

BVGer B-3157/2020 vom 23. Dezember 2020

Bundesverwaltungsgericht, 2020-12-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3157_2020

FR: TAF B-3157/2020 du 23 décembre 2020

IT: TAF B-3157/2020 del 23 dicembre 2020

Regeste

Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und entsprechend auf die Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-6177/2008 vom 25. November 2008 bzw. BVGE 2008/61, nicht publizierte E. 2.1 m.H. "Hörgeräte").

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (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 m.H. "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 untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang Annex 1 zum GPA).

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 bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. September 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum 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 unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71300000 - Dienstleistungen von Ingenieurbüros aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung) und unter die Dienstleistungskategorie CPC 27 (Sonstige Dienstleistungen) subsumiert (vgl. Ziff. 2.1 der Ausschreibung). Die angeführte CPV-Nummer 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" (Zwischenverfügung des BVGer B-2297/2017 vom 3. Juli 2017 E. 1.3.3). 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. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2 "Projektcontrollingsystem AlpTransit").

E. 1.2.3

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 1'604'940.00 exkl. MWST vergeben (Ziff. der 2.6 Zuschlagspublikation). Damit ist der Schwellenwert für Dienstleistungen von Fr. 230'000.- 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 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (SR 172.056.12) zweifelsfrei überschritten.

E. 1.2.4

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 1.3

Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

E. 1.4

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG).

E. 1.5

Das BöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 BöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1772/2014 vom 21. Oktober 2014 E. 1.2.1 "Geo-Agrardaten"). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vergabestelle am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG). Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die Zuschlagsverfügung vom 25. Mai 2020 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Die Vergabestelle hat den Beschwerdeführerinnen am 2. Juni 2020

mitgeteilt, dass ihr Angebot aufgrund formeller Fehler von der Bewertung habe ausgeschlossen werden müssen. Im Schreiben vom 2. Juni 2020 machte die Vergabestelle die Beschwerdeführerinnen zudem auf die Veröffentlichung des Zuschlags auf der Internetplattform simap.ch aufmerksam und verwies für die Rechtsmittelbelehrung auf die elektronische Publikation. Praxisgemäss lässt sich das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle qualifizieren (Urteile des BVGer B-5941/2019 vom 19. Februar 2020 E. 1.3 "Lärmschutzwände N03/76 und N13/28 I", B-985/2015 vom 12. Juli 2016 E. 1.4.1 "Studie Schienengüterverkehr"; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich 2013, Rz. 1271). Die Vergabestelle hat die Beschwerdeführerinnen demnach mit der Publikation des Zuschlags implizit aus dem Verfahren ausgeschlossen, womit die Beschwerdeführerinnen zu Recht nur die am 2. Juni 2020 publizierte Zuschlagsverfügung angefochten haben (BVGE 2007/13 E. 3.1 in fine). Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ihr Angebot verstosse nicht gegen die Vorgaben der Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen und sei zu Unrecht ausgeschlossen worden. Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen und den Ausschlussgrund verneinen, so wäre die Sache zumindest zu einer Neuevaluation der Angebote unter Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerinnen an die Vergabestelle zurückzuweisen und die Beschwerdeführerinnen hätten somit eine reelle Chance, den Zuschlag zu erhalten. Ihnen ist demnach die Beschwerdelegitimation zuzusprechen.

E. 1.6

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. 1.7

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerinnen vertreten den Standpunkt, ihr Ausschluss vom Vergabeverfahren sei zu Unrecht erfolgt und als überspitzt formalistisch anzusehen. Sie bemängeln, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen keine expliziten Vorgaben dazu gemacht habe, dass sämtliche Honoraransätze pro Kategorie unterschiedlich und absteigend sein oder sich in einer gewissen Bandbreite bewegen müssten. Allein der Umstand, dass für zwei Kategorien derselbe Stundenansatz offeriert worden sei, genüge nicht, um auf einen Zeitmitteltarif zu schliessen. Ein solcher liege nämlich nur dann vor, wenn ein Stundenansatz für alle eingesetzten Mitarbeiter offeriert werde. Auch die SIA-Norm 103 gebe bloss Aufschluss darüber, welche Mitarbeiter in welche Kategorie fallen würden, aber nicht über die Höhe der Honorare und deren Abstufung. Die Beschwerdeführerinnen machen unter Hinweis auf das Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 ferner geltend, dass die SIA-Ordnung 103 keine Preisbildungsregeln für degressive Honoraransätze vorgebe und dass der Zwischenentscheid des BVGer B-2297/2017 - da ganz anders gelagert - nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne. Weiter sind die Beschwerdeführerinnen der Auffassung, dass ihrerseits auch keine Frage- oder Rügepflicht bestanden habe. Zum einen seien sie in einem gleich gelagerten Verfahren nicht ausgeschlossen worden und

hätten den Zuschlag erhalten. Zum anderen hätten die späteren Ausschreibungen bzw. Ausschreibungsunterlagen der Vergabestelle den Hinweis auf die Vornahme einer zwingenden Abstufung (A>B>C>D>E>F>G) explizit aufgenommen. Vor diesem Hintergrund hätte die Vergabestelle vor dem Ausschluss Erläuterungen einholen müssen. Die Vergabestelle könne nicht schlüssig darlegen, was unter dem Verbot eines Zeitmitteltarifs zu verstehen sei und argumentiere zudem widersprüchlich, wenn sie bei der in neueren Ausschreibung enthaltenen Vorgabe einer absteigenden Abstufung (A>B>C>D>E>F>G) von einer Präzisierung der bestehenden Praxis spreche, um dann darauf hinzuweisen, dass vorliegend nicht zwingend degressive Honoraransätze verlangt worden seien. Die Beschwerdeführerinnen erklären unter Hinweis auf die in der Replik eingereichte Kostenkalkulation, dass sich der von ihnen verwendete gleiche Stundenansatz bei den Kategorien A und B auf nachvollziehbare Gründe stütze und die Vergleichbarkeit der Angebote daher nicht beeinträchtigt sei. Aus der Sicht der Beschwerdeführerinnen würde sich die Angebotssumme im Fall der Einsetzung eines Stundenansatzes von Fr. (...) in die Kategorie A um Fr. 100.00 erhöhen, was bei der Beurteilung kaum ins Gewicht fallen würde.

E. 2.2

Die Vergabestelle teilt die Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht und beharrt auf dem Umstand, dass der Ausschluss wegen wesentlichen Formfehlers zu Recht erfolgt sei. Die in der Ausschreibung (Ziff. 2.11) und den Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.1.1.3; Honorartabelle und Vertragsentwurf) aufgestellten Grundregeln für die Erstellung der Angebote seien hinreichend klar in dem Sinne zu verstehen, dass für jede der ausgeschriebenen Honorarkategorien je ein unterschiedlicher Honoraransatz anzubieten sei. In der Honorartabelle habe die Vergabestelle eine Offerte mit Honorarkategorien gemäss SIA-Norm 103 verlangt. Daraus ergebe sich, dass die verschiedenen Kategorien von Mitarbeitenden aufgrund unterschiedlicher beruflicher Qualifikation per se voneinander abweichende Honoraransätze haben müssten, ansonsten die Vergleichbarkeit der Offerte nicht gegeben wäre. Aufgrund der genannten Vorgaben hätten die Beschwerdeführerinnen die Frage-/Antwortrunde in Anspruch nehmen müssen, um die Zulässigkeit für ihr Vorgehen abzuklären. Eine nachträgliche Anpassung der Offerte würde den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzen. Mit den Hinweisen auf ein früheres Vergabeverfahren sowie auf späteren Ausschreibungen könnten die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten ableiten. Schliesslich legt die Vergabestelle dar, warum aus ihrer Sicht die Sach- und Rechtslage im Verfahren B-2297/2017 bzw. B-4969/2017 mit der vorliegenden vergleichbar bzw. nicht vergleichbar sei.

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 (Urteil des BGER 2C_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch das Urteil des BVerger B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 m.H. "Studie Schienengüterverkehr"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVerger B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"; Urteile des BVerger B-4637/2016 vom 17. März 2017

E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"). 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 "Vermessung Durchmesserlinie", 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). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (Zwischenentscheid des BVer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.8 "Produkte zur Innenreinigung III"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie").

E. 3.2

Formulierungen in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Das gilt auch für die allfällige Aufstellung von Preisbildungsregeln (vgl. Martin Beyeler, Umgelagert, gemischt und offeriert - Thesen zur Preisspekulation, in: Schweizerische Baurechtstagung 2011, Freiburg 2010, S. 125 ff., S. 148 f.). Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle beziehungsweise der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 "Mobile Warnanlagen"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566 f.). Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung derartiger Kriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen - im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle - nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Urteil des BVer 2D_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2 m.H.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 557, Rz. 564 f., mit Hinweis auf die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 "Monte Ceneri"; Urteil des BVer 2C_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1).

E. 3.3

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinne kann der Ausschluss

namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.2 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.).

E. 3.4

Zusammenfassend unterscheidet die Praxis bei unvollständigen, aber auch 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. Unter diese Kategorie fallen gravierende Formfehler, die zwingend zum Ausschluss führen. Beim Entscheid darüber, ob ein mit einem solchen Formfehler behaftetes Angebot auszuschliessen ist, hat die Vergabestelle kein Ermessen (vgl. Martin Beyeler, Anmerkungen zum BVGE 2007/13, publiziert in: Baurecht [BR] 2007 S. 84 f.). Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2005 S. 254 E. 2.1.1 sowie AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder 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 Trüb, 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 vom 28. Januar 2008 E. 2 "Erneuerung Funksystem"). 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; Trüb, a.a.O., Art. 19 BöB N. 7). 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 Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Diese Kategorie umfasst mittelschwere Formfehler, bei welchen es im Ermessen der Vergabestelle liegt, ob sie ein Angebot ausschliessen oder im Verfahren belassen will (vgl. Martin Beyeler, BR 2007 S. 84 f.). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig und vernachlässigbar sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 5.4 "Tunnelorientierungsbeleuchtung" sowie die Urteile des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 3.7.3 "Lüftung Kaserne Thun III" und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.5 m.H. "Studie Schienen-güterverkehr").

E. 4

Nachfolgend wird ausgehend von den Vorgaben in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen und deren Interpretation untersucht, ob die Anwendung des gleich hohen Stundenansatzes in den Kategorien A und B durch die Beschwerdeführerinnen einen Mangel darstellt, der dermassen gravierend ist, dass er zum Ausschluss führt bzw. diesen rechtfertigt, oder ob die Vergabestelle aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus und des Art. 9 BV verpflichtet gewesen wäre, die Beschwerdeführerinnen auf diesen Mangel aufmerksam zu machen und ihnen Gelegenheit zu dessen Behebung zu bieten.

E. 4.1.1

In Ziff. 2.11 der Ausschreibung wird festgehalten, dass Varianten nicht zugelassen werden, dies mit der ausdrücklichen Bemerkung, dass Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen werden.

E. 4.1.2

In Ziff. 2.1.1.3 der Angebotsunterlagen für Planerleistung (Beilage 02 der Ausschreibungsunterlagen) wird der Ausschluss von Pauschal- und Globalangeboten und/oder Angeboten mit Zeitmitteltarifen gemäss Ausschreibung wiederholt. Ergänzend hierzu wird aufgeführt, dass sog. "Schein"-ZMT-Angebote nicht zulässig sind und eine vernünftige Abstufung je Honorarkategorie bzw. Funktion im Projekt einzuhalten ist. Ferner wird spezifiziert, dass sämtliche Arbeiten im Zeittarif ausgeschrieben sind. Der Auftraggeber gibt die Stunden je Funktion vor und der Anbieter darf diese nicht verändern. Es wird ausserdem eine nicht abschliessende Aufzählung der nicht verrechenbaren Leistungen gegeben, z.B. Weiterbildung und Führungsaufwand im Innenverhältnis.

E. 4.1.3

In der Beilage 08 der Ausschreibungsunterlagen befindet sich das Excel-Dokument "Zusammenstellung-Angebot", das die Anbieter für die Preis-/Honorarkalkulation auszufüllen hatten. Das Dokument setzt sich aus der Honorartabelle, der Nebenkosten-Tabelle, der Tabelle "Zusammenstellung des Angebots" sowie den Bemerkungen gemäss Ziff. 1 bis 7 zusammen. Letztere stimmen inhaltlich zum Teil mit den Ausführungen in den Angebotsunterlagen für Planerleistung überein. Die Honorartabelle, die hier auszugsweise (nur mit Bezug auf das Total der von der Vergabestelle im Voraus bestimmten Stunden) wiedergegeben wird, sieht, soweit für den vorliegenden Fall interessierend, wie folgt aus: Gemäss explizitem Hinweis am Anfang der Tabelle waren alle hellgelb hinterlegten Zeilen auszufüllen. Aus Ziff. 5 der Bemerkungen gemäss dem Excel-Dokument "Zusammenstellung-Angebot" geht mit Bezug auf die Mitarbeiterlisten Folgendes hervor: "5. Mitarbeiterlisten Dem Angebot sind aktuelle Mitarbeiterlisten beizulegen (Stand 2019). Darauf sind die für diesen Auftrag zum Einsatz kommenden Mitarbeitenden aufzuführen. Es dürfen die firmeneigenen Dokumente verwendet werden. Sie sollen eine Firmenbezeichnung sowie eine tabellarische Aufstellung mit Kolonnen mindestens für folgende Angaben enthalten: a) Name, Vorname b) Jahrgang c) Berufsausbildung, Abschlussjahr d) Anzahl Praxisjahre (seit Berufsabschluss) e) Fachgebiet und Tätigkeit/Funktion f) Vorgesehene Funktion im Projekt g) Vorgesehene KBOB-Honorarkategorie 2020 (Einstufung gemäss SIA 103:2020) Mit der Mitarbeiterliste abgegebene Einstufungen in Funktion/Kategorie sind nicht automatisch durch den Auftraggeber akzeptiert. Die Einstufung wird spätestens mit der Rechnung durch das

ASTRA überprüft und abschliessend festgelegt. Die Einstufung erfolgt gemäss Ordnung SIA 103:2020, Artikel 6, also explizit aufgrund der Funktion/Leistung im Projekt und nicht aufgrund der Funktion in der Stammunternehmung oder der möglichen Funktion gemäss Ausbildung oder Berufserfahrung."

E. 4.1.4

In Ziff. 4.1.1 der Beilage 03 zu den Ausschreibungsunterlagen (Entwurf Vertragsurkunde Planerleistungen) wird bezüglich Vergütung Folgendes festgehalten: "Es wird eine Vergütung nach erbrachtem Zeitaufwand vereinbart für folgende Leistungen: Gemäss detailliertem Angebot des Beauftragten vom [...] Gemäss folgenden Stundenansätzen inkl. MWST: Kategorie A CHF Kategorie B CHF Kategorie C CHF Kategorie D CHF Kategorie E CHF Kategorie F CHF Kategorie G CHF Offerierte Vergütung brutto nach Zeitaufwand inkl. Nebenkosten CHF 0.00 Option 1 Koordination Dritte (Bestellung durch PL ASTRA) CHF 0.00 Option 2 Unterstützung PGV (Bestellung durch PL ASTRA) CHF 0.00 Option 3 Längere Bauzeit (Bestellung durch PL ASTRA) CHF 0.00 ./.. Rabatt 0 % CHF 0.00 Zwischentotal CHF 0.00 Zusätzliche Nebenkosten gemäss Ziffer 4.2 (2. Abschnitt) CHF 0.00 Vereinbarte Vergütung netto CHF 0.00 MWST zum Satz von 7.7% CHF 0.00 Total Vergütung inkl. MWST CHF 0.00 Dieser Betrag wird der Teuerung gemäss Ziffer 4.3 angepasst. Dieser Betrag gilt als Kostendach im Sinne von Artikel 9.2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen, Ausgabe 2017. Die Aufteilung der Vergütung je Inventarobjekt, Finanzierungskonto und Kostenart richtet sich nach beiliegendem Rechnungsdeckblatt." Gemäss Ziff. 4.2 der Vertragsurkunde sind Nebenkosten des Beauftragten betreffend Arbeitsunterlagen (...), Telefon, Fax, Computerinfrastruktur, Versicherungen, Reisespesen und Reisezeit, auswärtige Unterkunft und Verpflegung in der vereinbarten Vergütung gemäss 4.1 (der Vertragsurkunde) eingerechnet. Aus dem expliziten Hinweis auf Art. 9.2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen KBOB für Planerleistungen, Ausgabe 2017 in der Vertragsurkunde ergibt sich, dass die Vergabestelle vorliegend ein Kostendach als Maximalhonorar festgesetzt hat (vgl. Anton Egli/Hubert Stöckli, Das Planerhonorar, III. Die Honorarberechnung nach den SIA-Ordnungen 102/103, in Stöckli/Thomas Siegenthaler [Hrsg.], Die Planerverträge, Verträge von Architekten und Ingenieuren, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich, 2019, Rz. 8.26 FN 35).

E. 4.2.1

Die Honorarberechnung nach Zeitaufwand (Zeithonorar) nach SIA-Ordnungen 102 und 103 empfiehlt sich vor allem für Leistungen, deren Zeitaufwand im Voraus nicht oder nur schwer abschätzbar ist (Art. 5.3.2 SIA 102/103). Es werden dabei drei Methoden der Honorarberechnung unterschieden: die Berechnung nach Qualifikationskategorien, die Berechnung nach mittleren Stundenansätzen und die Berechnung nach Gehältern (vgl. zum Ganzen Egli/Hubert, a.a.O., Rz. 8.52 ff., insbesondere Rz. 8.65 ff., 8.72 ff., 8.77 ff. und 8.83).

E. 4.2.2

Die Berechnung nach Qualifikationskategorien zeichnet sich durch unterschiedliche Stundenansätze aus, die im Vertrag je nach Anforderungen an die Funktion sowie die Erfahrung und das Können des jeweiligen Funktionsträgers abgestuft sind (Egli/Stöckli, a.a.O., Rz. 8.72). Massgeblich ist, wer für das Vertragsobjekt gearbeitet hat. Es kommt dabei nicht auf die Person und auch nicht auf ihre hierarchische Stellung im Planerbüro,

sondern auf die Aufgabe an, die sie im Hinblick auf die Vertragserfüllung verrichtet hat (Art. 6.2.4). Die SIA-Ordnungen 102-K und 103-K operieren in Art. 6.2.5 mit zahlreichen Funktionen (für die Planerarbeit sind dies Chefingenieur, leitender Ingenieur, Ingenieur, Zeichenkonstrukteur, Zeichner bis zum Lehrling bzw. Hilfspersonal), mit drei Stufen (1 als niedrigste, 3 als höchste Stufe), die der Gewichtung von Erfahrung und Können dienen, und mit sieben Kategorien (A als höchste, G als niedrigste Kategorie), wobei jeder Funktion 2 oder 3 Kategorien zugeordnet sind (Egli/Stöckli, a.a.O., Rz. 8.75).

E. 4.2.3

Der Berechnung nach mittleren Ansätzen liegt der Gedanke zugrunde, wonach das Honorar nicht nach dem jeweiligen Zeitaufwand der verschiedenen Planer und den ihnen zugeordneten Qualifikationskategorien, sondern nach dem Zeitaufwand eines für den konkreten Planungsauftrag individuell zusammengestellten Planerteams zu berechnen ist. Für alle Mitarbeiter des Teams wird dann ein einheitlicher (gleich hoher) Stundenansatz vereinbart (vgl. Egli/Stöckli, a.a.O., Rz. 8.77, 8.80).

E. 4.2.4

Die Berechnung nach Gehältern muss wie jede andere auch besonders vereinbart werden und ist auf den Fall zugeschnitten, dass zwischen dem Bauherrn und dem Planer der Einsatz eines bestimmten Mitarbeiters vereinbart wird. Bei der Bestimmung des Stundenansatzes in dieser Berechnungsmethode ist von der AHV-pflichtigen Jahreslohnsumme mit einem bürospezifischen Zuschlag in Prozenten für Gemeinkosten, Risiko und Gewinn auszugehen (Art. 6.4.2 SIA 102/103K; vgl. Egli/Stöckli, a.a.O., Rz. 8.83).

E. 4.2.5

Der Vergütungsmodus nach einheitlichem gemitteltem Ansatz bzw. nach Qualifikationskategorien kann grundsätzlich den Anreiz setzen, nach Möglichkeit eher günstiges Personal bzw. eher gut qualifiziertes Personal einzusetzen. Entscheidet sich die Vergabestelle für eine Honorarberechnung nach Qualifikationskategorien, äussert sie damit ihren Willen, das Vertragsverhältnis so zu gestalten, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten entsprechend qualifiziertem Personal und nicht dem Personal der tieferen Stufe anvertraut wird (vgl. zum Ganzen: Martin Beyeler, Gemittelte Stundenansätze als Vergütungsvariante, in BR 2012, S. 101-103).

E. 4.3

Im Rahmen von angefochtenen Verfahrensausschlüssen hat sich das BVGer bereits mehrfach mit Fragen rund um gemittelte Stundenansätze und das Verbot von Zeitmitteltarifen befasst.

E. 4.3.1

In einem ersten Fall hatte die Vergabestelle eine Vergütung nach erbrachtem Zeitaufwand vorgesehen und durch Ankreuzen des entsprechenden Felds im dazugehörigen Formular ausdrücklich nur die Möglichkeit der Berechnung nach Qualifikationskategorien - wobei für jede Kategorie A bis F ein Stundenansatz zu offerieren war - ausgewählt. Die beschwerdeführende Anbieterin hatte für jede Kategorie zwar einen Stundenansatz offeriert, allerdings betragsmässig stets den gleichen. Das Bundesverwaltungsgericht betrachtete diese Art des Offerierens als Angebot eines gemittelten Stundenansatzes (einheitlicher Ansatz für alle Kategorien) und deshalb als von der Ausschreibung abweichende Vergütungsart, die zu Recht zum Ausschluss aus dem Verfahren geführt hatte

(vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011, ganze E. 4).

E. 4.3.2

In einem weiteren Fall betreffend Ingenieurdienstleistungen hatte die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen eine Vergütung nach Zeitaufwand mit einer Berechnung nach Qualifikationskategorien B bis G verlangt. Die Ausschreibung enthielt den expliziten Hinweis, dass Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen würden. Die Honorartabelle verwies ausdrücklich auf die Kategorien der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB, welche den von der SIA-Ordnung 103 verwendeten Kategorien entsprachen. Eine Anbieterin hatte für die Kategorien B, C und D bzw. E, F und G den gleichen Stundenansatz, mithin zwei unterschiedliche Tarife offeriert, einen Tarif von Fr. (...)/Std. für die Kategorien B, C und D und einen Tarif von Fr. (...)Std für die Kategorien E, F und G. Gemäss Definition des Bundesverwaltungsgerichts wird ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch von einem Angebot mit Zeitmitteltarif gesprochen, wenn für mehrere verschiedene Honorarkategorien durch Bildung von "Durchschnittswerten", "Mittelwerten" oder einem "arithmetischen Mittel" einheitliche Stundenansätze offeriert werden. Das Gericht hat die Ansicht der Vergabestelle gestützt, wonach die Offerte der Beschwerdeführerin zwei Durchschnittswerte enthalte. Denn sie würden sich auf verschiedene Kategorien von Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin beziehen, welche aufgrund unterschiedlicher beruflicher Qualifikationen per se voneinander abweichende Honoraransätze hätten. Es hat sodann das Verbot des Zeitmitteltarifs in der Ausschreibung in dem Sinne ausgelegt, dass in sämtlichen Kategorien je unterschiedlich hohe Ansätze zu offerieren seien. Aufgrund der zwei angebotenen Durchschnittswerte und der Zweiteilung der Kategorien in zwei Honorargruppen ist das Gericht zur Erkenntnis gelangt, dass der von der Beschwerdeführerin angebotene Tarif nicht vergleichbar sei. Die Vergleichbarkeit würde voraussetzen, dass die Beschwerdeführerin für jede einzelne Kategorie einen spezifisch für diese geltenden Stundenansatz in der Honorartabelle angegeben hätte, welcher direkt mit dem jeweiligen Ansatz der anderen Anbieter hätte verglichen werden können. Aus diesen Gründen wurde der Ausschluss als rechtmässig gewertet (vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-2297/2017 vom 3. Juli 2017 E. 5.1, 5.2.7, 5.4.5, 5.6.3, 5.7.3, 5.9.4).

E. 4.3.3

In einem weiteren Fall, in welchem Angebote mit Zeitmitteltarif gemäss Vorgabe in der Ausschreibung ausgeschlossen wurden, hat das BVGer an der bereits festgelegten Definition des Zeitmitteltarifs festgehalten. Aus dem Umstand, dass eine Offerentin für die ausgeschriebenen Honorarkategorien von A bis G sieben unterschiedlich hohe Stundenansätze angeboten hatte, hat das Gericht den Schluss gezogen, dass darin kein Angebot mit Zeitmitteltarif zu erkennen sei, womit das Angebot der Beschwerdeführerin mit den übrigen Angeboten vergleichbar sei (Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 3.4).

E. 4.4.1

Vorliegend hat die Vergabestelle in Ziff. 2.11 der Ausschreibung ausdrücklich kommuniziert, dass Varianten nicht zugelassen und Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen werden. In den Ausschreibungsunterlagen (vgl. vorne E. 4.1.2) hat sich die Vergabestelle ebenfalls mit hinreichender Klarheit gegen die Zulassung von Zeitmitteltarifen (ZMT) und sogenannten Schein-ZMT-Tarifen ausgesprochen und eine

Honorarberechnung nach Zeitaufwand im Sinne von kategorienabhängigen Stundenansätzen nach SIA-Norm 103 gewählt, wobei sie bei der genannten Vergütungsart explizit die Einhaltung einer vernünftigen Abstufung je Honorarkategorie bzw. Funktion im Projekt verlangt hat.

E. 4.4.2

Soweit der Ausschreibungstext suggeriert, dass Angebote mit Zeitmitteltarifen als unzulässige (Preis-)variante anzusehen sind, bedarf es folgender Präzisierung. Wählt eine Anbieterin lediglich eine andere Preisart (z. B. Globalpreis anstelle von Einheitspreis bzw. Pauschalpreis anstelle von Abrechnung nach Zeitaufwand), liegt praxisgemäss keine Variante, sondern eine Abweichung von der vorgegebenen Vergütungsart, mithin ein ausschreibungswidriges Angebot vor (vgl. Urteil des BVGer B-4969/2017 E. 3.1, Zwischenentscheide des BVGer B-2297/2017 E. 5.8.4 und B-6123/2011 E. 4.2; Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, S. 15; Gleiches wird auch de lege ferenda gelten, vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff., insbesondere 1949).

E. 4.4.3

Aus einer Gesamtwürdigung der Vorgaben in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass der Ausschluss von Honorarangeboten im Zeitmitteltarif respektive von Schein-ZMT-Angeboten, die Wahl der Honorarberechnung nach Qualifikationskategorien und die Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Abstufung je Honorarkategorie bzw. Funktion im Projekt nicht anders verstanden werden konnten, als beim bekanntgegebenen Vergütungsmodus nur betragmässig unterschiedliche und abgestufte Preise je Kategorie einzusetzen waren. Das Verbot von Scheinzeitmitteltarifen und die Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Abstufung sind insbesondere vor dem Hintergrund nachvollziehbar, dass selbst die Einsetzung unterschiedlicher Preise pro Kategorie bei allerdings nur ganz geringfügigen Abstufungen zwischen den einzelnen Kategorien (z.B. jeweils um 10 Rappen bzw. 1 Franken, etc.) faktisch auf einen einheitlichen gemittelten nicht zugelassenen Stundenansatz hinauslaufen würde (vgl. Beyeler, a.a.O., BR 2012, S. 101-103).

E. 4.4.4

Gegenüber den Parallelfällen B-3203/2020 (Wildtierquerung Vaduz) und B-3204/2020 (Wildtierquerung Trübbach-Wartau), in welchen die Ausschreibungsunterlagen - im Vergleich zum vorliegenden Fall - weder ein Verbot von Scheinzeitmitteltarifen noch eine Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Abstufung enthalten, stellen die hier zur Diskussion stehenden Vorgaben eine Verschärfung dar, in dem Sinne, dass in sämtlichen Kategorien nicht nur grundsätzlich (per se), sondern ausdrücklich und effektiv je unterschiedliche Ansätze zu offerieren waren. In Anbetracht der verwendeten Formulierung lassen weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen Raum für zulässige Abgrenzungen und Differenzierungen. Die Möglichkeit, ausnahmsweise gleich hohe Stundenansätzen für zwei oder mehr verschiedene Kategorien zu offerieren, besteht nicht. Aus den genügend klar formulierten Vorgaben in der Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen konnten die Offerenten nach dem Gesagten entnehmen, dass bei Nichtbefolgung der bekanntgegebenen Ausgestaltung der Vergütungsart von einem ausschreibungswidrigen Angebot mit Zeitmitteltarif auszugehen wäre, welches zum

Ausschluss führen würde. Die Mehrheit der Teilnehmer am Vergabeverfahren haben die Vorgaben im Übrigen auch in diesem Sinn verstanden.

E. 4.5

Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen legen die Spielregeln des Vergabeverfahrens sowohl für die Vergabestelle als auch für die Anbietenden verbindlich fest (Urteil des BVGer B-4373/2019 vom 30. Januar 2020 E. 3.2.4.1 "Erhaltungsprojekt Mittenbäch").

E. 4.5.1

Unter dem Aspekt der systematischen Auslegung ist festzuhalten, dass die Vorschriften in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen rund um den gewählten Vergütungsmodus in dem Sinne zu interpretieren waren, dass die Anwendung eines gleich hohen Stundenansatzes in mehr als eine Honorarkategorie einen Verstoß gegen das Verbot von Angeboten mit Zeitmitteltarifen darstellt, der zum Ausschluss führt und dass Ausnahmen vom Ausschluss praktisch nicht möglich sind. Vorliegend hat die Vergabestelle entscheidend Wert auf die Einsetzung unterschiedlich hoher Stundenansätze in jeder einzelnen Kategorie gelegt, damit möglichst gut qualifiziertes Personal eingesetzt und die benötigte Qualität für die Erbringung der Leistung bei sämtlichen Kategorien gewährleistet wird. Es liegt auf der Hand, dass ein von den genannten Vorgaben abweichendes Angebot die Ausschreibungsbedingungen verletzt und mit einem wesentlichen Formfehler behaftet ist. Aufgrund der Bindung der Vergabestelle an die Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen kommt der Vergabestelle bei der Frage, ob sie bei Vorliegen eines Angebots mit zwei oder mehreren identisch bepreisten Kategorien von einer Offertbereinigung absehen und dieses vom Verfahren ausschliessen will, praktisch kein bzw. höchstens nur noch ein stark eingeschränkter Ermessensspielraum zu.

E. 4.5.2

Die Beschwerdeführerinnen haben in den zwei oberen Kategorien A und B unbestrittenermassen exakt denselben Stundenansatz angegeben, so dass für diese Kategorien ein einheitlicher Stundenansatz und faktisch sechs statt sieben Kategorien resultieren. Durch ihre vorbehaltlose Teilnahme am Vergabeverfahren haben sie den Willen manifestiert, sich an sämtliche Vorgaben zu halten, insbesondere betreffend die Vergütungsform der Honorarberechnung nach Kategorien und das Verbot von Angeboten mit Zeitmitteltarifen. Unter Berücksichtigung des hier vertretenen Auslegungsergebnisses, der erwähnten Unterscheidungen zwischen einer Vergütung nach Honorarkategorien und nach mittleren Ansätzen sowie in Anbetracht der Definition des Zeitmitteltarifs gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts mussten die Beschwerdeführerinnen erkennen und voraussehen, dass ihr Angebot aufgrund des offerierten gleichen Ansatzes in den Kategorien A und B und wegen der fehlenden Abstufung zwischen beiden Kategorien, vom Verfahren ausgeschlossen worden wäre. Mit einer solchen Gestaltung der Stundenansätze kann das Angebot der Beschwerdeführerinnen mit den Angeboten derjenigen Anbieter nicht verglichen werden, welche für jede einzelne Kategorie einen verschiedenen Stundenansatz angeführt haben.

E. 4.5.3

Soweit sich die Beschwerdeführerinnen gegen eine Übertragung des Zwischenentscheids des BVGer B-2297/2017 (vgl. vorne E. 4.3.2) auf den vorliegenden Fall wehren, da sie weder symbolische Preise noch eine Zweiteilung der Kategorien in zwei Honorargruppen

vorgenommen haben, kann ihnen nicht geholfen werden. Im referenzierten Zwischenentscheid wurde im Ergebnis festgehalten, dass das Verbot des Zeitmitteltarifs nicht nur auf den Fall zugeschnitten ist, in dem ein Anbieter denselben Stundenansatz in allen Kategorien anwendet, sondern in dem Sinne zu verstehen ist, dass nach der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen in sämtlichen Kategorien unterschiedlich hohe Preise je Kategorie einzusetzen sind, ansonsten eine Vergleichbarkeit der Offerten nicht gewährleistet wäre (vgl. vorne E. 4.3.2). Dieses Verständnis wurde im Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 auch bestätigt (vgl. vorne E. 4.3.3). Die Handhabung des Verbots von Zeitmitteltarifen gemäss der genannten Praxis, auf welche auch die Vergabestelle vorliegend abstellt, hat zwar einen gewissen Schematismus zur Folge, der aus Praktikabilitätsgründen jedoch hinzunehmen ist. Es ist deshalb kein Anlass ersichtlich, von dieser Rechtsprechung abzuweichen. Dies umso mehr, als die Vorgaben in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen im Vergleich zu den genannten Fällen mit dem Verbot von Schein-Zeitmitteltarifen und der Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Abstufung eine zusätzliche Verschärfung beinhalten.

E. 4.5.4

Fehl geht sodann auch der Hinweis auf das soeben zitierte Urteil des BVGer B-4969/2017, soweit darin festgestellt wurde, dass sich aus der Abstimmung auf die Honorarkategorien A bis G nach SIA-Ordnung 103 in der Ausschreibung sowie aus weiteren Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Preisbildungsregel für degressive Honoraransätze zu entnehmen sei (Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 6.4 ff.). Es gilt an dieser Stelle zu präzisieren, dass die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts nicht im Zusammenhang mit dessen Verständnis des Verbots von Zeitmitteltarifen steht, sondern sich auf die (negative) Beantwortung der Frage bezieht, ob die damalige Beschwerdeführerin aufgrund der Verwendung der Honorarkategorien nach SIA-Ordnung 103 davon ausgehen musste, dass nur absteigende Honoraransätze als zulässig erachtet wurden. Im Übrigen unterscheidet sich die vorliegende Sachlage von derjenigen, die das BVGer zu beurteilen hatte auch insofern, als die Vergabestelle hier zusätzlich eine explizite Vorgabe für die Einhaltung einer vernünftigen Abstufung gemacht hat.

E. 4.5.5

Aus dem Umstand, dass die Ausschreibungsunterlagen - im Vergleich zum Vergabeverfahren des ASTRA im Projekt (...) - vorliegend keine ausdrückliche Vorgabe für eine absteigende Abstufung (A B C D E F G) enthalten, können die Beschwerdeführerinnen keine Rückschlüsse auf dieses Verfahren ziehen. Insbesondere keine Rückschlüsse darauf, dass betragsmässig gleich hohe Stundenansätze für mehrere Kategorien zugelassen werden könnten. Eine solche Schlussfolgerung können die Beschwerdeführerinnen ebenso wenig aus der Antwort der Vergabestelle in der Frage-Antwort-Runde im Vergabeverfahren betreffend das Projekt (...) ableiten, wonach für die Entschädigung die Funktion massgebend sei und die Kategorie eine Zusatzinformation darstelle, die nicht massgebend für die Entschädigung sei. Die Aussage der Vergabestelle stand übrigens nicht im Zusammenhang mit dem Verbot von Zeitmitteltarifen, sondern lediglich mit der Vorgabe für eine absteigende Abstufung. Aufgrund der vorliegend vorgegebenen Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Einstufung je Funktion und Kategorie in Verbindung mit dem Verbot von Zeitmitteltarifen und Scheinzeitmitteltarifen liegt auf der Hand, dass hier nur unterschiedlich hohe Stundenansätze pro Kategorie erwartet und toleriert wurden.

E. 4.5.6

Allein aus der Tatsache, dass die Vergabestelle in einem früheren Vergabeverfahren ein Angebot der Beschwerdeführerinnen mit einer ähnlichen Gestaltung der Stundenansätze im Verfahren beliess und diesem auch den Zuschlag erteilte, lassen sich keine Folgerungen zu Gunsten der Beschwerdeführerinnen mit Bezug auf das vorliegende Verfahren herleiten. Selbst wenn die Vorgaben im von den Beschwerdeführerinnen angeführten Vergabeverfahren mit denjenigen im vorliegenden Fall identisch wären, was aufgrund der Akten nicht restlos klar ist, würde für die Beschwerdeführerinnen kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehen (vgl. Urteil des BVGer B-4602/2019 vom 4. März 2020, E. 4.7).

E. 4.5.7

Die Beschwerdeführerinnen machen unter Beilage der entsprechenden Kostenkalkulation in der Replik geltend, sie seien ausgehend von je unterschiedlichen Grundansätzen pro Kategorie zum praktisch gleich hohen Stundenansatz für die Kategorien A und B gekommen, da sie die stundenunabhängigen, nicht separat verrechenbaren Kosten in die jeweiligen Stundenansätze für diese Kategorien eingerechnet hätten. In Anbetracht der für die Kategorie A vorgesehenen Stundenanzahl (20 von insgesamt 17'070 Stunden, im Vergleich zur Kategorie B mit 810 vorgegebenen Stunden) hätten sie die nicht stundenabhängigen Kosten in grösserem Umfang bei der Kategorie B als bei der Kategorie A eingerechnet. Es gilt hier insbesondere anzumerken, dass die Nebenkosten gemäss Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen in die entsprechenden Stundenansätze einzurechnen waren (vgl. vorne E. 4.1.4). Es wäre somit Aufgabe der Offerenten gewesen, aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen die Kostenkalkulation möglichst so anzulegen, dass keine identischen Stundenansätze resultieren, ansonsten sie ohne entsprechende Offenlegung damit rechnen mussten, dass die offerierten Stundenansätze als Zeitmitteltarife aufgefasst würden. Im Übrigen kann man sich bei der ins Recht gelegte Kostenkalkulation der Beschwerdeführerinnen fragen, ob bei einer Differenz von Fr. 5.- zwischen den Grundansätzen noch von einer vernünftigen Abstufung im Sinne der Ausschreibungsunterlagen sprechen kann. Ferner können die Beschwerdeführerinnen in ihren Rechtsschriften nicht darlegen, aus welcher Stelle in ihrer Offerte hervorgehen würde, dass sich die Anwendung der identischen Stundenansätze in den strittigen Kategorien auf die Einrechnung der unterschiedlichen Nebenkosten zurückführen lasse. Vielmehr sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass diese Erklärung erst im Rechtsmittelverfahren nachgeschoben wurde. Mit ihren Argumenten vermögen die Beschwerdeführerinnen weder die Vergleichbarkeit der Offerten nachträglich herzustellen noch ihr mangelhaftes Angebot zu heilen.

E. 4.5.8

Ebenso wenig vermögen die Beschwerdeführerinnen mit dem Argument durchzudringen, der Ausschluss ihrer Offerte sei überspitzt formalistisch, da ihre Kalkulationsart nur geringfügige Auswirkungen auf den Offertpreis habe und angesichts der für die Kategorie A vorgesehenen tiefen Stundenanzahl (20 von insgesamt 17'070 Stunden) eine Erhöhung des dafür eingesetzten Stundenansatzes den Offertpreis nur marginal beeinflusst hätte. Vorliegend waren die formellen Vorgaben mit Bezug auf die Unzulässigkeit von Zeitmitteltarifen, Schein-Zeitmitteltarifen sowie auf die Einhaltung einer vernünftigen Einstufung eindeutig klar und somit von allen Anbietern ungeachtet der materiellen Auswirkungen zu beachten, ansonsten - was ebenfalls klar kommuniziert war - ein davon

abweichendes Angebot aus dem weiteren Verfahren ausgeschlossen würde.

E. 4.5.9

Mit dem Verbot von Angeboten mit Zeitmitteltarifen in der Ausschreibung und den weiteren Vorgaben zum Vergütungsmodus nach Qualifikationskategorien in den Ausschreibungsunterlagen nimmt die Vergabestelle zwar indirekt Einfluss auf die Art der Leistung und des Zusammenarbeitens. Das ist insofern nicht zu beanstanden, als der Wettbewerb noch funktioniert (vgl. Beyeler, Gemittelte Stundenansätze als Vergütungsvariante in BR 2012, S. 101-103). Anhaltspunkte für einen fehlenden oder eingeschränkten Wettbewerb sind vorliegend nicht ersichtlich, zumal sechs Offerten eingingen, wovon vier im Verfahren belassen wurden (vgl. nachfolgend E. 5.2). Innerhalb der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich Honorierung nach Qualifikationskategorien gemäss Einstufung nach SIA 103:2020 und Festsetzung eines Kostendachs (vgl. vorne E. 4.1.4) steht es den Anbietern grundsätzlich zu, den Preis ihres Angebots nach eigenem Gutdünken zu kalkulieren. Die Stundenansätze werden auch nach SIA-Norm 103 im wirtschaftlichen Wettbewerb unter den Anbietern ermittelt (vgl. Urteil des BVGer B-4969/2017 vom 24. September 2018 E. 6.5). Im gewählten Vergütungsmodus ist daher keine unzulässige Preisregulierung zu erblicken und der entsprechenden Rüge der Beschwerdeführerinnen ist dadurch der Boden entzogen.

E. 4.6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen in den zwei oberen Honorarkategorien A und B genau denselben Stundenansatz angewendet haben. Damit verstösst ihr Angebot gegen das Verbot von Zeitmitteltarifen gemäss Ziff. 2.11 der Ausschreibung sowie gegen das Verbot von Scheinzeitmitteltarifen und gegen die Pflicht zur Einhaltung einer vernünftigen Einstufung gemäss Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen. Die Vergabestelle ist weder in Willkür verfallen noch hat sie überspitzt formalistisch gehandelt, wenn sie das mit einem solchen wesentlichen Formfehler behaftete Angebot der Beschwerdeführerinnen vom Verfahren ausgeschlossen hat, selbst wenn, wie die Beschwerdeführerinnen sinngemäss geltend machen, die Unvollständigkeit der Offerte in quantitativer Hinsicht als (eher) gering einzuschätzen wäre. Die Belassung des Angebots der Beschwerdeführerinnen im Vergabeverfahren liefere dem Transparenz- und Gleichheitsgebot zuwider, zumal die Beschwerdeführerinnen mit der Zustellung des anonymisierten Offertöffnungsprotokolls im Anschluss an die Offertöffnung (Beilage 8 der Vernehmlassung) von den Angebotspreisen der Konkurrentinnen Kenntnis erhalten haben.

E. 5

In ihrer Beschwerde beantragen die Beschwerdeführerinnen, es sei ihnen Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren, soweit einer solchen keine begründeten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen. Sie begründen dies damit, dass ohne die Angaben zu den Honorarkategorien in sämtlichen übrigen Angeboten sich die Vorwürfe der Vergabestelle ihnen gegenüber nicht erhärten liessen.

E. 5.1

Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse der Anbieter an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows zurückzutreten. Insbesondere besteht kein

allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d BöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Zwischenentscheid des BVer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2 m.H. "Privatisierung Alcosuisse"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). Zu den nicht offenzulegenden Offertbestandteilen zählen praxisgemäss auch die detaillierten Kalkulationsgrundlagen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1192). Wo einer Partei indessen keine Akteneinsicht erteilt wird, hat das Gericht sich von Amtes wegen zu vergewissern, dass die abgedeckten oder nicht herausgegebenen Dokumente keine Hinweise auf rechtsungleiche oder andere rechtsfehlerhafte Bewertungen durch die Vergabestelle verbergen (Zwischenentscheid des BVer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 11.2 "Stahlwasserbauten Ritomsee").

E. 5.2

Die Frage, ob die Offerte der Beschwerdeführerinnen den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen entspricht, konnte vorliegend primär aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, der Offerte der Beschwerdeführerinnen, der Rechtsschriften und deren Beilagen beantwortet werden. Zudem konnte das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Honorartabellen und des Evaluationsberichts in den Akten des Vergabeverfahrens feststellen, dass aus dem Kreis der am Vergabeverfahren teilnehmenden sechs Anbieter neben den Beschwerdeführerinnen eine weitere Mitkonkurrentin aus dem gleichen Grund ausgeschlossen wurde und dass die nicht ausgeschlossenen Mitbieter in den Honorarkategorien A bis G betragsmässig verschiedene sowie abgestufte Honoraransätze im Sinne der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen offerierten.

E. 5.3

Nach dem Gesagten erscheint die Sache als liquid, zumal bereits ein dreifacher Schriftenwechsel stattgefunden hat. Deshalb ist es nicht erforderlich, zuerst separat über den Antrag auf aufschiebende Wirkung zu befinden. Wie bereits in Aussicht gestellt, kann das Verfahren im aktuellen Zeitpunkt mit einem Endurteil abgeschlossen werden. Damit ist das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig geworden.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Ausschluss aus dem Verfahren als rechtskonform gilt, womit eine Aufhebung des Zuschlags und eine Rückweisung an die Vergabestelle zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen ausser Frage stehen. Ihre Beschwerde erweist sich als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Beschwerdeführerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (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 (Art. 63 Abs. 4bis VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall werden die Verfahrenskosten aufgrund der argumentativen Überschneidungen in den ähnlich gelagerten Parallelfällen B-3203/2020 und B-3204/2020 auf Fr. 4'500.- festgesetzt. Bei diesem Verfahrensausgang ist den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen keine

Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die unter das BöB fallende Vergabestelle hat praxisgemäss keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443; vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 8

Infolge der Revision des öffentlichen Beschaffungsrechts des Bundes sind das neue Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen und die entsprechende Verordnung vom 12. Februar 2020 am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Das vorliegende Vergabeverfahren wurde vor Inkrafttreten des revidierten Gesetzes eingeleitet und auch nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Das bisherige Recht ist ebenfalls für das vorliegende Rechtsmittelverfahren massgebend, zumal das Urteil bereits am 23. Dezember 2020 gefällt wurde (vgl. auch Art. 62 nBöB). Daran vermag der Versand des Urteils nach dem 1. Januar 2021 nichts zu ändern.

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