

# **BVGer B-6261/2020 vom 18. Mai 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-6261\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6261_2020)

FR: TAF B-6261/2020 du 18 mai 2021

IT: TAF B-6261/2020 del 18 maggio 2021

## **Regeste**

Öffentliches Beschaffungswesen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) und die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die im vorliegenden Verfahren massgebliche Ausschreibung datiert vom 31. Januar 2020. Damit sind grundsätzlich die in jenem Zeitraum geltenden Rechtsätze anwendbar, nämlich insbesondere das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aBöB, AS 1996 508) und die Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (im Folgenden: aVöB, AS 1996 518).

### **E. 2.1**

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind bzw. ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (Urteil des BVGer B-3797/2015 vom 13. April 2016, auszugsweise publiziert als BVGE 2017/IV/4 E. 1.1, mit Hinweisen "Publicom").

### **E. 2.2**

Der Zuschlag im Vergabeverfahren gilt als durch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechtbare Verfügung (vgl. Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 aBöB).

### **E. 2.3**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das aBöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts Anderes bestimmen (vgl. Art. 26 Abs. 1 aBöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 aBöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

### **E. 3.1**

Das aBöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA 1994, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 m.H.). Es ist

anwendbar, wenn die Vergabestelle dem Gesetz untersteht (Art. 2 aBöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 aBöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 aBöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 aBöB gegeben ist.

### **E. 3.2**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem aBöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a aBöB; vgl. Anhang I Annex 1 GPA 1994).

### **E. 3.3**

Die vorliegende Beschaffung wurde als Bauauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziff. 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c aBöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA 1994. Die Ausschreibung verlangt die Lieferung, Montage und Inbetriebnahme von statischen, gesteuerten Signalen, VDE-Sensoren, Signalstützen und Signalportalen rund um den Autobahntunnel Kerenzerberg am Walensee. Dabei handelt es sich um einen "Bauftrag", was auch mit der in der Ausschreibung unter Ziff. 2.5 genannten CPV-Nummer 45316200 (Installation von Signalanlagen) übereinstimmt.

### **E. 3.4**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c aBöB bzw. Art. 6 Abs. 2 aBöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 (AS 2019 4101) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8.7 Mio. Franken. Der Zuschlag im vorliegenden Verfahren wurde zu einem Preis von 7'341'019.70 Franken ohne MwSt. erteilt. Für die Betriebs- und Sicherheitsanlagen (BSA) des Gesamtprojektes wurden jedoch ca. 85 Mio. Franken budgetiert, weshalb der Schwellenwert für Bauwerke erreicht ist.

### **E. 3.5**

Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 aBöB liegt nicht vor. Die vorliegend angefochtene Ausschreibung fällt daher in den Anwendungsbereich des aBöB.

### **E. 3.6**

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

### **E. 4.1**

Das aBöB enthält keine spezielle submissionsrechtliche Regelung zur Beschwerdelegitimation, weshalb diese nach dem allgemeinen Verfahrensrecht des Bundes zu beurteilen ist (Art. 26 Abs. 1 aBöB bzw. Art. 37 VGG in Verbindung mit Art. 48 VwVG; BGE 137 II 313 E. 3.2 "Microsoft"). 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).

### **E. 4.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, jedoch nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist nur zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerinnen haben am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und sind durch die angefochtene Zuschlagsverfügung - der Zuschlag wurde an Mitbewerberinnen erteilt - besonders berührt. Die Beschwerdeführerinnen beantragen, die Ausschluss- und Zuschlagsverfügungen seien aufzuheben und der Zuschlag sei ihnen zu erteilen. Würde das Gericht diesen Anträgen folgen, so hätten die Beschwerdeführerinnen als eine von zwei Anbieterinnen eine reelle Chance, den Zuschlag selber zu erhalten. Sie haben daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügungen, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert sind (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 4.6 m.H. "Monte Ceneri", Urteil des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2).

#### **E. 4.4**

Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 aBöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

#### **E. 4.5**

Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen, der Ausschluss ihres Angebots sei rechtswidrig erfolgt. Im Rahmen der Ausarbeitung der Offerte sei Mitarbeiter A zunächst als Projekt- und Bauleiter in Doppelfunktion vorgesehen gewesen. Davon sei man aber im finalen Angebot wieder abgerückt, wobei man vergessen habe, den entsprechenden Textblock anzupassen bzw. zu löschen. Hingegen sei aus dem ebenfalls eingereichten Organigramm ersichtlich, dass Mitarbeiter B für die Bauleitung vorgesehen gewesen sei. Diese Unklarheit hätte durch eine einfache Rückfrage geklärt werden können, weshalb es überspitzt formalistisch gewesen sei, das Angebot ohne Rückfrage auszuschliessen. Dies gelte umso mehr, wenn man bedenke, dass vorliegend lediglich zwei Angebote eingegangen seien und die Beschwerdeführerinnen allein schon mit Blick auf den Angebotspreis die mutmasslich attraktivere Offerte eingereicht hätten, weshalb auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit verletzt sei. Im Übrigen verstosse der Ausschluss auch gegen die Rückfragepraxis der Vergabestelle. Zwei frühere Ausschreibungsverfahren hätten deutlich gemacht, dass bei vergleichbaren Unklarheiten jeweils Rücksprache genommen worden sei. Im einen Fall sei in einem Organigramm ebenfalls ein falscher Name für die Projektleitung aufgeführt worden, im anderen Fall seien hinsichtlich der Verfügbarkeit der Projektleitung nachträglich Bestätigungen eingeholt worden.

#### **E. 5.2**

Die Vergabestelle hält dem entgegen, es liege grundsätzlich in der Verantwortung der Beschwerdeführerinnen, ein vollständiges Angebot einzureichen. Nur bei geringfügigen Mängeln sei es möglich, diese nachträglich zu korrigieren, beispielsweise bei einem Rechenfehler, einer vergessenen Unterschrift oder einem nicht beigelegten

Inhaltsverzeichnis. Vorliegend handle es sich aber nicht um einen geringfügigen, sondern um einen schwerwiegenden Mangel: Die Beschwerdeführerinnen hätten einerseits in einem eigens eingefügten Fliesstext ausgeführt, dass Mitarbeiter A für die Bauleitung zuständig sei und dabei von Mitarbeiter C unterstützt werde, so dass letzterer an die Tätigkeiten als Bauleiter herangeführt werden könne. Gleichzeitig hätten sie an gleicher Stelle für die Bauleitung auf Mitarbeiter B und sein Referenzobjekt verwiesen. Aufgrund der widersprüchlichen Angaben sei es der Vergabestelle nicht möglich gewesen, nachzuvollziehen, wer nun für die Bauleitung verantwortlich sei. Anders als die Beschwerdeführerinnen ausführten, habe dieser Widerspruch auch nicht durch das eingereichte Organigramm aufgelöst werden können. Das Angebot hätte mehrfach korrigiert werden müssen, was sich jedoch nicht mit dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot vereinbaren lasse. Im Übrigen würden die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass die Vergabestelle mit der Ausschreibung von Anfang an zwei verschiedene Personen für die Projekt- und Bauleitung vorgesehen habe. In Übereinstimmung mit den Beschwerdeführerinnen sei sodann auch im vorliegenden Verfahren der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einzuhalten. Das dürfe aber nicht zur Folge haben, dass die Anbieter ungleich behandelt würden. Der Markt und der Wettbewerb seien in einem kleinen Anbietermarkt nicht durch die Zulassung ausschreibungswidriger Angebote zu fördern, sondern durch die Wahl geeigneter Kriterien in Bezug auf den nachgefragten Beschaffungsgegenstand im Rahmen der Ausschreibung. Bei den von den Beschwerdeführerinnen genannten Beispielen früherer Ausschreibungen habe es sich um reine Bestätigungen gehandelt. Im ersten Fall sei ein geringfügiger Fehler zu bereinigen gewesen, der sich ausschliesslich auf ein Organigramm bezogen habe. Im zweiten Fall habe sich die Vergabestelle nachträglich die Verfügbarkeit des Projektleiters erneut bestätigen lassen, ohne das Angebot zu verändern.

### **E. 5.3**

Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 aBöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 aBöB). 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"; Urteile des BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.1 und B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 "Studie Schienengüterverkehr"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel"; B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"; Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise 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"). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.8 "Produkte zur Innenreinigung III").

## **E. 5.4**

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 fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Urteile des BVGer B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.2, 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"; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 f.).

### **E. 5.5.1**

Gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibung werden im vorliegenden Verfahren folgende Eignungskriterien vorgegeben: Technische Leistungsfähigkeit/Referenz der Firma (EK 1), wirtschaftliche/finanzielle Leistungsfähigkeit der Firma (EK 2), Referenz der Schlüsselperson Projektleiter (EK 3), Verfügbarkeit der Schlüsselperson Projektleiter (EK 4) und Leistungsanteil der Subunternehmer (EK 5).

### **E. 5.5.2**

Die Zuschlagskriterien gemäss Ziff. 2.10 der Ausschreibung gehen von folgender Gewichtung aus: ZK 1 (Preis) 50 %, ZK 2 (Qualität, Ausrüstung und Ausführung) 40 %, ZK 3 (Organisation, Risikoanalyse, Schlüsselpersonen) 10 %. ZK 3 ist zusätzlich in ZK 3.1 (Ausbildung und Erfahrung Projektleiter und Bauleiter) 7 % und ZK 3.2 (Organisation und Risikoanalyse) 3 % unterteilt.

### **E. 5.5.3**

Unbestritten geblieben ist, dass das Angebot der Beschwerdeführerinnen missverständliche bzw. unzutreffende Angaben enthält. In Ziff. 3.3.1.2 der Unternehmerangaben (Ausbildung und Erfahrung Bauleiter) führen die Beschwerdeführerinnen in einem durch sie selbst eingefügten Fliesstext einerseits aus, dass aus Abwicklungs- und Effizienzgründen sowohl die Projekt- als auch die Bauleitung Mitarbeiter A obliege und dieser von Mitarbeiter C als sein Stellvertreter unterstützt werde, wobei letzterer dadurch an die Aufgaben der Bauleitung herangeführt werden solle. Andererseits machten die Beschwerdeführerinnen in derselben Ziffer der Unternehmerangaben in den dafür vorgesehenen Kästchen Angaben zur Person von Mitarbeiter B und seinem Referenzobjekt (vgl. Abb. 1 hiernach).

### **E. 5.5.4**

Beide Verfahrensbeteiligte verweisen zusätzlich auf das von den Beschwerdeführerinnen ebenfalls eingereichte Organigramm: Hier werden Mitarbeiter A als Projekt- und Bauleiter der ARGE und Mitarbeiter C als sein Stellvertreter genannt. Die beiden werden in der Graphik als Schlüsselpersonen auch farblich hervorgehoben (vgl. Abb. 2 hiernach).

#### **E. 5.5.5**

Zusätzlich wird auf derselben Seite unter dem Titel "Verantwortlichkeiten" in einem weiteren Fliesstext erläutert, dass die Gesamtkoordination von Mitarbeiter A und Mitarbeiter C als Projektleiter übernommen werde. Ihnen untergeordnet seien verschiedene Bauleiter der jeweiligen Fachbereiche (Montage, Kabelverlegung, Abschlussarbeiten) vorgesehen. Dazu passend wird in Abb. 2 Mitarbeiter B - ausserhalb der Struktur der ARGE - als Bauleiter Montage der Y. \_\_\_\_\_ AG aufgelistet (vgl. Abb. 2 hiervor).

#### **E. 5.5.6**

Abschliessend ist auf Ziff. 2.4 der Unternehmerangaben zu verweisen. Aus diesen Angaben geht hervor, dass Mitarbeiter A für die kommenden Quartale über freie Kapazitäten für Bauleitungsaufgaben im Umfang von 5 % bis 11 % verfügt.

#### **E. 5.5.7**

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die widersprüchlichen Angaben der Beschwerdeführerinnen zur Bauleitung einen Formfehler darstellen, der den Ausschluss des Angebotes rechtfertigt oder ob der Ausschluss allenfalls gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstösst und hätte korrigiert werden müssen.

#### **E. 6.1**

Korrigiert werden dürfen nur offensichtliche Fehler und Irrtümer (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 729; zum totalrevidierten BöB vgl. Roman Friedli, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar BöB, 2020, Art. 38 Rz. 7 und 8). Die Praxis unterscheidet bei unvollständigen oder nicht den Anforderungen entsprechenden Offerten drei verschiedene Kategorien, die auseinanderzuhalten sind (Urteil des BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021 E. 2.4; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 1746).

#### **E. 6.2**

Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist. Ein wesentlicher Formfehler liegt vor, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete Regeln der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder ungenügend erfüllt (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 und 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). 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.], OFK-Wettbewerbskommentar II, 2011, Art. 19 BöB N. 6). Fehlen relevante Angaben oder Unterlagen im eingereichten Angebot, führt das zum Ausschluss (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; 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, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Produktanforderungen sind, soweit sich aus der Ausschreibung nichts Anderes ergibt, absolute Kriterien: Ihre Nichterfüllung führt unabhängig vom Vergleich mit den anderen Angeboten zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Urteile des BVGer B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 "Elektroinstallationen Müllheim"; B-5017/2019 vom 19. Februar 2020 E. 2.1 "Datennetzwerkkomponenten"; B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.2 "HP-Monitore"; vgl. zum Ganzen Hans Rudolf Trüb, a.a.O., Art. 12 N. 2).

### **E. 6.3**

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 "Vermessung Durchmesserlinie"). Eine Offerte mit einem mittelschweren Verstoss gegen die vergaberechtlichen Angebotsvorschriften verletzt demnach die Angebotsregeln weder derart schwer, dass ihre Berücksichtigung die Gleichbehandlung und den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, noch derart leicht, dass ein Anschluss als überspitzt formalistisch erscheinen würde (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1754). Die Vergabestelle hat das Ermessen über einen Ausschluss oder Nichtausschluss einer Offerte mit einem mittelschweren Fehler pflichtgemäss und daher widerspruchsfrei auszuüben (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1757 ff.).

### **E. 6.4**

Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-)Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3; 2C\_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3 und 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 447 f.), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Urteile des BVGer B-4991/2020 vom 20. April 2021 E. 2.4; B-1662/2020 vom 8. Juni 2020 E. 3.2 "Elektroinstallationen Müllheim"; Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

### **E. 6.5.1**

Die Argumentation der Beschwerdeführerinnen, bei den widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung handle es sich um einen derart geringen Mangel, dass er von der Vergabestelle aus Gründen der Verhältnismässigkeit hätte korrigiert werden müssen und der Ausschluss gegen das Verbot des überspitzten Formalismus verstosse, vermag nicht zu überzeugen.

### **E. 6.5.2**

Die Beschwerdeführerinnen geben in Ziff. 3.3.1.2 der Unternehmerangaben einerseits Mitarbeiter B mit seiner Referenz "Projekt N01/42, Zürich-Ost bis Effretikon" als Bauleiter an (vgl. Abb. 1 hiervor). Dazu passend reichen sie in Anhang 2 unter "Bauleiter, persönliche Daten" den Lebenslauf von Mitarbeiter B ein, in dem das besagte Referenzobjekt erneut genannt wird.

### **E. 6.5.3**

Andererseits weisen die Beschwerdeführerinnen in derselben Ziffer 3.3.1.2 der Unternehmerangaben in einem so im Formular nicht vorgesehenen und von ihnen selbst eingefügten Fliesstext darauf hin, dass Mitarbeiter A zusammen mit dem unerfahrenen Mitarbeiter C als sein Stellvertreter die Projekt- und Bauleitung übernehmen werde, auch um letzteren an die Aufgaben als Bauleiter für künftige Projekte heranzuführen (vgl. Abb. 1 hiervor). Für diese Konstellation spricht ebenfalls das zusätzlich eingereichte Organigramm, in dem erneut Mitarbeiter A und Mitarbeiter C als Projekt- und Bauleiter genannt und als Schlüsselpersonen farblich hervorgehoben werden (vgl. Abb. 2 hiervor). Zusätzlich wird in Übereinstimmung mit einem weiteren Fliesstext Mitarbeiter B ausserhalb der ARGE-Struktur als Bauleiter Montage der Y. \_\_\_\_\_ AG erwähnt.

### **E. 6.5.4**

Die widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung beziehen sich somit auf zwei verschiedene Konstellationen, welche jeweils in mehreren, voneinander unabhängigen Unterlagen vollständig dokumentiert sind, ohne dass aus dem Angebot selbst hervorginge, welche der beiden Konstellationen nun gelten solle. Die fehlende Klarstellung wiegt umso schwerer, als die Bewertung der Projekt- und Bauleitung in der Ausschreibung als Zuschlagskriterium definiert wurde (vgl. E. 5.5.2 hiervor). Weiter ist festzustellen, dass die von den Beschwerdeführerinnen nun verneinte Konstellation (Mitarbeiter A als Projekt- und Bauleiter, Mitarbeiter C als sein Stellvertreter) mit zwei zusätzlichen Erläuterungen der Beschwerdeführerinnen und einem Organigramm ausführlicher dokumentiert ist, als die im Beschwerdeverfahren nun geltend gemachte Konstellation (Mitarbeiter A als Projektleiter, Mitarbeiter B als Bauleiter).

### **E. 6.5.5**

Dabei unterscheiden sich die beiden Konstellationen auch aufgrund der unterschiedlichen Erfahrung der jeweiligen Personen, so dass eine unterschiedliche Bewertung des ZK 3.1 (Ausbildung und Erfahrung Projektleiter und Bauleiter) nicht ausgeschlossen werden kann. Die Konstellation mit Mitarbeiter A als Projekt- und Bauleiter und Mitarbeiter C als sein Stellvertreter wirft zudem weitere Fragen auf: Aus dem Nachweis der Verfügbarkeit von Mitarbeiter A (Ziff. 2.3 der Unternehmerangaben) wird deutlich, dass ihm nur wenig freie Zeit für die Bauleitung geblieben wäre, so dass der unerfahrene Mitarbeiter C, dessen persönliche Daten aber nicht in die Bewertung eingeflossen wären, möglicherweise wesentliche Aufgaben hätte übernehmen müssen.

### **E. 6.5.6**

Für die Behebung dieser unbestritten gebliebenen Widersprüche hätten mehrere Anpassungen in den Unternehmerangaben und zusätzlich mehrere Anpassungen im Organigramm vorgenommen werden müssen. Die Klärung hätte mutmasslich die Bewertung des Angebotes beeinflusst. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die

Gewichtung von ZK 3.1 (Ausbildung und Erfahrung Projektleiter und Bauleiter) mit insgesamt 7 % nicht sehr umfangreich ausfällt, worauf auch die Beschwerdeführerinnen zu Recht hinweisen. Ein entscheidender Einfluss kann trotzdem nicht ausgeschlossen werden. Die Klärung, welcher der beiden Konstellationen hinsichtlich Bauleitung nun gelten sollte, lässt sich jedenfalls nicht ohne merklichen Einfluss auf das Gleichbehandlungsgebot der Offerten im Rahmen der Bereinigung durchführen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 714; Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1752 und 2140; zum neuen Vergaberecht auch Roman Friedli, a.a.O., Art. 38 Rz. 9).

#### **E. 6.5.7**

Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass es bei den widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung im Angebot der Beschwerdeführerinnen nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, der von der Vergabestelle zwingend hätte bereinigt werden müssen (vgl. E. 5.4 hiervor).

#### **E. 6.6**

Enthält eine Offerte einen mittelschweren Mangel der zweiten Kategorie, so darf die Vergabestelle die Offerte durch eine Rückfrage auf den verlangten Stand bringen, sie muss aber nicht. Die Vergabestelle verfügt in diesem Bereich über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie").

#### **E. 6.6.1**

Die Beschwerdeführerinnen führen dazu aus, die Anforderungen an einen Ermessensausschluss eines Angebots seien umso höher anzusetzen, je kleiner das Anbieterfeld sei. Das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbes überwiege, wenn ein Ausschluss zur Folge habe, dass, wie im vorliegenden Fall, nur noch ein Angebot übrigbleibe. Zudem habe die Vergabestelle gegen ihre eigene Rückfragepraxis verstossen, wie zwei Beispiele früherer Ausschreibungen zeigen würden. Im einen Fall sei ein Mitarbeiter als Projektleiter aufgeführt worden, im dazugehörigen Organigramm habe man jedoch den Namen eines anderen Mitarbeiters erwähnt. Im zweiten Beispiel seien nachträglich Bestätigungen der Verfügbarkeit einzelner Personen eingeholt worden. In beiden Fällen habe die Vergabestelle Hand zur Klärung geboten.

#### **E. 6.6.2**

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen ist die Missbrauchsgefahr bei einem vergaberechtlichen Ausschluss insbesondere dann gross, wenn nur noch ein Angebot übrigbleibt. Entsprechend ist beim Ermessensausschluss eine gewisse Zurückhaltung geboten (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 454). Die Prüfung der Offerten hat entsprechend pflichtgemäss und widerspruchsfrei zu erfolgen (Martin Beyeler, a.a.O., Rz. 1757 ff.). Das Wirtschaftlichkeitsprinzip darf umgekehrt, in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vergabestelle, auch nicht dazu führen, dass einzelne Angebote in einem kleineren Anbietermarkt weniger genau geprüft werden als andere. Soweit die Beschwerdeführerinnen zusätzlich rügen sollten, bereits die Ausschreibung habe durch die Wahl ungerechtfertigter Kriterien gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip verstossen, weshalb insgesamt nur zwei Angebote eingegangen seien, ist darauf zu verweisen, dass die Ausschreibung in Rechtskraft erwachsen ist und eine entsprechende Rüge nicht mehr zu hören wäre.

#### **E. 6.6.3**

Sodann ist eine eigentliche Rückfragepraxis der Vergabestelle, wie dies die Beschwerdeführerinnen anhand von zwei Beispielen ausführen, auch deshalb nicht zu erkennen, weil sich die genannten Beispiele effektiv nicht mit dem vorliegenden Sachverhalt vergleichen lassen. Bei einem Beispiel bezieht sich die Rückfrage auf den Namen und die Verfügbarkeit des Hauptbauleiters, der in Ziff. 2.2 der Unternehmerangaben (fachliche Leistungsfähigkeit der Schlüsselperson) mit dem richtigen Namen und dem richtigen Referenzprojekt erwähnt wurde. Das dazugehörige Organigramm nannte irrtümlicherweise einen anderen Mitarbeiter, welcher für die Gesamtleitung zuständig gewesen wäre. In den Angaben zur fachlichen Leistungsfähigkeit der Schlüsselpersonen wurde der irrtümlich genannte Mitarbeiter anderweitig nicht erwähnt. Damit handelte es sich um einen offensichtlichen Fehler, den die Vergabestelle durch die Veränderung eines einzigen Namens im Organigramm zu Recht korrigierte, ohne das Angebot verändern zu müssen. Beim anderen Beispiel liess sich die Vergabestelle nach Eingang der Angebote eine weitere Zusicherung der Verfügbarkeit des Projektleiters in gleichem Umfang ausstellen, wie die Anbieter dies bereits in der Offerte bestätigt hatten. Die Vergabestelle verwies diesbezüglich auf allgemein schlechte Erfahrungen in der Vergangenheit.

#### **E. 6.6.4**

Die Vergabestelle begründet den Ausschluss im Wesentlichen damit, eine Behebung der widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung und der damit verbundenen Anpassungen in den Unternehmerangaben und dem Organigramm liesse sich nicht mit dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot vereinbaren. Es komme hinzu, dass sich das Angebot, je nach Konstellation, auch in zuschlagsrelevanter Weise verändern könne, weshalb sie das Angebot der Beschwerdeführerinnen ausgeschlossen habe. Diese Begründung ist nachvollziehbar. Ein Missbrauch des Ermessens, wie ihn die Beschwerdeführerinnen geltend machen, ist nicht zu erkennen, auch nicht mit Blick auf das Gebot der Wirtschaftlichkeit oder der unterbliebenen Rückfrage zwecks Klärung der widersprüchlichen Angaben (vgl. E. 6.6.2 und 6.6.3 hiervor). Der Ausschluss des Angebotes der Beschwerdeführerinnen war somit vergaberechtskonform, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.

#### **E. 6.6.5**

Ob es sich schliesslich bei den widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung um einen Fehler handelte, bei dem die Vergabestelle den Ausschluss anordnen durfte (vgl. E. 6.3 und 6.6.4 hiervor) oder ob sie den Ausschluss anordnen musste (vgl. E. 6.2 hiervor), kann bei diesem Ergebnis offenbleiben.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vergabestelle habe in unzulässiger Weise Eignungs- und Zuschlagskriterien vermischt. Die Ausschreibung sehe vor, die Angaben zur Bauleitung unter dem Zuschlagskriterium ZK 3.1 (Ausbildung und Erfahrung Projektleiter und Bauleiter) zu bewerten, weshalb für die widersprüchlichen Angaben zur Bauleitung höchstens eine schlechte Note erteilt, jedoch nicht der Ausschluss des Angebots verfügt werden dürfe. Ein Ausschlussgrund sei nicht gegeben. Der Ausschluss entbehre daher einer Rechtsgrundlage.

#### **E. 7.2**

Gemäss Art. 11 Bst. a bis f aBöB kann die Vergabestelle einen Anbieter oder eine Anbieterin vom Verfahren ausschliessen, wenn sie beispielsweise die geforderten

Eignungskriterien nach Art. 9 aBöB nicht mehr erfüllt, falsche Auskünfte erteilt hat oder Steuern oder Sozialabgaben nicht bezahlt sind. Die Aufzählung von Art. 11 Bst. a bis f aBöB ist nicht abschliessend (vgl. dazu Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Fn. 1829). Davon zu unterscheiden ist der Ausschluss eines Angebotes vom Verfahren aufgrund eines wesentlichen Formfehlers nach Art. 19 Abs. 3 aBöB (für das neue Recht Dominik Kuonen, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar BöB, a.a.O., Art. 34 Rz. 16).

### **E. 7.3**

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vergabestelle erfolgte der Ausschluss des Angebotes der Beschwerdeführerinnen vorliegend aufgrund eines formellen Mangels nach Massgabe von Art. 19 Abs. 3 aBöB und nicht aufgrund der Prüfung von Eignungs- oder Zuschlagskriterien. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerinnen beantragen in ihrer Beschwerde Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens, soweit nicht berechtigte Geheimhaltungsinteressen der Zuschlagsempfängerinnen entgegenstehen.

### **E. 8.2**

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 zurücktreten. Insbesondere besteht kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d aBöB; Urteil des BGer 2P.226/2002 vom 20. Februar 2003 E. 2.2 m.H.; Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 4.2; B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3803/2010 vom 23. Juni 2010 E. 7.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1364). 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 (Urteile des BVGer B-6506/2020 vom 6. April 2021 E. 4.2; B-3204/2020 vom 23. Dezember 2020 E. 5.1; Zwischenentscheid des BVGer B-3302/2019 vom 24. September 2019 E. 1.2).

### **E. 8.3**

Dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen wurde im Verlauf des Beschwerdeverfahrens teilweise entsprochen. Die Beschwerdeführerinnen erhielten mit Verfügung vom 28. Januar 2021 Einsicht in den Evaluationsbericht (teilweise geschwärzt) sowie in das Protokoll der formellen Prüfung (teilweise geschwärzt).

### **E. 8.4**

Im Übrigen konnte die Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund eines Formfehlers vom Verfahren ausgeschlossen werden durfte, vorliegend aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen, des Angebots der Beschwerdeführerinnen, der Rechtsschriften und deren Beilagen beantwortet werden. Ein schützenswertes Interesse an einer weiteren Akteneinsicht ist nicht zu erkennen. Die Beschwerdeführerinnen haben nach Erhalt der soeben erwähnten Unterlagen denn auch keine zusätzliche Akteneinsicht mehr verlangt.

## **E. 9**

Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Ausschluss aus dem Verfahren als rechtskonform erweist, womit eine Aufhebung des Ausschlusses und des Zuschlages sowie eine Rückweisung an die Vergabestelle zur Neu beurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerinnen ausser Frage stehen. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis ist das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

## **E. 10.1**

Weil die Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren unterliegen, haben sie 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 auf Fr. 12'000.- festgelegt.

## **E. 10.2**

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

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