, & ZK4", Ziffer 3.2 "Bauablauf Trassebau"). Auch veranschlagte die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot für gewisse mit der provisorischen Fahrbahnverbreiterung zusammenhängende Leistungen, deren Anzahl die Vergabestelle im Leistungsverzeichnis vorgegeben hatte, einen Preis von nur 1 Rappen pro Einheit (vgl. beispielsweise Leistungsverzeichnis Heft 1, Pos. 225.302 "Typ Elektroschacht in Inselbereich und prov. Verbreiterungsbereich", S. 34; Pos. 321.105 "Abtrag für prov. Verbreiterung an den Strassenrändern für prov. Belag", S. 66; Pos. 721.216 "Aushubmaterial [prov. Verbreiterung]", S. 68; Pos. 411.331 "Einbaubreite m variabel. Verbreiterungen Fahrbahn. Fertig eingebaute Schicht d m 0,21 bis 0,40", S. 74; Pos. 457.202 "Für 2-schichtigen Einbau bei Verbreiterungen", S. 99).

E. 3.7

Es ist insofern aktenmässig erstellt und unbestritten, dass die Vergabestelle in ihrer Planung, wie sie aus dem dargelegten Bauablauf, den graphischen Plänen und dem Leistungsverzeichnis hervorgeht, von provisorischen Fahrbahnverbreiterungen ausging. Ebenso erstellt und unbestritten ist, dass die Offerte der Beschwerdeführerin in diesem Punkt vom Bauablauf der Vergabestelle abweicht und einen Bauablauf vorsieht, der keine provisorische Fahrbahnverbreiterung beinhaltet.

E. 3.8

Die Beschwerdeführerin vertritt indessen die Auffassung, diese Änderungen stellten eine blosser Optimierung dar. Sie beruft sich diesbezüglich auf BB Bau, Pos. 640 R.911, worin die Anbieter aufgefordert worden seien, die Bauabläufe zu optimieren. Sie habe aufgrund dieses ausdrücklich eingeräumten Optimierungsrechts nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass mögliche Optimierungen auch die Pos. 621.100 ("Bauphasen West") und die darin umschriebenen Leistungen beschlagen könnten und Änderungen des Leistungsumfangs zulässig seien, sofern das Ziel der Beschaffung erreicht werde. Das Optimierungsrecht gemäss Pos. 640 R.911 gehe als speziellere Bestimmung dem allgemeinen Variantenausschluss vor, da das Optimierungsrecht speziell nur die Gestaltung des Bauablaufs zum Gegenstand habe. Zwar sei es richtig, dass in den Submissionsplänen und den BB Bau auf die provisorische Verbreiterung Fahrbahn Nord hingewiesen worden sei, doch klammere die Vergabestelle aus, dass die besagte Position 623 BB Bau systematisch dem Bauablauf zugeordnet sei. Die von der Beschwerdeführerin offerierten Abweichungen von der Amtslösung würden ausschliesslich den Bauablauf betreffen. Die BB Bau würden keine Definition des Begriffs "Bauablauf" enthalten; auch werde der Begriff "Bauablauf" in der Baubranche nicht einheitlich verstanden. Aus dem Titel von Pos. 600 ("Bauablauf, Fristen, Prämien und Strafen") und der Bezeichnung der Teilaspekte mit "Bauvorgang" (Pos. 621), "Ablaufplanung" (Pos. 622) und "Bauphasen" (Pos. 623) ergebe

sich, dass der Begriff "Bauablauf" nicht nur den zeitlichen Aspekt des Bauvorgangs, sondern auch organisatorische und leistungsbezogene Aspekte umfasse, soweit diese in den Unterpositionen 621-623 verankert seien. Die in den Unterpositionen 621-623 vorgesehenen Abläufe und baulichen Massnahmen seien damit einer Optimierung zugänglich. Es seien damit Anpassungen der darin umschriebenen Leistungen und Abweichungen von den vorgegebenen Leistungen statthaft. Dies selbst dann, wenn damit eine Abänderung der im Leistungsverzeichnis Heft 1 vorgesehenen Leistungspositionen oder Submissionspläne einhergehe; bei Widersprüchen gingen die BB Bau den Vorgaben in einem Leistungsverzeichnis oder in den Ausschreibungsplänen vor (Art. 7 Abs. 2 SIA-Norm 118 [2013]). Die Vergabestelle erachtet die Argumentation der Beschwerdeführerin als unzutreffend. Um eine Optimierung im Sinne der Ausschreibung hätte es sich gehandelt, wenn - unter Einhaltung der Vorgaben wie Spurbreiten, Reduktion der Spurenzahl, Zurverfügungstellung der Verkehrsdienste sowie Verbreiterung - die Bauzeit verkürzt werden könne, beispielsweise durch zusätzliche Integration von Arbeiten in ein Zeitfenster, wo ohnehin bereits gewisse Verkehrsbehinderungen vorgesehen seien, wobei Vorgaben zu Fahrkomfort und Sicherheit wie Spurenzahl oder -breite eingehalten würden. Optimierungen seien Verbesserungen innerhalb der Vorgaben, welche durch die Vergabestelle gemacht worden seien. Wenn gewisse Bauetappen oder Abläufe verändert oder auf die Ausführung wichtiger Arbeiten - wie vorliegend die vorgesehene Verbreiterung - verzichtet werde, könne nicht mehr von einer Optimierung der Bauabläufe gesprochen werden. In einem solchen Fall sei das Angebot so weit von den Vorgaben der Vergabestelle entfernt, dass es sich um eine Variante handle.

E. 3.9

Pos. 640 der BB Bau hat den Titel "Prämien, Strafen, Bonus-Malus-Regelungen". Die Passage, auf welche sich die Beschwerdeführerin beruft (Pos. 640 R.911 "Bauleistung mit Verkehrsbehinderung") lautet wie folgt: "Bei der Ausführung des vorliegenden Bauvorhabens sind Verkehrsbehinderungen unvermeidlich. Diese müssen auf eine möglichst kurze Zeitdauer beschränkt werden. Der Unternehmer ist daher gefordert, die Bauabläufe bestmöglich zu optimieren. Es gelangt folgendes finanzielles Anreizsystem für alle Anbieter zur Anwendung: (...) Schlechtwetter- Regelung (...) Verzögerungen durch Nichtverschulden der Unternehmung (...)." Die Bestimmungen von Position 640 R.911 der BB Bau beziehen sich somit ausschliesslich auf den zeitlichen Aspekt des Bauvorhabens. Es geht darum, dass die Abläufe dahin gehend optimiert werden, dass im Ergebnis Fristen eingehalten oder gar verkürzt würden, damit die Dauer der Verkehrsbehinderungen sicher nicht verlängert würde. Dass mit der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Vorgehensweise ein Zeitgewinn einhergehen würde, wird von ihr nicht geltend gemacht. Bereits aus diesem Grund kann in der von ihr vorgesehenen Abweichung von der Planung der Vergabestelle wohl keine Optimierung im Sinn der dargelegten Bestimmung gesehen werden.

E. 3.10

Ob den Anbietern durch diese Passage generell das Recht zugestanden wurde, von den durch die Vergabestelle skizzierten, relativ detaillierten Bauabläufen abzuweichen, kann indessen letztlich offen gelassen werden:

E. 3.10.1

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten Vorgaben in Bezug auf die Anzahl der offenzuhaltenden Fahrstreifen. So sah die Vergabestelle in den BB Bau Pos. 621.100 "Definition für den Strassenbau" vor: "(...) Die Ausführung der Bauarbeiten erfolgt in 5 Bauphasen (0-4). Alle Verkehrsbeziehungen müssen dauernd aufrechterhalten werden. Spurreduktionen sind nur nachts (20.00 bis 05.00 Uhr) sowie an Wochenenden (Samstags ab 18.00 Uhr bis Montag 05.00 Uhr) in Absprache mit der Bauherrschaft erlaubt.(...).Es sind deshalb verschiedene Arbeiten nur Nachts und / oder an Wochenenden möglich. In den Plänen "Bauphasen / provisorische Verkehrsführungen" sind die betreffenden Flächen farblich angelegt." (vgl. BB Bau, Pos. 621.100) In Pos. 624.300 "Bedingungen des Bauherrn" BB Bau führt die Vergabestelle aus: "Die vorgesehenen Bauarbeiten werden den intensiven Verkehr auf der Kantonsstrasse K272 und der Nationalstrasse N1, im Anschluss Baden/Dättwil und Anschluss Birmenstorf stark behindern. Um diese Behinderungen auf ein Minimum zu beschränken, wird für diese Baustelle ein beschleunigter Bauablauf verlangt. Die Arbeiten sind daher in Tages- und Abendarbeit von Montag-Samstag zwischen 05.00 Uhr und 22.00 Uhr zwingend im 2-Schicht-Betrieb auszuführen. Die dafür benötigten Bewilligungen sind seitens Anbieter vor Baubeginn einzuholen. Ausnahmen Diverse Vorbereitungs- und Hauptarbeiten (z.B. bei den Objekten) sind nur Nachts mit einem zusätzlichen Spurabbau zu realisieren. Der Spurabbau für den Verkehr erfolgt von 20.00 Uhr bis 05.00 Uhr durch die NSNW. (...) Für die Ausführungsarbeiten an den beiden Anschlüssen Baden/Dättwil und Birmenstorf sind die Arbeiten an mehreren Wochenenden vorzusehen. Die dafür vorgegebenen Sperrzeiten sind Fr. ab 20.00 Uhr bis Mo. 05.00 Uhr. Grundsätzlich sind jedoch alle Verkehrsbeziehungen in dieser Zeit mit einem Spurabbau aufrecht zu erhalten. Der Spurabbau für den Verkehr erfolgt von 20.00 Uhr bis 05.00 Uhr durch die NSNW. (...) Andere Zeiten sind vorgängig mit dem Bauherrn abzusprechen."

E. 3.10.2

Hinzu kommt die Passage in R629 R.350, welche vorsieht, dass Sonntagsarbeit ohne ausdrückliche Anordnung durch den Bauherrn nur ausnahmsweise zulässig sei.

E. 3.10.3

Aus dem tabellarischen Bauprogramm der Vergabestelle (vgl. ASTRA, Terminprogramm Bauarbeiten AS Baden, 25.11.2015) geht hervor, dass die Vergabestelle - entsprechend dem in den BB Bau dargelegten "Bauprogramm" - vorgesehen hat, dass die Belagsarbeiten im Trasse (Heft 1 + 2) werktags (inkl. Samstage, ohne Sonntage) durchgeführt werden sollen. Arbeiten auch an Sonntagen sind vier Mal, dies für die Arbeiten an den Anschlüssen N1-AS Birmenstorf (Freitag, 17. Juni - Sonntag, 19. Juni 2016 sowie Freitag, 24. Juni - Sonntag, 26. Juni 2016) sowie den Anschlüsse N1-AS Baden/Dättwil (Freitag, 15. Juli - Sonntag, 17. Juli 2016 und Freitag, 22. Juli - Sonntag, 24. Juli 2016) vorgesehen. Weitere Zeiten mit Spurabbau nachts von 20.00 Uhr bis 05.00 Uhr waren für die Montage der Konsolengerüste vorgesehen (Pos. 361.110). Das Bauprogramm im Angebot der Beschwerdeführerin (vgl. "Bauprogramm Bauarbeiten N01 AS Baden, 8. Februar 2016) sieht demgegenüber vor, dass die Belagsarbeiten nicht nur an vier, sondern an acht Wochenenden vorgenommen würden. An diesen Wochenenden würde gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin pro Fahrtrichtung nur eine Fahrspur offen sein, auch tagsüber. In der Offerte der Beschwerdeführerin war somit, im Vergleich zu der Planung der Vergabestelle, eine Verdoppelung der Zeiträume vorgesehen, während welcher nur eine Spur pro Fahrtrichtung zur Verfügung stehen würde, sowie vier zusätzliche Sonntage mit Sonntagsarbeit.

E. 3.10.4

Wie sich aus den zitierten Passagen der BB Bau ergibt, wären gegenüber der Planung der Vergabestelle zusätzliche Arbeiten mit einem Spurabbau oder an Sonntagen nur mit expliziter Bewilligung des Bauherrn zulässig gewesen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin aufgrund der von ihr behaupteten generellen Ermächtigung zur Optimierung der Bauabläufe berechtigt gewesen wäre, von der Planung der Vergabestelle abzuweichen - was, wie dargelegt, zweifelhaft ist, aber offen gelassen werden kann - wäre sie daher jedenfalls nicht berechtigt gewesen, ohne ausdrückliche Zustimmung der Bauherrschaft an vier zusätzlichen Wochenenden Spurreduktionen vorzunehmen oder Sonntagsarbeit durchzuführen.

E. 3.11

Der Auffassung der Beschwerdeführerin, dass die von ihr vorgesehene Abweichung von der Ablaufplanung der Vergabestelle durch die "Optimierungsermächtigung" in Pos. 640 R.911 gedeckt sei, kann daher nicht gefolgt werden. Vielmehr ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin aufgrund dieser Abweichung von ihrer eigenen Planung als Variante eingestuft hat.

E. 3.12

Bei diesem Zwischenergebnis kann offen gelassen werden, ob das Angebot der Beschwerdeführerin wegen dem Verzicht auf die provisorische Spurverbreiterung auch die Mindestspurbreite von 3.5m, welche im Hinblick auf das Notfallkonzept (Ausnahmetransporte und Löschfahrzeuge) zwingend verlangt worden war, nicht eingehalten hätte, wie die Vergabestelle geltend macht.

E. 3.13

Ebenfalls offengelassen werden kann die Frage, ob bzw. inwieweit auch darin, dass die Beschwerdeführerin die im Leistungsverzeichnis vorgegebenen 10'000 Std. Verkehrsdienst zu einem offensichtlich spekulativen Einheitspreis von Fr. 0.01 angeboten hat, eine ausschussrelevante Unvollständigkeit ihrer Offerte zu sehen ist.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt eventualiter, die Vergabestelle hätte im Rahmen der Beurteilung ihres Angebots mit ihr Rücksprache nehmen müssen, wie dies Art. 25 VöB vorsehe und Treu und Glauben geboten hätten. Dann hätten diese Missverständnisse geklärt werden können. Die Vergabestelle stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin hätte vor der Einreichung des Angebots im Rahmen der Frage-/Antwortrunde abklären können, ob die von ihr geplante Abweichung von den Bauabläufen von der Vergabestelle als zulässig erachtet würde. Es seien aber keine Fragen gestellt worden. Da die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot klar zum Ausdruck gebracht habe, wie sie die Arbeiten ausführen wolle, hätten sich Rückfragen oder die Einholung ergänzender Auskünfte seitens der Vergabestelle erübrigt. Zudem seien aufgrund des Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots nachträgliche Anpassungen von Angeboten unzulässig.

E. 4.1

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 (vgl. AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Ein wesentlicher Formfehler liegt nur dann vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder nur ganz ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1). Massstab für die Beurteilung ist - abgesehen vom Gleichbehandlungsgebot - die Vergleichbarkeit der Angebote. Kann das fehlerhafte Angebot aufgrund der Formfehler nicht mit den Angeboten anderer Anbieter verglichen werden, ist regelmässig von einem wesentlichen Formfehler auszugehen (vgl. Hans Rudolf Trüeb, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, 2011, Art. 19 BöB N. 6, m. H.). Fehlen relevante Angaben oder Unterlagen im eingereichten Angebot, führt das zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3; Urteil des BVGer B-5084/2007 E. 2). Auch Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4). Im Weiteren führt die Vornahme eigenmächtiger Änderungen an den Ausschreibungsunterlagen, zum Beispiel dem Leistungsverzeichnis bzw. -beschreibung, durch einen Anbieter, zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3; Urteil des BVGer B-5084/2007 E. 2.1; Trüeb, a.a.O., Art. 19 BöB N. 7). Dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (vgl. Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 2.1, m. H.). 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 (vgl. 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. Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 2.2, m. H.; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV) und Art. 9 BV lässt sich eine Verpflichtung der Vergabestelle ableiten, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen (Hinweispflicht). Ebenso anerkennt die Praxis eine Pflicht, bei Unklarheiten Rückfrage beim Anbieter zu nehmen. Dies alles unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. Eine derartige Pflicht zur Rückfrage und Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung besteht daher nur bei unwesentlichen Formfehlern (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2; BGE 125 I 166 E. 3a, m. H.). Die Korrektur erfolgt in diesem Fall im Rahmen der Offertbereinigung und dem Einholen von Erläuterungen bzw. bei Verhandlungen mit dem Anbieter (vgl. Trüeb, a.a.O., Art. 20 BöB N. 9; Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in: VPB 70.33 E. 2a/bb).

E. 4.2

Im vorliegenden Fall handelt es sich offensichtlich nicht um einen derartigen geringfügigen Formfehler. Die Abweichung der Offerte der Beschwerdeführerin von der Ablaufplanung der Vergabestelle betrifft rund 50 Punkte im Leistungsverzeichnis im Wert von ungefähr 10% der ganzen Offerte. In einem solchen Fall ist die Vergabestelle nicht nur nicht verpflichtet, Rückfragen beim Anbieter zu nehmen, sondern es wäre aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung auch kaum angängig gewesen, der Beschwerdeführerin in diesem Zeitpunkt noch Gelegenheit zu geben, ihre Offerte derart wesentlich zu überarbeiten.

E. 4.3

Die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich daher als unbegründet.

E. 5

In ihrer Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr im Rahmen des gesetzlich Zulässigen volle Einsicht in die Akten der Vergabestelle zu gewähren. Auch seien ihr sämtliche Dokumente zu öffnen, welche Aufschluss darüber geben würden, aus welchen Gründen ihr Angebot ausgeschlossen bzw. nicht bewertet worden sei. Die Frage, ob die Offerte der Beschwerdeführerin den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen entspricht oder ob die Unterschiede ihrer Offerte und der in den Ausschreibungsunterlagen dargelegten Planung der Vergabestelle derart wesentlich sind, dass es sich um eine Variante und damit um eine unzulässig unvollständige Offerte handelt, ist allein aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen und der Offerte der Beschwerdeführerin zu beantworten. Alle anderen Teile der Vergabeakten sind diesbezüglich offensichtlich nicht entscheidrelevant, weshalb der Beschwerdeführerin keine weitere Akteneinsicht zu gewähren ist. Ist keine weitere Akteneinsicht zu gewähren, so erscheint die Sache als liquid, weshalb es nicht erforderlich ist, zuerst gesondert über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu entscheiden. Vielmehr kann das Verfahren bereits jetzt mit einem Endurteil abgeschlossen werden.

E. 6

Im Ergebnis erweist sich die Rüge der Beschwerdeführerin, ihre Offerte sei zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, als unbegründet. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (vgl. Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE).

E. 8

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vergabestelle als Bundesamt hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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