

# **BVGer B-4969/2017 vom 28. März 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4969\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4969_2017)

FR: TAF B-4969/2017 du 28 mars 2018

IT: TAF B-4969/2017 del 28 marzo 2018

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids ist der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) sieht Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Demnach kann diese vom Bundesverwaltungsgericht nur auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BöB). Vorliegend enthält die Beschwerde ein entsprechendes Begehren.

### **E. 1.2**

Ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der anhängig gemachten Beschwerde zuständig, so entscheidet es auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (vgl. Art. 28 Abs. 2 BöB).

### **E. 1.3**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen einen Ausschluss oder die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 29 Bst. a und d in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 BöB).

#### **E. 1.3.1**

Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen). 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. 1.3.2**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

#### **E. 1.3.3**

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" ein 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, auszugweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71541000 - Projektmanagement im Bauwesen - aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov der Referenznummer 867 (Architectural, engineering and other technical services). Diese Gruppe wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-2297/2017 vom 3. Juli 2017 E. 1.3 und BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2).

#### **E. 1.3.4**

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 364'690.- exkl. MwSt. vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (AS 2015 4743) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.-. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

#### **E. 1.3.5**

Eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 BöB liegt nicht vor. Das BöB ist folglich auf den vorliegenden Fall anwendbar.

#### **E. 1.3.6**

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher prima facie für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

#### **E. 2.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit des BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen. Damit richtet sie ihre Beschwerde nicht nur gegen den Zuschlag, sondern auch gegen den Ausschluss (vgl. Ziff. 4.4 der Zuschlagsverfügung). Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 16. August 2017 schriftlich mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen worden sei. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies sie auf die elektronische Publikation der Zuschlagsverfügung. Folglich ist das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2016 E. 1.4.1; vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1271).

### **E. 2.3**

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung - sie wurde aus dem Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt - besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerin gemäss dem Offertöffnungsprotokoll das günstigste. Damit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4) so zu verstehen ist, dass die im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossene Anbieterin geltend machen muss, dass sie für den Fall, dass ihre Offerte in die Bewertung einbezogen wird, eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist jedenfalls gegeben. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4, Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3).

### **E. 2.4**

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

### **E. 2.5**

Über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Rahmen der Anfechtung eines Zuschlags bzw. eines impliziten Ausschlusses entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss ständiger Praxis in Dreierbesetzung (Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 1.2 mit Hinweisen; vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1340 mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Das BöB nennt keine Kriterien, welche für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes die Grundsätze übernommen werden, welche Rechtsprechung und Lehre zur Anwendung von Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (vgl. BGE 129 II 286 E. 3; Zwischenentscheid des BVGer B-6837/2010 vom 16. November 2010 E. 2.1 mit Hinweisen). Dass der Gesetzgeber im BöB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt, dass er sich der Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Ist dies der Fall, ist die aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Dasselbe gilt für den Fall, dass auf die Beschwerde aller Voraussicht nach nicht eingetreten werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-5293/2015 vom 4. November 2015 E. 3.1). Werden der Beschwerde hingegen Erfolgchancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. In die Abwägung einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), die sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Entscheid BVGE 2007/13 (E. 2.2) im Grundsatz zu eigen gemacht hat, einerseits die Interessen der Beschwerdeführerin an der Aufrechterhaltung der Möglichkeit, den Zuschlag zu erhalten, wobei zugleich ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Gewährung effektiven Rechtsschutzes besteht (Zwischenentscheid des BVGer B-6177/2008 vom 20. Oktober 2008 E. 2). Diesen gegenüber stehen die öffentlichen Interessen, welche die Auftraggeberin wahrzunehmen hat. So wird in der GATT-Botschaft 2 vom 19. September 1994 namentlich festgehalten, gegen den automatischen Suspensiveffekt spreche die Gefahr von Verzögerungen und erheblichen Mehrkosten (BB1 1994 IV 950 ff., insbesondere S. 1197; vgl. auch S. 1199; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid des BVGer B-3402/2009 vom 2. Juli 2009, auszugsweise publiziert in BVGE 2009/19, E. 2.1). Entsprechend hält das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) fest, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung des Vergabeentscheides von vornherein ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil des BGER 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2.1 mit Hinweisen; in diesem Sinn auch BVGE 2008/7 E. 3.3). Auch allfällige Interessen Dritter, namentlich der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten, sind nach der ständigen Praxis zu berücksichtigen. Ausgangspunkt muss dabei - insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a GPA - die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (BVGE 2007/13 E. 2.2 mit Hinweisen; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1341).

#### **E. 4.1**

Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerin vorliegend vom Verfahren ausgeschlossen, weil für die Honorarkategorien A bis G nicht absteigende Honoraransätze offeriert wurden. Die Vergabestelle macht geltend, dadurch sei eine durch die Ausschreibung vorgegebene Preisbildungsregel verletzt worden, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin ausgeschlossen worden sei. Die Vergabestelle beruft sich sinngemäss auf den Ausschlussgrund des wesentlichen Formfehlers nach Art. 19 Abs. 3 BöB. Die Beschwerdeführerin widerspricht dieser Darstellung und hält dem entgegen, ihr Angebot entspreche in allen Punkten den Vorgaben der Ausschreibung.

#### **E. 4.2**

Zur Frage der möglichen Formfehler ist zunächst losgelöst vom zu beurteilenden Sachverhalt festzuhalten, dass sich Art. 19 Abs. 3 BöB auf Art. 19 Abs. 1 BöB bezieht, wonach die Anbieter ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einzureichen haben. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der

eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des BVGer B-1774/2006 vom 13. März 2007, publiziert in BVGE 2007/13, E. 3.1 mit Hinweisen; vgl. Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 und Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 mit Hinweisen). Aus Art. 19 Abs. 3 BöB wird ersichtlich, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht ein hoher Stellenwert zukommt (Zwischenentscheid des BVGer B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.3.1; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 456 mit Hinweisen auf die BRK-Rechtsprechung). Die Rechtsprechung hat stets betont, dass die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch ist (Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 3.1; BVGE 2007/13 E. 3.1; Entscheid der BRK 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 (Zwischenentscheid B-6876/2013 E. 3.3.1; vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 457 mit Hinweisen). Ein Ausschluss aus formellen Gründen ist ferner namentlich wegen eigenmächtiger Änderung der Angebotsbedingungen vorgesehen. Dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3; Urteil des BVGer B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1).

#### **E. 4.3**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (BGE 135 I 6 E. 2.1 und 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. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a mit Hinweisen, vgl. Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33, E. 2b mit Hinweisen). Der Offerent darf nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatelldarakter ausgeschlossen werden (BVGE 2007/13 E. 3.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 444 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinn kann der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen, wenn beispielsweise lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 mit Hinweisen). Demgegenüber sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4). Von überspitztem Formalismus ist nur auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen

oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, nicht aber, wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (Zwischenverfügung des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.10.5 mit Hinweis; Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, 1. Aufl. 2016, S. 393-427).

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass drei Kategorien von Offerten, die den Anforderungen nicht entsprechen, zu unterscheiden sind: 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. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss. Die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3; Zwischenentscheid B-6123/2011 E. 3.2; Zwischenentscheid B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1; Urteil des BVGer B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.1).

#### **E. 5**

Zum vorliegend relevanten Sachverhalt ist zunächst festzuhalten, dass in Ziff. 2.1.3 der Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "Preis/Honorarkalkulation (ZK3)" auf das Excel-Dokument "Leistungstabelle" mit den Tabellen 1 und 2 verwiesen wird. In diesen Tabellen sind die grau markierten Leerstellen auszufüllen, ansonsten darf das Dokument nicht verändert werden. In Tabelle 1 sind die Honoraransätze für die Qualifikationskategorien von A bis G einzufügen. Die Anzahl Stunden der jeweiligen Kategorien sind vorgegeben (vgl. Abbildung 1 nachfolgend). In Tabelle 2 sind Honorarzuschläge für Abend-, Nacht- sowie Wochenendarbeit aufzuführen. Abbildung 1 (Ausschnitt aus der Stundenverteilung und Honorarabrechnung): Funktion Name Kat. SIA Vorgabe in h Ansatz in CHF/h TOTAL Schlüsselpositionen Projektleiter Stv. Projektleiter Weiteres Personal Diverse Diverse Diverse Diverse Diverse Diverse \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_ A B C D E F G 1000 1000 0

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin rügt denn auch nicht die vorgegebene Gesamtstundenzahl oder die Verteilung der Gesamtstunden auf die einzelnen Qualifikationskategorien. Vielmehr macht sie geltend, ihr Angebot hätte nicht als unzulässige finanzielle Variante ausgeschlossen werden dürfen. Die Vergabestelle habe ausschliesslich Honoraransätze abgefragt und das habe sie, die Beschwerdeführerin, auch geliefert. Eine rechtliche Grundlage für absteigende Honoraransätze, wie das der Vergabestelle offensichtlich vorgeschwebt habe, sei nicht zu erkennen und als Preisbildungsregel auch nicht in den Ausschreibungsunterlagen oder Art. 6 SIA 103 zu finden. Vielmehr stehe es der Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Kalkulationsfreiheit zu, die Stundensätze frei zu wählen. Wie und in welchen Positionen die Anbieter nicht stundenabhängige Kosten (etwa Material, Instrumente, Fahrzeuge, Anfahrtswege etc.) einrechnen würden, habe die Vergabestelle offengelassen. Die Beschwerdeführerin sei mit den von ihr getroffenen Annahmen nicht von etwas abgewichen, sondern habe Punkte konkretisiert, zu denen sich die Ausschreibung

ausgeschwiegen habe.

### **E. 5.2**

Mit Schreiben vom 26. August 2017 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, ihr Angebot würde als unzulässige finanzielle Variante betrachtet und werde ausgeschlossen. Gemäss Art. 22a Abs. 2 VöB gelten Angebote als Varianten, mit welchen das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Auftraggeberin vorgesehen, erreicht wird. Damit wird an die Rechtsauffassung angeknüpft, wonach nur eine "leistungsbezogene Abweichung" den Begriff der Variante erfüllt (vgl. dazu etwa das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 20. Oktober 2003, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003 S. 278 ff. E. 3 mit Hinweisen). Nicht als Variante gelten demnach unterschiedliche Preisarten (Urteil des BVGer B-6123/2011 vom 6. Dezember 2011).

### **E. 5.3**

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist festzuhalten, dass in casu keine unzulässige Preisvariante nach Art. 22a VöB zu erkennen ist. Die Beschwerdeführerin hat insbesondere kein nach Ziff. 2.11 der Ausschreibung unzulässiges Pauschal- und Globalangebot und/oder Angebot mit Zeitmitteltarif offeriert, stattdessen ein Angebot "nach effektivem Zeitaufwand" eingereicht. 6. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Angebot sieht keine degressiven Honoraransätze für die Qualifikationskategorien A bis G vor. Die Ansätze der Beschwerdeführerin lassen sich stattdessen in absteigender Reihenfolge wie folgt auflisten: A, B, E, F, G, D und "Projektleitung/Stv. Projektleitung/C", wobei für die Kategorie A der höchste Ansatz und für die Kategorie "Projektleitung/Stv. Projektleitung/C" der niedrigste Ansatz offeriert wurde. Im Folgenden ist deshalb im Rahmen einer einstweiligen Prüfung zu entscheiden, ob damit eine vorgegebene Preisbildungsregel im Sinne von Art. 19 Abs 3 BöB verletzt wurde. 6.1 Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, die Kalkulationsfreiheit ergebe sich insbesondere auch aus Art. 2.1 der mittlerweile auf Intervention der WEKO teilweise überarbeiteten Honorarempfehlung der KBOB (Koordinationskonferenz der Bau und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren). Demnach würden im offenen, selektiven sowie im Einladungsverfahren Honorare ausschliesslich im wirtschaftlichen Wettbewerb unter den Anbietern ermittelt (KBOB, Empfehlung zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren, revidiert: Stand Juli 2017, S. 5, <<https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home.html>>, abgerufen am 12. März 2018). 6.2 Die Anbieter dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 861 mit Hinweisen). Umgekehrt ist der Anbieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verpflichtet, bei unklaren Ausschreibungsunterlagen bei der Vergabestelle nachzufragen (Urteil des Bundesgerichts 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E.3.3). In der Lehre ist dazu kritisch angemerkt worden, dass die Fragepflicht nicht so weit gehen darf, dass die Vergabestelle im Ergebnis von ihrer Pflicht entlassen wird, die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen klar zu formulieren. Eine Fragepflicht kann nach dieser Auffassung nur dann bestehen, wenn der Anbieter bei Unterlassen der Anfrage und anschliessender Berufung auf den Mangel der Ausschreibungsunterlagen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen würde (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 387 f.; vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-369/2014 vom 10. Juni 2014 E. 6.2.2). 6.3 In Ziff. 3 der

Bemerkungen der "Leistungstabelle" wird sowohl unter lit. g ("notwendige Angaben zu den einzelnen Mitarbeitern") wie auch im Zusammenhang mit der Einstufung der vorgesehenen Mitarbeiter auf SIA 103 verwiesen: Demnach hat die Einstufung "gemäss Art. 6 SIA 103 explizit aufgrund der Funktion/Leistung im Projekt und nicht im Betrieb zu erfolgen oder der möglichen Funktion gemäss Erfahrungszuwachs." Damit wurde nach vorläufiger Einschätzung in rechtsgenügender Weise auf die Anwendung von Art. 6 SIA 103 hingewiesen.

6.3.1 Eine Honorarberechnung nach dem effektiven Zeitaufwand kann als Honorarberechnung nach Qualifikationskategorien (Art. 6.2 SIA 103), nach Gehältern (Art. 6.3 SIA 103) oder nach mittleren Stundenansätzen (Art. 6.4 SIA 103) erfolgen. Ist nach Qualifikationskategorien zu offerieren, findet die Zuordnungstabelle nach Art. 6.2.5 SIA 103 Anwendung (vgl. dazu Ziff. 5.1, Tabelle 2 hiervor): Dabei werden zahlreiche Funktionen in hierarchisch jeweils absteigender Reihenfolge aufgelistet: Für die Projektarbeit sind dies beispielsweise Chefingenieur, leitender Ingenieur, Ingenieur, Zeichenkonstrukteur und Zeichner. Zusätzlich operiert die SIA 103 mit drei Stufen (1 als niedrigste, 3 als höchste Stufe), welche der Gewichtung von Erfahrung und Können auf der jeweiligen Funktionsstufe Rechnung tragen. Jeder beruflichen Funktion sind somit zwei oder drei Honorarkategorien zugeordnet. So stehen beispielsweise, in jeweils absteigender Reihenfolge, dem Chefingenieur die Qualifikationskategorien A oder B und dem Zeichner die Qualifikationskategorien E, F oder G zur Verfügung. Wer schlussendlich in welche Qualifikationskategorie fällt, hängt zunächst von der Funktion und innerhalb der Funktion von der Erfahrung und dem Können des Funktionsträgers ab (vgl. zum Ganzen Anton Egli/Hubert Stöckli, *Das Planerhonorar*, Rz. 7.2, 7.82, 7.85 in Stöckli/Thomas Siegenthaler [Hrsg.], *Die Planerverträge, Verträge von Architekten und Ingenieuren*, Zürich, 2013).

6.3.2 Vorliegend ist die Honorarabrechnung nach effektivem Zeitaufwand vorgegeben. Diese birgt das Risiko, dass mit dem Zeitaufwand auch das Honorar in unerwartete Höhe steigt. Dem wird in der Regel mit der Vereinbarung eines Kostendachs begegnet. Dabei ist grundsätzlich zwischen einem Kostendach als Maximalhonorar, bei dem ein Höchstpreis feststeht, und einem Kostendach als einseitige Honorarschätzung des Planers, bei dem der Planer an den prognostizierten Betrag nicht gebunden ist, zu unterscheiden (Anton Egli/Hubert Stöckli, a.a.O., Rz. 7.21).

6.3.3 Gemäss "Leistungstabelle" geben die Ausschreibungsunterlagen vor, wie viele Stunden durch welche Qualifikationskategorien zu erbringen sind. In Ziff. 3.1 der Vertragsurkunde für Dienstleistungen wird in Verbindung mit den AGB ein Kostendach als Maximalhonorar festgesetzt. Vorliegend ist deshalb von einer für den Anbieter verbindlichen Aufgabenverteilung innerhalb der verschiedenen Qualifikationskategorien und von einem Maximalhonorar auszugehen.

6.3.4 Innerhalb dieser Vorgaben steht es dem Anbieter grundsätzlich zu, den Preis seines Angebotes nach eigenem Gutdünken zu kalkulieren (BGer 2D\_34/2010 E. 2.4 mit Hinweisen, vgl. zum Ganzen auch Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Schulthess 2012, S. 888 Rz. 1692 ff.). Selbst ein ungewöhnlich niedriges oder ein spekulatives Angebot ist grundsätzlich zulässig (BVG 2011 E. 4 und 5, vgl. zum Ganzen Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1109 ff., Daniela Lutz, *Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken*, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], *Aktuelles Vergaberecht 2014*, S. 281 ff.).

6.3.5 Die Vergabestelle verweist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass nur mit einer degressiven Honorierung der Qualifikationskategorien von A bis G die Grundlagen zu schaffen seien, damit die ausgeschriebenen Leistungen durch das entsprechend qualifizierte Personal geleistet würden. Wenn aber, wie im Fall der Beschwerdeführerin, eine niedrigere Qualifikationskategorie mit höheren Ansätzen entlohnt würde, entstünde der gegenteilige

Anreiz, nämlich weniger qualifiziertes Personal - da höher entlohnt - für die Ausführungen der durch die Vergabestelle als anspruchsvoll eingeschätzte Leistungen einzusetzen. Darauf deutet auch der Hinweis der Beschwerdeführerin in Ziff. 2.1.2.1 der Aufgabenanalyse, der zu versteckten Kosten führen könne. Demnach gehe sie, die Beschwerdeführerin, davon aus, dass bei den niedrigsten Kategorien E, F und G - welche gemäss der Offerte aber nicht die niedrigsten Honorare aufweisen würden - deutlich mehr Stunden eingesetzt werden müssten.

6.3.6 Für die Funktion "Projektleitung/Stv. Projektleitung" mit einer Gesamtstundenzahl von 2'000 war gemäss Ausschreibung keine Angabe einer Qualifikationskategorie notwendig (Ziff. 3 der "Leistungstabelle"). Für die Beschwerdeführerin spricht, dass sie trotzdem die Qualifikationskategorie B offeriert hat. Das führt dazu, dass die Beschwerde mit Blick auf die seitens der Vergabestelle befürchteten verdeckten Nebenkosten nicht offensichtlich unbegründet erscheint.

6.4 Die Beschwerdeführerin rügt zusätzlich, dass von ihr eingereichte Angebot sei mit den anderen Angeboten vergleichbar. Soweit die Vergabestelle anderer Ansicht sei, wäre sie, die Vergabestelle, verpflichtet gewesen, die geforderte Vergleichbarkeit der Offerten nach Art. 25 Abs. 1 VöB herzustellen, beispielsweise durch Rückfragen bei der Beschwerdeführerin. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen offen gelassen, wie die Anbieter Kosten für Instrumente, Anfahrtswege etc., unter den verschiedenen Stundenansätzen aufteilen würden. Es gehe nicht an, dass unklare Ausschreibungsunterlagen den Anbietern zum Nachteil reichen. Ein Ausschluss sei unzulässig.

6.4.1 Die Vergabestelle hält dem entgegen, die Bereinigung der Offerte der Beschwerdeführerin habe sich nicht mit dem Gleichbehandlungsgebot sämtlicher Anbieter vereinbaren lassen. Die Kalkulation bzw. die Begründung für die nicht absteigenden Honoraransätze seien nicht nachvollziehbar gewesen und hätten korrigiert werden müssen. Eine solche Korrektur wäre aber einem bedeutenden Eingriff in die Offerte gleichgekommen.

6.4.2 Die Offerten der Anbieter müssen nach ihrem Eingang soweit nötig in technischer und gegebenenfalls in rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, so dass die verschiedenen Angebote vergleichbar und für die weitere Prüfung der Zuschlagskriterien bereit sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es, Angebote im Rahmen der Bereinigung zu ergänzen oder zu verändern. Die Durchführung einer genügenden Offertbereinigung ist eine Rechtspflicht der Vergabestelle (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 663 ff., mit Hinweisen).

6.4.3 Die Beschwerdeführerin hat für sämtliche Funktionen gemäss Tabelle 1 der "Leistungstabelle" einen bestimmten Honoraransatz offeriert. Zusätzlich hat sie die Honorarzuschläge in Tabelle 2 (Abend-, Nacht- und Wochenendarbeit) vollständig ausgefüllt. Auch hält sie sich an den Maximalbetrag von Fr. 5'000.- der zusätzlichen Nebenkosten gemäss Vertragsurkunde. Die Rüge der Beschwerdeführerin, die Angebote seien vergleichbar und soweit sie es nicht seien, habe sich die Vergabestelle das aufgrund ihrer Ausschreibungsunterlagen selbst zuzuschreiben, ist deshalb nicht offensichtlich unbegründet.

7. Weiter führte die Vergabestelle aus, dass von der Beschwerdeführerin offerierte Honoraransatz für die Qualifikationskategorie "Schlüsselperson/Stv. Schlüsselperson" sei ungewöhnlich niedrig ausgefallen. Womöglich handle es sich um ein unzulässiges Spekulationsangebot.

7.1 Unterangebote sind grundsätzlich zulässig. Sie müssen nur dann vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn vertiefte Erkundigungen durch die Vergabestelle nötig waren und diese Erkundigungen ergeben haben, dass keine ausschreibungskonforme Erfüllung der Leistung (fehlende Eignung, Nichterfüllung der Ausschreibungsbedingungen, Abänderung der Ausschreibungsunterlagen etc.) möglich ist. Eine eigentliche Pflicht der Vergabestelle zur Einholung zusätzlicher Informationen

beschränkt sich jedoch auf besonders krasse Fälle (BVGE 2011/40 E. 4 und 5, Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1109 ff., Daniela Lutz, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 295). 7.2 Die Beschwerdeführerin hat für die Honorarkategorien "Projektleiter und Stv. Projektleiter", welche zusammen immerhin 2'000 der 3'700 ausgeschriebenen Stunden zu leisten haben, einen Honoraransatz offeriert, der bei ihr niedriger ausfällt, als der von ihr offerierte Honoraransatz für Lehrlinge im 3./ 4. Lehrjahr. 7.3 Ob es sich dabei um einen besonders krassen und offensichtlichen Fall von einem Unterangebot handelt, welcher vertiefte Erkundigungen der Vergabestelle erfordern würde und welche Schlussfolgerungen allenfalls daraus zu ziehen wären, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu beurteilen. 8. Als Zwischenergebnis ist davon auszugehen, dass die Beschwerde aufgrund einer einstweiligen Würdigung nicht als offensichtlich unbegründet erscheint. 9. Erweist sich eine Beschwerde prima facie nicht als offensichtlich unbegründet, so ist im Prinzip in einem nächsten Schritt abzuwägen, ob die Interessen der Vergabestelle an einer sofortigen Vollstreckung gewichtiger sind als das Interesse der Beschwerdeführerin, dass ihre Chance auf einen Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung gewahrt werde. Dabei ist es grundsätzlich Sache der Vergabestelle, allfällige gravierende Folgen einer Verzögerung, welche die Nichterteilung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde begründen sollen, substantiiert darzulegen (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1328; Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 26. Oktober 2014 E. 7.2). 9.1 Die Vergabestelle weist darauf hin, dass die Dringlichkeit des Beginns der Vermessung gegenüber den anderweitigen Interessen abzuwägen sei. Eine eigentliche Abwägung mit Bezug auf das konkrete Projekt nimmt sie nicht vor. 9.2 Für die Beschwerdeführerin sind keine öffentlichen Interessen erkennbar, die der Gewährung der aufschiebenden Wirkung widersprechen würden. Im Übrigen habe es der Vergabestelle frei gestanden, den Ausschluss separat und zu einem früheren Zeitpunkt zu verfügen, was sie aber nicht gemacht habe. Die vorzunehmende Interessensabwägung führe daher zum Ergebnis, dass kein Grund für eine sofortige Vollstreckbarkeit der Zuschlagsverfügung bestehe. Die aufschiebende Wirkung sei deshalb zu gewähren. 9.3 Der Umstand, dass gegen den Zuschlag ein Rechtsmittel ergriffen werden kann, dem gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung erteilt wird, hat die Auftraggeberin bei sorgfältiger Disponierung bereits in ihre Planung einzubeziehen und die Termine, die eingehalten werden müssen, entsprechend anzusetzen. Beschaffungsgeschäfte samt Durchführung des eigentlichen Submissionsverfahrens und eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens sind demnach nach Möglichkeit so langfristig zu planen, dass grundsätzlich keine Dringlichkeit eintreten kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_339/2010 vom 11. Juni 2010 E. 3.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1238, m.H.). 9.4 Die Vergabestelle macht keine projektbezogenen Ausführungen zur Dringlichkeit, auch nicht mit Blick auf einen verzögerten Beginn der Vermessungsarbeiten. Das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollstreckung der Zuschlagsverfügung ist somit weniger hoch zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin, ihre Chance auf den Zuschlag durch die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu wahren.

## **E. 10**

Im Ergebnis ist daher der Antrag der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gutzuheissen.

## **E. 11**

Die Beschwerdeführerin verlangt umfassende Akteneinsicht. Da mit dem vorliegenden Zwischenentscheid dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung entsprochen wird, stellt sich die Frage des Ergreifens eines Rechtsmittels bzw. der dafür benötigten Akteneinsicht für sie nicht. Über den Antrag der Beschwerdeführerin auf eine weitergehende Akteneinsicht wird daher zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden sein.

#### **E. 12**

Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens haben mit separater Verfügung zu erfolgen. Über die Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden.

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