

# **BVGer B-3013/2012 vom 31. August 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3013\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3013_2012)

FR: TAF B-3013/2012 du 31 août 2012

IT: TAF B-3013/2012 del 31 agosto 2012

## **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 (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

#### **E. 1.1**

Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht unter gegebenen Voraussetzungen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 Bst. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (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).

#### **E. 1.2**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, welche in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1 und 2008/48 E. 2.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

#### **E. 1.3**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht daher dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB).

#### **E. 1.4**

Gegenstand der Beschaffung ist eine Dienstleistung. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB i.V.m. Art. 1 Bst. b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im

öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013 vom 23. November 2011 (AS 2011 5581) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den Schwellenwert (ohne MWST) von Fr. 230'000.- erreicht. Laut Publikation vom 14. Mai 2012 auf simap.ch (Ziff. 3.2) wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 430'605.70 (inkl. Mehrwertsteuer, MWST) erteilt. Demnach wird der für die Anwendbarkeit des BöB massgebliche Schwellenwert im vorliegenden Fall überschritten.

### **E. 1.5**

Als ausgeschlossene Anbieterin ist die Beschwerdeführerin nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-421/2012 vom 8. April 2012 E. 1.5 mit Hinweisen). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

### **E. 1.6**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 1.7**

Nicht weiter einzugehen ist auf den Antrag des ASTRA auf Vereinigung der Verfahren B-3013/2012 und B-3205/2012, da in letzterem zwischenzeitlich ein Nichteintretensentscheid ergangen ist.

## **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, der angefochtene Vergabeentscheid und ihr darin enthaltener Verfahrensausschluss verletzen den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie Art. 29, 30 und 35 VwVG. Sie sei ohne vorgängige Anhörung vom Verfahren ausgeschlossen worden, und ihr Ausschluss sei nicht bzw. nur ungenügend begründet worden.

### **E. 2.1**

Art. 29 Abs. 2 BV statuiert als verfassungsrechtliche Minimalgarantie einen allgemeinen Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Konkretisiert wird dieser durch die anwendbaren Verfahrensgesetze, im vorliegenden Fall durch das VwVG sowie die einschlägigen Bestimmungen des BöB (Giovanni Biaggini, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 29 N. 6 und 17 f.; Gerold Steinmann, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich 2008, Art. 29 N. 4, 7 und 21; Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.): VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 29 N. 5 ff.).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 26 Abs. 1 BöB richtet sich das Vergabeverfahren nach den allgemeinen Vorschriften über die Bundesverwaltungsrechtspflege, soweit das BöB nichts anderes bestimmt. Das rechtliche Gehör wird in den Art. 29 ff. VwVG normiert, wobei Art. 29 VwVG den Grundsatz festlegt, dass die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Nach Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Art. 26 Abs. 2 BöB erklärt Art. 30 VwVG jedoch als für das Verfügungsverfahren nach dem 4.

Abschnitt des BöB nicht anwendbar. Der 4. Abschnitt des BöB regelt das von der Beschaffungsstelle durchgeführte Vergabeverfahren, der 5. Abschnitt das Rechtsmittelverfahren. Demzufolge gilt im erstinstanzlichen Vergabeverfahren der Grundsatz, wonach die Behörde die Parteien anhört, bevor sie verfügt, nicht (Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 7.2; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5190/2011 vom 19. Oktober 2011 S. 3 und Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3544/2008 vom 2. Juli 2008 E. 6.1, jeweils betreffend Akteneinsicht; Stefan Scherler, Die Verfügungen im Vergaberecht, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, S. 360 N. 39); Waldmann/Bickel, Art. 30 N. 10).

### **E. 2.3**

Hinsichtlich der Begründung von Verfügungen nach Art. 29 BöB enthält Art. 23 BöB eine *lex specialis* zu Art. 35 Abs. 1 und 3 VwVG (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Bd., 2. A., Zürich 2007, N. 810). Unter diese Spezialregelung fällt auch der Ausschluss vom Vergabeverfahren wegen Vorbefassung (Art. 29 Bst. d BöB mit Verweis auf die angesichts der Verwendung des Wortes "insbesondere" im Einleitungssatz nicht abschliessende Aufzählung der Ausschluss- und Widerrufstatbestände in Art. 11 BöB; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8563/2010 vom 15. Februar 2011 E. 2.2.1 und Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O.). Art. 23 Abs. 1 BöB lässt eine summarische Begründung genügen; die Abs. 2 und 3 der Vorschrift legen fest, welche Informationen die Vergabestelle dem nicht berücksichtigten Anbieter auf dessen Gesuch hin bekanntgeben muss. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sind die Anforderungen an die summarische Begründung, wie sie Art. 23 Abs. 1 BöB vorsieht, nicht sehr hoch (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8563/2010 vom 15. Februar 2011 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

In der Beschwerdeschrift vom 4. Juni 2012 machte die Beschwerdeführerin geltend, die Vergabebehörde habe sie aus dem Verfahren ausgeschlossen und dies mit genau zwei Wörtern begründet: "unzulässige Vorbefassung". Eine solche Begründung vermöge in keiner Art und Weise zu genügen. Dem Entscheid lasse sich nicht entnehmen, inwiefern überhaupt eine Vorbefassung vorliegen solle. Ebenso wenig lasse sich dem Entscheid entnehmen, weshalb eine allfällige Vorbefassung denn auch noch unzulässig gewesen sein solle. Sie wisse demnach nicht, wieso sie überhaupt vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Dies wiederum mache es unmöglich, sich mit dem Entscheid inhaltlich auseinanderzusetzen und ihn sachgerecht anzufechten. Das ASTRA erklärte in seiner Vernehmlassung vom 29. Juni 2012, es gestehe der Beschwerdeführerin zu, dass aus dem Schreiben vom 14. Mai 2012 keine tatsächlichen Rückschlüsse auf die Beweggründe für den Ausschluss möglich seien. Es sei aber davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin durch die vertragliche Bindung als Subunternehmerin der Y. \_\_\_\_\_ AG und ihre Mitwirkung bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen auf ihre Vorbefassung habe schliessen müssen. Sie habe die Beschwerdeschrift jedoch eingereicht, ohne beim ASTRA um ein Debriefing zu ersuchen. Auf Gesuch einer nicht berücksichtigten Anbieterin habe die Vergabestelle immerhin über die in Art. 23 Abs. 2 BöB genannten Punkte Auskunft zu erteilen, insbesondere auch über die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (Art. 23 Abs. 2 Bst. d BöB), in casu über die Gründe, welche zum Ausschluss wegen Vorbefassung geführt hätten. In ihrer Vernehmlassung habe

die Vergabestelle die unterlassene Begründung nicht nur summarisch, sondern detailliert nachgeliefert. Die Beschwerdeführerin entgegnete in ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2012, es mute seltsam an, wenn das ASTRA in der kurz bemessenen Beschwerdefrist ein Debriefing von ihr erwarte, selber aber nicht in der Lage sei, ihr in den vier Monaten zwischen Offerteingang und Vergabe mitzuteilen, dass sie vorbefasst zu sein scheine.

### **E. 2.5**

Im Zeitpunkt des Zuschlags begründete die Vergabestelle den Ausschluss der Beschwerdeführerin mit dem Vermerk "unzulässige Vorbefassung" nur sehr kurz. Einen Anlass für die festgestellte unzulässige Vorbefassung nannte sie nicht. Sie hätte ihre Begründung zwar in diese Richtung ergänzen können. Dabei hätte sie sich in Anbetracht der Regelung von Art. 23 Abs. 1 BÖB aber ebenfalls auf eine knappe Aussage beschränken dürfen. Ob sie allerdings verpflichtet war, einen solchen Zusatz anzufügen, erscheint fraglich, denn Art. 23 Abs. 2 Bst. d BÖB sieht vor, dass die Auftraggeberin die wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung erst auf Gesuch des betroffenen Anbieters bekanntgeben muss. Von dieser Möglichkeit machte die Beschwerdeführerin jedoch keinen Gebrauch. Abgesehen davon hatte sie in einer früheren Vergabe betreffend dasselbe Projekt (Ausschreibung vom 24. Juni 2010) als Subunternehmerin der Zuschlagsempfängerin mitgewirkt, und sie konnte der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 entnehmen, dass ebendiese seinerzeitige Zuschlagsempfängerin nunmehr explizit wegen Vorbefassung vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Deshalb musste die Beschwerdeführerin, gerade weil sie als Subplanerin der später ausgeschlossenen Y.\_\_\_\_\_ AG tätig gewesen war, wissen, woraus die auch ihr entgegengehaltene Vorbefassung hergeleitet wurde. Unter Berücksichtigung dieser fallspezifischen Aspekte kann die beanstandete Begründung bezüglich der Frage, woraus die Vorbefassung hergeleitet wurde, als knapp genügend gewertet werden, zumal das ASTRA die betreffenden Umstände, bei denen davon auszugehen ist, dass sie der Beschwerdeführerin im Wesentlichen bereits hätten bekannt sein müssen, im Rechtsmittelverfahren noch einmal detailliert darlegte und die Beschwerdeführerin Gelegenheit hatte, dazu eingehend Stellung zu nehmen. Nicht zu genügen vermag die Begründung jedoch insoweit, als sich das ASTRA in der angefochtenen Verfügung nicht auch zu allfälligen Ausgleichsmassnahmen im Sinne von Art. 21a VöB (siehe dazu unten E. 3.3 ff.) äusserte. Ein Verzicht auf solche, im Ermessen der Vergabestelle liegenden Massnahmen hätte, selbst dann, wenn er wie hier offensichtlich und aufgrund der gesamten Umstände nicht zu beanstanden ist, zumindest mit einer kurzen Bemerkung in der Verfügung erwähnt werden müssen. Der soeben festgestellte - im vorliegenden Fall aufgrund der gesamten Umstände rein formelle - Begründungsmangel kann eine Rückweisung an die Vergabestelle indessen nicht rechtfertigen, erschiene eine solche vor dem geschilderten Hintergrund doch als formalistischer Leerlauf, der im Widerspruch zum Beschleunigungsgebot stünde (vgl. zur sog. Heilung das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8563/2010 vom 15. Februar 2011 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Ebenso wenig vermag er eine Reduktion der Verfahrenskosten oder den Zuspruch einer Parteientschädigung zu rechtfertigen (siehe dazu unten E. 12).

### **E. 3**

Sodann bestreitet die Beschwerdeführerin, in unzulässiger Weise vorbefasst zu sein oder einen Ausstandsgrund zu erfüllen. Letzteres bezieht sich offenbar auf die von der Vergabestelle angesprochene Mitwirkung der Y.\_\_\_\_\_ AG bei der Evaluation der Offerten.

### **E. 3.1**

Das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA, SR 0.632.231.422) regelt die Vorbefassung in Art. VI Abs. 4: "Die Beschaffungsstellen dürfen nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können."

### **E. 3.2**

Im BöB fehlt eine explizite Normierung der Vorbefassung. Entsprechende Leitlinien ergeben sich jedoch aus Art. 1 BöB, welcher den Gesetzeszweck folgendermassen umschreibt: "1 Der Bund will mit diesem Gesetz: a. das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten; b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken; c. den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern. 2 Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten."

### **E. 3.3**

Ausgehend von diesen teilweise in einem Zielkonflikt zueinander stehenden Gesetzeszwecken regelt Art. 21a VöB die Vorbefassung im Bestreben einer vollständigen Kodifikation seit dem 1. Januar 2010 wie folgt (Änderung vom 18. November 2009, AS 2009 6149; vgl. Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 18. November 2009 zur Änderung der VöB vom 1. Januar 2010, S. 14; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 4.5; Christoph Jäger, Direkte und indirekte Vorbefassung im Vergabeverfahren, Baurecht (BR) 1/2011, S. 4 ff., S. 14): "1 Die Auftraggeberin schliesst Anbieter und Anbieterinnen aus einem Verfahren aus, wenn: a. diese an der Vorbereitung der Beschaffung beteiligt waren und der ihnen dadurch entstandene Wettbewerbsvorteil nicht mit geeigneten Mitteln ausgeglichen werden kann; und b. dieser Ausschluss den wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen nicht gefährdet. 2 Geeignete Mittel, um den Wettbewerbsvorteil auszugleichen, sind insbesondere: a. die Weitergabe aller wesentlichen Angaben über die Vorarbeiten; b. die Bekanntgabe der an der Vorbereitung Beteiligten; c. die Verlängerung der Mindestfristen."

### **E. 3.4**

Unter den kumulativen Voraussetzungen von Art. 21a Abs. 1 Bst. a und b VöB ist der Ausschluss zwingend. Bei nicht ausgleichbarer Vorbefassung im Sinne von Art. 21a Abs. 1 Bst. a VöB ist der betreffende Anbieter nur dann nicht auszuschliessen, wenn sein Ausschluss den wirksamen Wettbewerb gefährden würde (Hans Rudolf Trüeb, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.): Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2011, Art. 11 BöB N. 13 f.). Art. 21a Abs. 1 Bst. b VöB normiert demnach eine Ausnahmekonstellation (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.2.1 mit Hinweis auf den Erläuternden Bericht, S. 14).

### **E. 3.5**

Wenn der Auftraggeber den durch die Vorbefassung erlangten Wettbewerbsvorteil einer Anbieterin ausgleichen kann, darf er darauf verzichten, sie auszuschliessen. Eine

vorbefasste Anbieterin hat allerdings keinen Anspruch auf einen solchen Ausgleich. Vielmehr liegt es im Ermessen der Vergabestelle, darüber zu befinden, ob sie im konkreten Fall genügend Zeit und die notwendigen Mittel hat, den Wettbewerbsvorteil auszugleichen (Erläuternder Bericht, S. 14).

### **E. 3.6**

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten Anbieter als vorbefasst, wenn sie bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens mitgewirkt haben, sei es durch das Erstellen von Projektgrundlagen, das Verfassen von Ausschreibungsunterlagen oder durch das Informieren der Beschaffungsstelle über bestimmte technische Spezifikationen des zu beschaffenden Gutes. Vorbefassung kann mit dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter kollidieren. Der vorbefasste Anbieter kann versucht sein, die bevorstehende Beschaffung auf sein Produkt bzw. seine Dienstleistung auszurichten oder er kann die im Rahmen der Vorbereitung des Submissionsverfahrens gewonnenen Kenntnisse bei der Erstellung der Offerte einsetzen. Ferner besteht die Gefahr einer Beeinflussung der Vergabebehörde durch den vorgängigen persönlichen Kontakt (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.1; zum Begriff der Vorbefassung siehe auch Christoph Jäger, Die Vorbefassung des Anbieters im öffentlichen Vergaberecht, Zürich 2009, S. 22 f.). Gemäss Praxis des Bundesgerichts, welche in die Zeit vor Erlass von Art. 21a VöB zurückreicht, führt Vorbefassung grundsätzlich zum Ausschluss aus dem Submissionsverfahren. Dem ausgeschlossenen Anbieter obliegt der Beweis, dass aus seiner Mitwirkung im Vorfeld des Verfahrens kein Wettbewerbsvorteil resultiert. Eine Beteiligung am Vergabeverfahren trotz Vorbefassung gilt namentlich in folgenden Fällen als zulässig: (1) wenn der Wissensvorsprung gegenüber den anderen Offerenten geringfügig ist, (2) wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann, (3) wenn die Mitwirkung bzw. der Wissensvorsprung gegenüber den anderen Anbietern offengelegt wird, wenn also Transparenz geschaffen wird oder (4) wenn die Mitwirkung an der Vorbereitung des Submissionsverfahrens untergeordneter Natur ist. Keine bloss untergeordnete Mitwirkung liegt vor, wenn ein Anbieter bei Bauvorhaben mit der Planung oder Projektierung beauftragt wurde, wenn er zur gesamten Submission Studien oder Vorprojekte erstellt und zu diesem Zweck die konkreten Verhältnisse vertieft studiert oder wenn er die gesamten Ausschreibungsunterlagen oder wesentliche Teile davon ausgearbeitet hat (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2005 E. 3.3 mit Hinweisen).

### **E. 3.7**

Unter Hinweis auf Art. 21a VöB und die Praxis der BRK erachtet es auch das Bundesverwaltungsgericht als sachgerecht, die Praxis des Bundesgerichts, nach welcher (nur) eine qualifizierte Vorbefassung zum Verbot der Teilnahme am Submissionsverfahren führt, für das Vergaberecht des Bundes zu übernehmen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7571/2009 vom 20. April 2011 E. 4.8; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-4621/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 5.3, mit Hinweis auf BRK 2006-004, auszugsweise publiziert in: Baurecht, BR 2006 S. 190; vgl. zur Praxis der BRK: Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, S. 77).

### **E. 4**

In ihrer Vernehmlassung vom 29. Juni 2012 legte die Vergabestelle dar, mit der Publikation der hier zu beurteilenden Beschaffung (Projekt-ID 80987; Projekt-Nr. 80427) vom 10.

Januar 2012 (siehe Ziff. 4.5.4) sei die Y. \_\_\_\_\_ AG wegen Vorbefassung ausgeschlossen worden, weil sie als Bauherrenunterstützerin (BHU) und Projektverfasserin massgeblich an der Ausschreibung mitgewirkt, d.h. diese vorbereitet und letztlich die Ausschreibungsunterlagen erstellt habe. Die BHU-Aufträge für die Ingenieurarbeiten der Betriebs- und Sicherheitsanlagen (BSA) habe die Y. \_\_\_\_\_ AG mit Zuschlag vom 5. Oktober 2010 (publiziert auf simap.ch am 8. Oktober 2010; Projekt-ID 46865) erhalten. Die BHU-Aufträge für die Planerleistungen beinhalteten alle Arbeiten im Zusammenhang mit den Betriebs- und Sicherheitsanlagen (BSA) für die N01/46, 48 UPlaNS Effretikon - Ohringen bzw. N04/08 UPlaNS Kleinandelfingen - Verzweigung Winterthur Nord, so auch die Vorbereitung der Ausschreibungen. Im Angebot der Y. \_\_\_\_\_ AG bzw. im darin enthaltenen Vertragsentwurf sei unter den Subplanern die Beschwerdeführerin angegeben. B. \_\_\_\_\_, Angestellter der Beschwerdeführerin, werde in der Offerte der Y. \_\_\_\_\_ AG im Formular "Subplaner" als Spezialist für Verkehrstechnik auf Nationalstrassen und im Organigramm zugleich als Experte für dynamische Verkehrsleitsysteme und Signalisationen aufgeführt und zur Leistungserbringung angeboten. Der Beschwerdeführerin habe folglich bewusst sein müssen, dass sie sich durch ihre Zusage, der Y. \_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin bei der Planung des vorliegenden Projekts zur Seite zu stehen und mit ihr gemäss ASTRA-Richtlinie "Bau der Nationalstrassen" in den Teilphasen 21 (Projektstudie), 31 (generelles Projekt), 32 (Detailprojekt) und 33 (Ausführungsprojekt) tätig zu werden, nicht ohne Weiteres auch als Anbieterin am Verfahren habe beteiligen können. Die Beschwerdeführerin habe "an den vorliegenden Ausschreibungsprojekten" als Subunternehmerin der Y. \_\_\_\_\_ AG sowohl in der technischen Beratung als auch an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bzw. von Teilen davon mitgewirkt, welche erstens eine wichtige Grundlage der streitbetroffenen Submission bildeten und zweitens auch den Ausgangspunkt allen Schaffens des Leistungserbringers, welcher den streitigen Auftrag zu erfüllen haben werde, darstellten. Gegenüber der Vergabestelle habe die Y. \_\_\_\_\_ AG bestätigt, dass die Beschwerdeführerin bei der Vorbereitung und Erarbeitung des Pflichtenheftes "Verkehringenieur für VM-Ausrüstung" massgeblich mitgearbeitet habe. Vorliegend gehe es nicht darum, dass sich die Beschwerdeführerin bis hierhin als bisherige Erbringerin der nämlichen, nun erneut zur Vergabe stehenden Leistungen betätigt habe. Vielmehr sei das streitbetroffene Vorhaben Teil einer Kette mehrerer Dienstleistungsteile, bei denen der frühere jeweils die Grundlage für den späteren bilde. Der Ausschluss der mit der Ausschreibung vorbefassten Firma Y. \_\_\_\_\_ AG umfasse implizit auch die Subunternehmen der Ausgeschlossenen. Die Pflichtenhefte bildeten neben den Grundlagen (vgl. Ziff. 2 der Pflichtenhefte) die wichtigsten Ausschreibungsunterlagen, weil sich allein hieraus ergebe, worum es im streitigen Auftrag tatsächlich gehen werde. Die übrigen Unterlagen seien letztlich administrativer Natur oder dienten der Visualisierung der Projektstrecken bzw. dem Vergabeverfahren selber. Die Y. \_\_\_\_\_ AG (und mit ihr letztlich auch die Beschwerdeführerin als Subunternehmerin) habe sich monatelang intensiv mit der künftigen Aufgabenstellung auseinandersetzen können, namentlich auch im Hinblick auf die bevorstehende Ausschreibung des streitigen Auftrages, und sie habe dabei die im Einzelnen vielleicht teilweise als geringfügig erscheinenden Vorlieben, Wünsche, Befürchtungen und Risikoeinschätzungen der Vergabestelle gut kennengelernt. Dass die Beschwerdeführerin das von ihr vorgespurte Projekt gut verstehen und umsetzen könnte und dass sie in ganz besonderem Masse wisse, worauf es der Vergabestelle ankomme, ergebe sich aus dieser Konstellation praktisch zwingend von selbst. Die

Submissionsunterlagen der BHU sowie ihrer Subunternehmen seien der Schlüssel zu nutzbringenden Angeboten. Mithin sei das Pflichtenheft zur wichtigen Ausschreibungsunterlage geworden, denn es habe nicht bloss der Offertkalkulation gedient; vielmehr habe es schon in der Submissionsphase verstanden und skizzenhaft weiterentwickelt, in die Zukunft extrapoliert werden müssen. Damit handle es sich um eine Ausschreibungsunterlage von mindestens gleicher faktischer Qualität und rechtlicher Qualifikation wie es etwa bei der Ordnung der Zuschlagskriterien oder bei den Grundlagen zum Projekt der Fall sei. Schliesslich sei mit Blick auf die konkrete Bewertung nicht zu verkennen, dass selbst dann, wenn man habe annehmen müssen, dass keine Vorbefassung im klassischen Sinne vorliege, eine gravierende Gleichbehandlungsproblematik gegeben sei, wenn man die Ausgangslage unter Berücksichtigung der Mitwirkung der Y.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen der Evaluation betrachte.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerin erwiderte in ihrer Stellungnahme vom 11. Juli 2012, sie habe bis anhin überhaupt keine Ahnung davon gehabt, dass die Y.\_\_\_\_\_ AG offenbar direkt von der Vergabestelle mit der Vorbereitung und Ausfertigung der Ausschreibung der strittigen Beschaffung (Projekt-ID 80987) beauftragt worden sei. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Y.\_\_\_\_\_ AG mit Zuschlag vom 5. Oktober 2010 einen Auftrag für Ingenieurarbeiten, Betriebs- und Sicherheitsanlagen erhalten habe (Projekt-ID 46865). Richtig sei, dass die Beschwerdeführerin im Organigramm der Y.\_\_\_\_\_ AG für diese am 5. Oktober 2010 zugeschlagene Vergabe als Subplanerin aufgeführt worden sei. Allerdings beinhalte der mit Zuschlag vom 5. Oktober 2010 erteilte Auftrag in keiner Art und Weise die Vorbereitung und Durchführung der dem jetzt beanstandeten Zuschlag zugrundeliegenden Ausschreibung. Ferner sei in den damaligen Ausschreibungsunterlagen für das Projekt 46865 explizit festgehalten worden, dass ein allfälliger Zuschlag nicht zum Ausschluss hinsichtlich der später zu submitierenden und zu vergebenden Ingenieurarbeiten führe. Einzig bezüglich der mit Zuschlag vom 5. Oktober 2010 vergebenen Arbeiten sei die Beschwerdeführerin ein Subplaner-Verhältnis mit der Y.\_\_\_\_\_ AG eingegangen. Im Rahmen dieser Zusammenarbeit habe die Y.\_\_\_\_\_ AG die Beschwerdeführerin wissen lassen, dass abgeklärt werde, ob die Arbeiten des Verkehrsingenieurs allenfalls vom erhaltenen Auftrag abgekoppelt und separat ausgeschrieben werden sollten. Im Zusammenhang mit diesen Abklärungen habe die Y.\_\_\_\_\_ AG die Beschwerdeführerin aufgefordert, ein allgemeines Leistungsverzeichnis für Verkehrsingenieurarbeiten zu erstellen. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdeführerin nachgekommen und habe für die Y.\_\_\_\_\_ AG ein Leistungsverzeichnis in allgemeiner Art und Weise erstellt. Es habe dabei weder konkrete Projektierungsarbeit zu erledigen gegeben, noch sei der konkrete Projektierungsumfang bekannt gewesen. Die Y.\_\_\_\_\_ AG sei offenbar einzig deshalb vom vorliegenden Verfahren ausgeschlossen worden, weil sie die Ausschreibung selber erstellt habe. Im Rahmen eines solchen Auftrages sei die Beschwerdeführerin aber nie Subunternehmerin der Y.\_\_\_\_\_ AG gewesen. Der Beschwerdeführerin sei nicht bekannt, dass die Y.\_\_\_\_\_ AG als Bauherrenunterstützerin über die Mitwirkung bei der Ausarbeitung und Erstellung der Ausschreibungsunterlagen hinaus auch im Evaluationsteam der Submission Einsitz genommen habe. Ihr sei nicht einmal bekannt, dass die Y.\_\_\_\_\_ AG überhaupt Aufträge zur Ausschreibung von Verkehrsingenieurarbeiten erhalten habe. Die Beschwerdeführerin sei beim vorliegend beanstandeten Submissionsverfahren (Projekt-ID 80987) weder als Beraterin noch als Subunternehmerin der Y.\_\_\_\_\_ AG bei der

Ausarbeitung der Vergabeunterlagen aufgetreten. Eine enge vertragliche Bindung mit der Bauherrenunterstützung durch die Y.\_\_\_\_\_ AG sei demnach schlicht nicht gegeben. Das in der Vernehmlassung des ASTRA angeführte Organigramm sei ebenso unbehelflich, sei es doch lediglich für den am 5. Oktober 2010 erfolgten Zuschlag im Projekt 46865 massgebend gewesen.

## **E. 6**

Mit Eingabe vom 2. August 2012 duplizierte das ASTRA, es habe keinen weiteren Vertrag mit der Y.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossen. Weder dem Angebot noch dem Vertrag lasse sich entnehmen, dass im Arbeitsumfang auch die Erstellung der Submissionsunterlagen enthalten sei. Aufgrund der Ausschreibung zum Planerauftrag Ingenieur BSA - welcher der Y.\_\_\_\_\_ AG, mit der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin, am 8. Oktober 2010 erteilt worden sei - habe das ASTRA auch nicht jede der künftig zu erbringenden Leistungen explizit und im Detail auführen können und müssen. Weil bei solchen Planerverträgen viele verschiedene Projektteilschritte und -einflüsse den effektiven Arbeitsumfang bei der Ausführung mitbestimmen, hätten die Unternehmen selber auch keine Kostenkalkulation erstellen müssen. Aus den Angebotsunterlagen werde ersichtlich, dass die Abrechnung nach tatsächlich erbrachtem Zeitaufwand mit Kostendach erfolgen werde. Den Arbeitsrapporten lasse sich eindeutig entnehmen, dass die Beschwerdeführerin vom 8. September bis zum 12. Dezember 2010 im Rahmen der Erstellung des Leistungsverzeichnisses für die Submission Verkehrsingenieur im vorliegenden Projekt tätig gewesen sei. Aus den Projektleitungsprotokollen werde ersichtlich, dass die Y.\_\_\_\_\_ AG im Rahmen ihres Vertrages als Ingenieur BSA im Projekt N01/46, 48 UPlaNS Effretikon - Winterthur-Ohringen neben anderen Projektierungsarbeiten BSA auch mit der Submission Verkehrsingenieur befasst gewesen sei. Dass die Beschwerdeführerin für die Y.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin für die vorliegende Ausschreibung tätig geworden sei, lasse sich auch aus dem Quervergleich der verschiedenen Dokumente ableiten. Vergleiche man nämlich die Protokolle bzw. die darin enthaltenen Aussagen zur Submission Verkehrsingenieur mit den Rechnungen bzw. den Arbeitsrapporten der Beschwerdeführerin, so stimmten diese bezüglich zeitlichem Ablauf und ausgeführten Tätigkeiten absolut überein. Dem der Vergabestelle zugekommenen E-Mail-Verkehr lasse sich eindeutig entnehmen, dass B.\_\_\_\_\_ als im Projekt von der Y.\_\_\_\_\_ AG eingesetzter Subunternehmervertreter der Beschwerdeführerin für zwei "Submissionen Verkehrsingenieur" tätig geworden sei, nämlich für den 1. Teil "Anschluss Effretikon - Anschluss Ohringen inkl. Option Anschluss Ohringen - Verzweigung N01/N07" (vorliegendes Verfahren) und den 2. Teil "Verzweigung Winterthur Nord - Kleinandelfingen". Im zeitlichen Ablauf decke sich der Mailverkehr sowohl mit den Aussagen in den Leistungsverzeichnissen der Beschwerdeführerin und der Y.\_\_\_\_\_ AG als auch mit den Aussagen zum Stand des Submissionsverfahrens in den Projektierungsprotokollen. Der E-Mail-Verkehr verdeutliche zudem eindrücklich, dass die Beschwerdeführerin ab Anfang September 2011 in die Submission involviert gewesen sei und ein Austausch von Informationen, Daten und Plänen zwischen ihr und der Y.\_\_\_\_\_ AG stattgefunden habe. Diese Informationen und Daten bildeten die wichtigsten Grundlagen für die Ausschreibung; ohne sie hätte das Leistungsverzeichnis durch die Beschwerdeführerin nicht erstellt werden können. Der Y.\_\_\_\_\_ AG habe im Bereich Verkehrstechnik/Verkehrsmanagement das benötigte Spezialwissen gefehlt. Weil sich die Parteien persönlich kannten und weil die Y.\_\_\_\_\_ AG um die Spezialisierung der Beschwerdeführerin bzw. von B.\_\_\_\_\_ gewusst habe, habe sie diese als Subplanerin für

das Projekt N01/46, 48 Effretikon - Ohringen beigezogen. Als Spezialistin im vorliegenden Aufgabengebiet habe die Beschwerdeführerin die Ausschreibungsunterlagen verfassen und zugleich im Rahmen ihres Angebotes quasi die "Antworten" auf die Fragestellungen, Analysen und die Organisation liefern können. Dafür habe die Beschwerdeführerin auch genügend Zeit gehabt, habe sie doch mindestens ab dem 6. September 2011 von der für den Januar 2012 geplanten Submission gewusst und ihr während der Erstellung des Leistungsverzeichnisses angeeignetes Wissen vollumfänglich in das Angebot einfließen lassen können. Abweichend von der Vernehmlassung vom 29. Juni 2012 bezeichnete das ASTRA nun nicht mehr die Y. \_\_\_\_\_ AG, sondern die ebenfalls mit der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 wegen Vorbefassung ausgeschlossene Q. \_\_\_\_\_ AG als Bauherrenunterstützerin (BHU). Diesbezüglich hielt es in der Duplik vom 2. August 2012 fest, innerhalb des vorliegenden Projekts unterstütze bzw. vertrete die Q. \_\_\_\_\_ AG die Vergabestelle und nehme damit als "Stab Bauherrenunterstützung in den Phasen der Projektstudie, des Generellen Projekts (GP) / Globalen Erhaltungskonzeptes (EK), des Ausführungsprojektes (AP) / Massnahmenkonzeptes (MK) und des Detailprojektes (DP) / Massnahmenprojektes (MP) umfassende Führungs- und Koordinationsaufgaben" wahr. Demgegenüber stelle die Y. \_\_\_\_\_ AG "als Ingenieur Betriebs- und Sicherheitsanlagen (BSA) im vorliegenden Projekt" aufgrund des Vertrages vom 20. Dezember 2010 die umfassende Bearbeitung aller Aspekte für die Instandstellung oder den Ersatz bzw. Ausbau aller BSA-Einrichtungen sicher und sei demnach "der eigentliche Projektverfasser BSA", d.h. sie zeichne damit auch für die vorliegend zur Diskussion stehende Ausschreibung verantwortlich.

## **E. 7**

Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren hat das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Vergabe der Verkehrsingenieursdienstleistungen anlässlich der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 gesetzeskonform war. Ziff. 5 von Ziff. 4.5 der Ausschreibung vom 24. Juni 2010, wonach "ein Zuschlag im vorliegenden Submissionsverfahren nicht zum Ausschluss in den später zu submittierenden und zu vergebenden Ingenieurarbeiten" führt, vermag diese gerichtliche Beurteilung nicht vorwegzunehmen. Vielmehr hat das Bundesverwaltungsgericht selbst, gestützt auf Art. 21a VöB, darüber zu befinden, ob die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren mit der Projekt-ID 80987 in unzulässiger Weise vorbefasst war, nachdem sie im vorangegangenen (Projekt-ID 46865) als Subunternehmerin der damaligen Zuschlagsempfängerin aufgetreten war. Bei dieser Beurteilung sind insbesondere öffentliche und Drittinteressen, wie sie namentlich in den in Art. 1 BöB verankerten Prinzipien zum Ausdruck kommen, in Betracht zu ziehen. Angesichts dessen spielt es auch keine Rolle, ob die Beschwerdeführerin als Subunternehmerin der Y. \_\_\_\_\_ AG um deren genaue Funktion in der späteren Ausschreibung der Dienstleistungen des Verkehrsingenieurs wusste. Massgebend ist allein, ob sie, aus dem Blickwinkel der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 betrachtet, in unzulässiger Weise vorbefasst war.

## **E. 8.1**

Bestandteil der Offerte der Y. \_\_\_\_\_ AG vom 28. Juli 2010 bildet die von der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB) herausgegebene, durch die Bieterin ergänzte "Vertragsurkunde für Planerleistungen", auf deren erster Seite die Beschwerdeführerin als Subplanerin der Beauftragten erwähnt wird. Als Mitarbeiter, den die Subplanerin für diesen Auftrag

freistellt, wird auf der zweiten Seite B.\_\_\_\_\_, "Spezialist für Verkehrstechnik auf NS" mit dem Fachgebiet "Verkehrswesen", genannt, dessen Funktion im Projekt mit "Experte Verkehr, Einsatz 5 - 10 %" umschrieben wird. Weiter enthält die Offerte vom 28. Juli 2010 ein Organigramm, das B.\_\_\_\_\_ ganz unten in einem dem Kästchen "Los E BSA, Projektleitung Y.\_\_\_\_\_ AG" angehängten Kästchen "Experten Verkehr (Sub-Planer, bei Bedarf)" zusammen mit einem anderen Verkehrsexperten zeigt. Schliesslich wird B.\_\_\_\_\_ in einer Tabelle "Kapazitäten des Schlüsselpersonals" als "Experte Dynamische Signalisation (Subplaner)" aufgeführt. Unter Ziff. 3 der Vertragsurkunde findet sich eine Auflistung der "übertragenen Teilphasen", in welcher die in der nachfolgenden Tabelle dargestellten Punkte angekreuzt bzw. fett gedruckt sind (übereinstimmend mit dem zwischen der Vergabestelle und der Y.\_\_\_\_\_ AG geschlossenen Vertrag für Planerleistungen vom 13./20. Dezember 2010): LM SIA 112, resp. LHO SIA 102, 103, 108 ASTRA-Richtlinie "Bau der Nationalstrassen" ASTRA-Richtlinie "Unterhalt der Nationalstrassen" 21 Definition des Vorhabens / Projektdefinition, Machbarkeitsstudie Projektstudie globales Erhaltungskonzept 31 Vorprojekt generelles Projekt Massnahmenkonzept 32 Bauprojekt Detailprojekt Massnahmenprojekt 33 Bewilligungsverfahren / Auflageprojekt Ausführungsprojekt Nicht angekreuzt oder hervorgehoben wurden insbesondere die Teilphasen 41 "Ausschreibung, Offertvergleich, Vergabeantrag" sowie 51 "Ausführungsprojekt".

## **E. 8.2**

In ihrer Duplik vom 2. August 2012 führte die Vergabestelle unter Hinweis auf die S. 2 ff. des Vertrages vom 13./20. Dezember 2010 aus, weder die Offerte vom 5. August 2010 noch der Vertrag gebe in allen Einzelheiten wieder, welche Leistungen im Rahmen dieses Mandates von der Unternehmung zu erbringen seien. Somit lasse sich weder dem Angebot noch dem Vertrag entnehmen, dass im Arbeitsumfang auch die Erstellung der Submissionsunterlagen enthalten sei. Die S. 2 ff. des Vertrages vom 13./20. Dezember 2010 enthalten namentlich die im Folgenden zitierten Passagen. Ziff. 1.3.1 definiert den Vertragsgegenstand: "Vertragsgegenstand für die Planerarbeiten Ingenieur BSA ist die umfassende Bearbeitung aller planerischen Aspekte für die Instandstellung oder den Ersatz resp. Ausbau aller BSA im vorliegenden Projekt. Die Zusammenarbeit mit den übrigen am Projekt beteiligten Planern gehört ebenfalls dazu." In Ziff. 1.3.2 wird die Aufgabenumschreibung abgesteckt: "Nachfolgende Umschreibung enthält die wichtigsten Punkte. Es sind alle auch nicht explizit erwähnten Arbeiten für ein umfassendes, den Anforderungen gerecht werdendes Projekt zu leisten! Die Planungsarbeiten umfassen gemäss SIA vollumfänglich die Teilphasen 21 bis 33." Ziff. 1.3.2.3 äussert sich zur Projektierung: "Die Teilphasen 31 bis 33 umfassen unter anderem die Umsetzung der gewählten Varianten / Szenarien in ein detailliertes Projekt mit allen notwendigen Angaben, welche für die spätere Ausschreibung und Realisierung notwendig sind. Resultat ist ein umfassendes Massnahmenprojekt (Detailprojekt) mit Kostenschätzung sowie die Überführung in das Ausführungsprojekt."

## **E. 8.3**

Eine Gegenüberstellung der beiden Ausschreibungen präsentiert sich wie folgt:  
Ausschreibung vom 24. Juni 2010 Ausschreibung vom

### **E. 8.4.1**

Mit E-Mail vom 7. September 2011 (Betreff: "Verzweigung Winterthur Nord: Submission Verkehrsingenieur") schickte C.\_\_\_\_\_, Mitarbeiter der Y.\_\_\_\_ AG und im Projekt Nr. 80427 für "Steuerungen Signalisation" verantwortlich, unter anderem einen Plan "1.021\_projektperimeter\_5000" zum "N01 Anschluss Effretikon - Anschluss Ohringen" an B.\_\_\_\_\_, wobei er einleitend festhielt: "Anschliessend die Infos zur Erstellung des Leistungsverzeichnisses." Am 28. September 2011 schrieb B.\_\_\_\_\_ ein E-Mail an C.\_\_\_\_\_ (Betreff "Verzweigung Winterthur Nord: Submission Verkehrsingenieur"), in welchem er einleitend bemerkte: "Für das Erstellen des LV Verkehrsingenieur habe ich noch folgende grundsätzliche Fragen, welche Du an der morgigen Sitzung nach Möglichkeit klären könntest (wie telefonisch abgemacht) [...]." Das Deckblatt eines vom ASTRA eingereichten Protokollauszuges trägt die Überschrift "Projektleitungs-Sitzung 08 / 2011 N01 - 080427 - UPlaNS Effretikon - Winterthur-Ohringen"; als Sitzungsdatum wird der 29. September 2011 genannt, und als Teilnehmer wird namentlich C.\_\_\_\_\_ von der Y.\_\_\_\_ AG (mit dem Vermerk "BSA") aufgeführt. Unter Ziff. 7 ("BSA") des Protokolls findet sich insbesondere die folgende Bemerkung: "Dienstleistungen für Verkehrstechnik und die verkehrslenkenden Massnahmen (dynamische Signalisation) werden seitens Auftraggeber noch beschafft. Für den UPlaNS der N01 ist eine öffentliche Beschaffung, für den UPlaNS der N04 eine [...] vorgesehen. Zurzeit werden seitens Y.\_\_\_\_ AG Pflichtenhefte für die zu beschaffenden Dienstleistungen (Phasen 32, 33) erarbeitet." In einem E-Mail vom 29. September 2011 an B.\_\_\_\_\_ (Betreff: "Verzweigung Winterthur Nord, Submission Verkehrsingenieur") erklärte C.\_\_\_\_\_, der Titel für das "LV" solle "VI für VM-Ausrüstung" heissen. Diese Bezeichnung entspricht dem Projektitel der vorliegend zu beurteilenden Beschaffung vom 10. Januar 2012 ("Verkehrsingenieur für VM-Ausrüstung"). "VM" steht offensichtlich für "Verkehrsmanagement". In einem E-Mail vom 10. Oktober 2011 an C.\_\_\_\_\_ (Y.\_\_\_\_ AG) mit dem Betreff "Verzweigung Winterthur Nord: Submission Verkehrsingenieur" schrieb B.\_\_\_\_\_ unter anderem: "Im Anhang das LV Submission Verkehrsingenieur. [...] Das LV ist in zwei Teile eingeteilt (separate Tabellen-Blätter): 1. Teil: Anschluss Effretikon - Anschluss Ohringen inkl. Option Anschluss Ohringen - Verzweigung N01/07 2. Teil: Verzweigung Winterthur Nord - Kleinandelfingen [...]."

#### **E. 8.4.2**

Aus dieser Korrespondenz, insbesondere aus dem zuletzt zitierten E-Mail vom 10. Oktober 2011, muss geschlossen werden, dass B.\_\_\_\_\_, Vertreter der Beschwerdeführerin und Schlüsselperson im Projekt Nr. 080427, d.h. sowohl in der Vergabe vom 5. Oktober 2010 (als Subplaner) als auch in derjenigen vom 10. Mai 2012 (als Projektleiter), bewusst das Leistungsverzeichnis für die hier zu beurteilende Beschaffung verfasste. Angesichts dessen erscheint die Darstellung der Beschwerdeführerin, sie sei im vorliegend beanstandeten Submissionsverfahren weder als Beraterin noch als Subunternehmerin der Y.\_\_\_\_ AG bei der Ausarbeitung der Vergabeunterlagen aufgetreten, wenig plausibel. Immerhin fertigte sie zu Händen der Y.\_\_\_\_ AG das "LV Submission Verkehrsingenieur" an. Die Funktion des Verkehrsingenieurs (für VM-Ausrüstung) wurde aber gerade durch die Ausschreibung vom 10. Januar 2012 vergeben, was schon deren Projektitel zeigt. Laut Offerte der Beschwerdeführerin vom 17. Februar 2012 würde B.\_\_\_\_\_ (ebenso wie sein Stellvertreter) bei diesem Auftrag neben der Projektleitung zu einem grossen Teil auch die Bearbeitung der einzelnen Leistungspakete übernehmen. Letztere jedoch formulierte er als Spezialist und Verfasser des Leistungsverzeichnisses weitgehend selbst. Mit dem Leistungsverzeichnis erarbeitete die Beschwerdeführerin ein wesentliches Element der

Ausschreibung, für die sie selbst offerierte. Ihre oben auszugsweise wiedergegebene Korrespondenz mit der Y.\_\_\_\_\_ AG vom Herbst 2011 dokumentiert den Austausch spezifischer Informationen betreffend die Vergabe der Dienstleistungen des Verkehrsingenieurs. Zudem erhielt die Beschwerdeführerin frühzeitig einen Plan des Projektperimeters. Dass die Arbeit, wie es die Beschwerdeführerin formuliert, "im Handumdrehen" erledigt werden konnte, erscheint angesichts ihrer detaillierten Rückfragen an das ASTRA via Y.\_\_\_\_\_ AG (siehe insbesondere das E-Mail von B.\_\_\_\_\_ an C.\_\_\_\_\_ vom 28. September 2011) unplausibel.

### **E. 8.5**

Unter diesen Umständen gilt die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 als vorbefasst im Sinne von Art. 21a VöB bzw. der oben dargestellten Rechtsprechung (E. 3.6 f.; vgl. auch Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1172/2011 vom 31. März 2011 E. 5.3.1). Zu prüfen bleibt, ob sie sich dennoch am Vergabeverfahren beteiligen darf. Der Beweis, dass aus ihrer Mitwirkung kein Wettbewerbsvorteil resultiert, obliegt dabei der Beschwerdeführerin (vgl. oben E. 3.6). 9.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe dadurch, dass sie im Rahmen des am 5. Oktober 2010 der Y.\_\_\_\_\_ AG erteilten Zuschlags als deren Subplanerin aufgetreten sei, keinen Wettbewerbsvorteil gehabt; sie habe aufgrund dieser Tätigkeit kein Spezialwissen erhalten. Ihr Tun habe sich auf die Lieferung eines Leistungsverzeichnisses für Verkehrsingenieure in allgemeiner Art und Weise beschränkt. Die dabei gemachten Angaben hätten alle anderen Verkehrsingenieurbüros ebenfalls "im Handumdrehen" erledigen können. Die Y.\_\_\_\_\_ AG habe am 5. Oktober 2010 den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'144'595.- (inkl. MWST und Nebenkosten) erhalten. In diesem Auftrag habe die Beschwerdeführerin gegenüber der Y.\_\_\_\_\_ AG Aufwendungen in Höhe von gerade einmal Fr. 1'912.50 (exkl. MWST und Auslagen) in Rechnung gestellt; von einer massgebenden Beteiligung der Beschwerdeführerin an irgendeinem Projekt könne wohl nicht ernsthaft die Rede sein. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin im jetzigen Verfahren erscheine daher auch aufgrund der Geringfügigkeit ihrer Arbeiten (anlässlich der früheren Ausschreibung) als unverhältnismässig und geradezu stossend. 9.2 Hierauf entgegnet die Vergabestelle, weil die Vergütung gemäss Vertrag nach effektivem Aufwand erfolge, habe auch die Y.\_\_\_\_\_ AG ein Arbeitsjournal geführt. Für die Erstellung der Submissionsunterlagen bis und mit Publikation und Beantwortung der Fragen in der Zeit vom 1. September 2011 bis zum 31. Januar 2012 habe die Y.\_\_\_\_\_ AG selber 28.75 Stunden abgerechnet. Stelle man diesen die von der Beschwerdeführerin abgerechneten 15.00 Stunden gegenüber, so relativierten sich deren Aussagen, worin sie die Zuschlagssumme von Fr. 1'144'595.- (inkl. MWST und Nebenkosten) mit ihren abgerechneten Aufwendungen von Fr. 1'912.50 (exkl. MWST und NK; Fr. 2'078.90 inkl. MWST und Nebenkosten) vergleiche, sehr stark. Tatsächlich gingen von den für das Ausarbeiten und Erstellen des Leistungsverzeichnisses gesamthaft abgerechneten 43.75 Stunden zwei Drittel zu Lasten der Beschwerdeführerin, ohne dass diese - im Gegensatz zur Y.\_\_\_\_\_ AG - allgemeine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausschreibung vorgenommen hätte. Zwar seien das Pflichtenheft und sämtliche anderen Unterlagen auf simap.ch allen Interessierten zur Verfügung gestellt worden. Die Offertbearbeitungszeit habe jedoch nicht ausgereicht, damit die übrigen Bieterinnen das projektspezifische Wissen, das sich die Y.\_\_\_\_\_ AG und ihre Subunternehmer im Rahmen der Ausarbeitung des Pflichtenheftes angeeignet hätten, ebenfalls hätten erwerben können. Zum anderen habe die Beschwerdeführerin im Zuge ihrer über mindestens vier Monate dauernden intensiven

Vorbefassung mannigfache Wettbewerbsvorteile gewonnen, welche in den Pflichtenheften und in den Grundlagen nicht zum Ausdruck kämen und daher durch Überlassung derselben von vornherein nicht hätten allgemein zugänglich gemacht werden können. 9.3 9.3.1 Ob die festgestellte Vorbefassung unzulässig ist, muss in erster Linie mit Blick auf die Ausschreibung vom 10. Januar 2012 beurteilt werden. Es mag zwar zutreffen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen der Vergabe vom 5. Oktober 2010 nur für einen verhältnismässig kleinen Teil der Auftragssumme verantwortlich zeichnete. Massgebend kann jedoch nicht allein eine rein rechnerische Betrachtung ihres Beitrages zum vorangegangenen, die Vorbefassung begründenden Auftrag sein. Vielmehr gilt es, die Implikationen ihres dort gewonnenen Wissens für ihre Stellung als Offerentin bei der anschliessenden Beschaffung der Dienstleistungen eines Verkehrsingenieurs zu würdigen. Nur den anteiligen betragsmässigen Aufwand der Beschwerdeführerin zu werten wäre besonders deshalb inadäquat, weil es um die Bedeutung von Informationen, Plänen und projektbezogenen Kenntnissen geht, also nicht um zahlenmässig erfassbare Parameter.

9.3.2 Nach Art. 18 Abs. 1 Bst. b VöB müssen die Ausschreibungsunterlagen einen umfassenden Produkte- oder Aufgabenbeschrieb oder - wie im vorliegenden Fall - ein detailliertes Leistungsverzeichnis enthalten. Dieses bestimmt unmittelbar den Inhalt des mit dem Zuschlagsempfänger abzuschliessenden Vertrages; ein davon abweichender Vertragsinhalt darf nicht vereinbart werden (Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 225). Folglich bildet das Leistungsverzeichnis ein Kernelement der Ausschreibung. Auf ihm beruhen insbesondere auch die einzelnen Offerten. Gemäss Begriffsdefinition des Bundesamtes für Bauten und Logistik (BBL) soll ein Leistungsverzeichnis "so angewendet werden können, dass der Offerent lediglich die von ihm angebotenen Preise einsetzen kann" ([gimap.admin.ch/praxis/glossar/d/lvz.htm](http://gimap.admin.ch/praxis/glossar/d/lvz.htm)). Dementsprechend weist das Leistungsverzeichnis jedenfalls vorliegend einen verhältnismässig hohen Detaillierungsgrad auf, was wiederum auf einen frühzeitigen vertieften Einblick des Verfassers dieses Verzeichnisses in die Einzelheiten der zu beschaffenden Verkehrsingenieursleistungen schliessen lässt.

9.3.3 Ziff. 4 des "Pflichtenheft[es] Verkehrsingenieur für VM-Ausrüstung" der Ausschreibung vom 10. Januar 2012 bestimmt den Leistungsumfang im Detail, untergliedert in Ziff. 4.1 "Massnahmenkonzept" (SIA-Phase 31: "Vorprojekt") und Ziff. 4.2 "Massnahmenprojekt" (SIA-Phase 32: "Bauprojekt"). Ziff. 4.1 und 4.2 listen den jeweiligen Leistungsumfang in tabellarischer Form mit je mehreren Einzelmassnahmen, welche ihrerseits in stichwortartig dargestellte Teilaktivitäten gegliedert sind, auf. So setzt sich das Massnahmenkonzept aus folgenden einzelnen Massnahmen zusammen: - Projektgrundlagen - Vorgaben an Signalisation und Betriebszustände ermitteln - Festlegung dynamische Signalisation - Option: Pannestreifenumnutzung - Option: Rampenbewirtschaftung - Verkehrszähler - Verkehrszustandsanalyse - Betriebszustände - Schnittstellen - Dossier Massnahmenkonzept VM-Ausrüstungen Anschluss Effretikon - Anschluss Ohringen; Option bis Verzweigung N01/N07 - Projektleitung. Die Massnahme "Festlegung dynamische Signalisation" beispielsweise besteht aus folgenden Schritten: - Festlegung Signalisation Geschwindigkeitsharmonisierung und Gefahrenwarnung gemäss Ausrüstungsgrad "Mittel" (RL VM-CH) - Festlegung Wegweisung (v.a. Wechselwegweisung) und Wechseltaxanzeigen (WTA) gemäss nationale und lokale VMP - Erstellen Signalisationspläne 1:2000 inkl. schematische Darstellung Signalportale - Erstellen Mengengerüst Signalisations- und Betriebsmittel - Abstimmen der Signalisationsstandorte mit PV Trasse und PV BSA.

9.3.4 Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, das

Leistungsverzeichnis erstellt zu haben. Allerdings relativiert sie ihren Beitrag, indem sie vorbringt, ihr Tun habe sich auf die Lieferung eines Leistungsverzeichnisses für Verkehrsingenieure "in allgemeiner Art und Weise" beschränkt. Aufgrund der zitierten E-Mail-Korrespondenz ist jedoch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin beide Teile des detaillierten Leistungsverzeichnisses - Massnahmenkonzept und Massnahmenprojekt - überwiegend selbst erarbeitete. Bestätigt wird dieser Befund durch das Argument des ASTRA, von den für das Ausarbeiten und Erstellen des Leistungsverzeichnisses gesamthaft abgerechneten 43.75 Stunden gingen zwei Drittel zu Lasten der Beschwerdeführerin. Dagegen, dass die Y. \_\_\_\_\_ AG den Inhalt des Leistungsverzeichnisses zu einem wesentlichen Teil selbst bestimmt haben könnte, spricht auch die Tatsache, dass sie zahlreiche Fragen der Beschwerdeführerin nicht beantworten konnte, sondern zuerst an der Projektleitungssitzung vom 29. September 2011 klären musste (vgl. E-Mail von B. \_\_\_\_\_ an C. \_\_\_\_\_ vom 28. September 2011: "Für das Erstellen des LV Verkehrsingenieur habe ich noch folgende grundsätzliche Fragen, welche Du an der morgigen Sitzung nach Möglichkeit klären könntest [wie telefonisch abgemacht] [...]"). In einem E-Mail an B. \_\_\_\_\_ vom 7. Oktober 2011 schrieb C. \_\_\_\_\_: "Bitte schicke mir mit dem LV auch gleich Deine Rapporte für die Erstellung. Wir müssen Deine Stunden zur Leistungskontrolle in einem speziellen Tool des Bauherrn eingeben." Am 10. Oktober 2011 sandte B. \_\_\_\_\_ ein E-Mail an die Y. \_\_\_\_\_ AG (C. \_\_\_\_\_), in welchem er einleitend bemerkte: "Im Anhang das LV Submission Verkehrsingenieur." Abschliessend hielt er dort Folgendes fest: "Ich bitte um Prüfung der ersten Version des LV VI. Sobald das LV bereinigt ist, werde ich auch die entsprechenden Stunden liefern." Diese beiden Mails deuten ebenfalls darauf hin, dass es im Wesentlichen die Beschwerdeführerin war, die das Leistungsverzeichnis verfasste. 9.4 Demzufolge brachte die Ausarbeitung des detaillierten Leistungsverzeichnisses einen bedeutenden, nicht mehr als geringfügig zu bezeichnenden Wissensvorsprung für die Beschwerdeführerin mit sich, und ihre Mitwirkung war keineswegs von untergeordneter Natur; der Beweis, dass daraus kein Wettbewerbsvorteil resultierte, gelingt der Beschwerdeführerin nicht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2004 vom 25. Januar 2004 E. 3.3 und Trüeb, Art. 11 BöB N. 14). Bereits im Herbst 2011, d.h. schon einige Monate vor der Publikation der Ausschreibung, kannte sie die Einzelheiten der zu vergebenden Dienstleistung des Verkehrsingenieurs, hatte sie diese als Spezialistin doch selbst formuliert. Sie hatte deshalb auch die Möglichkeit, sich frühzeitig, vor allen anderen Bietern, etwa mit der Kalkulation sowie dem erforderlichen Ressourceneinsatz zu befassen und entsprechende Planungen in die Wege zu leiten. Mit anderen Worten konnte die Beschwerdeführerin von einem erheblichen Wissensvorsprung profitieren, welcher den weiteren Bewerbern gegenüber nicht offengelegt oder ausgeglichen wurde (vgl. oben E. 3.5). Sie macht auch nicht geltend, aus Gründen des Wettbewerbs hätte im Sinne von Art. 21a Abs. 1 Bst. b VöB auf den Ausschluss verzichtet werden müssen (vgl. oben E. 3.4), und die Vergabestelle wandte diese Norm nicht an, zumal insgesamt neun Offerten eingereicht wurden.

## **E. 10**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Beschwerdeführerin zu Recht wegen Vorbefassung vom Verfahren zur Vergabe der Dienstleistungen des "Verkehrsingenieurs für VM-Ausrüstung" ausgeschlossen wurde (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 681, wonach die Ausarbeitung eines Leistungsbeschreibs durch einen Unternehmer grundsätzlich zur Folge hat, dass dieser als Anbieter in der betreffenden Submission wegen Vorbefassung keine Offerte einreichen darf). Der Antrag der Beschwerdeführerin auf

Aufhebung des Vergabeentscheides vom 10. Mai 2012 und Rückweisung der Sache an die Vergabestelle ist daher abzuweisen. In Anbetracht dessen sind auch die übrigen prozessualen Anträge hinfällig.

#### **E. 11**

Vor diesem Hintergrund kann die Frage, ob infolge der Mitwirkung der Y.\_\_\_\_\_ AG bei der Evaluation eine - wie es die Vergabestelle ausdrückt - "gravierende Gleichbehandlungsproblematik" gegeben sei, offengelassen werden.

#### **E. 12**

Abschliessend ist noch über die Verfahrenskosten und allfällige Parteientschädigungen zu befinden.

##### **E. 12.1**

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 ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes auf Fr. 2'400.- festzusetzen (vgl. oben E. 2.5, wonach sich eine Reduktion nicht rechtfertigt). Sie ist der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- zu verrechnen.

##### **E. 12.2**

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).

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