



---

Abteilung II

Postfach  
CH-9023 St. Gallen  
Telefon +41 (0)58 465 25 60  
Fax +41 (0)58 465 29 80  
www.bundesverwaltungsgericht.ch

**Geschäfts-Nr. B-2297/2017**  
urh/roe

## **Zwischenverfügung vom 3. Juli 2017**

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

In der Beschwerdesache

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch lic. iur. Michael Merz, Rechtsanwalt,  
' \_\_\_\_\_ ';  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Strassen (ASTRA),**  
Rechtsdienst und Landerwerb, 3003 Bern,  
Vergabestelle,

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – 080092 EP F4,  
Betriebskonzept Strassentunnel Filiale Winterthur,  
SIMAP-Meldungsnummer 961771 (Projekt-ID 147456),

**stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:****A.**

**A.a** Am 11. November 2016 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur Ost, Filiale Winterthur, (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform simap.ch (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel "080092 EP F4, Betriebskonzept Strassentunnel Filiale Winterthur" die Erstellung der Betriebskonzepte aller Tunnelobjekte der Filiale Winterthur mit allen relevanten Daten und Informationen gemäss der Richtlinie 16050 «Operative Sicherheit Betrieb», Kap. 4 Sicherheitsunterlagen, Teil 2 «Betriebskonzept», im offenen Verfahren aus. Der Ausführungsbeginn war unter Vorbehalt terminlicher Änderungen auf den 1. April 2017 vorgesehen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.13). Die Angebote waren bis zum 3. Januar 2017 einzureichen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 1.4).

In einer Bemerkung zu Ziff. 2.11 dieser Ausschreibung wurde ausdrücklich festgehalten, dass Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen würden.

**A.b** In der Folge gingen acht Angebote ein, darunter dasjenige der X.\_\_\_\_\_ AG.

**A.c** Am 27. März 2017 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag an die Interessengemeinschaft A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin). Die Zuschlagsverfügung wurde am 31. März 2017 auf simap.ch publiziert (Meldungsnummer 961771). Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, dass die Zuschlagsempfängerin nach Beurteilung der Zuschlagskriterien die höchste Punktzahl aller Anbieter erreicht habe. Ihre Offerte habe insbesondere durch die projektbezogene Aufgabenanalyse, den Vorgehensvorschlag sowie die Schlüsselpersonen überzeugt. Ihre Offerte sei in ihrer Gesamtheit die wirtschaftlich Günstigste (vgl. SIMAP-Publikation, Ziff. 3.3).

**A.d** Mit Schreiben vom 31. März 2017 teilte die Vergabestelle der X.\_\_\_\_\_ AG mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen worden sei. Es sei im Zeitmitteltarif offeriert worden. Wie in der SIMAP-Publikation unter Ziff. 2.11 ausdrücklich erklärt, würden "Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen".

**A.e** Am 5. April 2017 stellte die X. \_\_\_\_\_ AG ein Gesuch um Widerruf des Ausschlusses und des Zuschlags und um detaillierte Bekanntgabe der wesentlichen Gründe der Nichtberücksichtigung im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BöB. Sie wies darauf hin, dass es sich beim Zeitmitteltarif um einen mittleren Stundenansatz (Durchschnittswert) für eine Planungsgruppe unabhängig von der jeweiligen Honorarkategorie des eingesetzten Mitarbeiters handle. Es sei kein Mittelwert angeboten worden. Der Durchschnittswert der angebotenen Planungsgruppe würde rund Fr. \_\_\_\_\_/Std. betragen (3'950 Stunden zum Preis von Fr. \_\_\_\_\_ [Fr. \_\_\_\_\_ : 3'950 Stunden = Fr. \_\_\_\_\_ pro Std.]).

**B.**

Gegen den Zuschlag vom 27. März 2017 und den am 31. März 2017 mitgeteilten Ausschluss hat die X. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 20. April 2017 vor dem Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben. Sie beantragt Folgendes:

1. Es sei der vorliegenden Beschwerde zunächst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und der Vergabestelle zu verbieten, den Vertrag mit der ausgewählten Anbieterin (Zuschlagsempfängerin) abzuschliessen;
2. Die Ausschlussverfügung der Vergabestelle betreffend des Angebotes der Beschwerdeführerin sei aufzuheben;
3. Der Zuschlag der Vergabestelle an die Zuschlagsempfängerin sei aufzuheben;
4. Der Zuschlag sei direkt durch die Beschwerdeinstanz der Beschwerdeführerin zu erteilen;
5. Eventualiter zu Antrag 4 sei die Sache zur Neuentscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Weisung, eine neue Angebotsbewertung unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin vorzunehmen;
6. Es sei der Beschwerdeführerin vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren, soweit keine überwiegenden öffentlichen oder privaten, nachgewiesenen Interessen entgegenstehen, insbesondere in sämtliche Aktenstücke und Dokumente betreffend der Bewertung der Angebote, insbesondere auch in Bezug auf eine allfällige Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin. Anschliessend sei ihr Gelegenheit zu geben, zu den Unterlagen Stellung zu nehmen bzw. sei nach erfolgter Akteneinsicht durch die Beschwerdeführerin ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen;
7. Für den Fall, dass die Zuschlagsempfängerin am Verfahren teilnimmt, sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, die geheim zu haltenden Teile ihres Angebots zu bezeichnen;
8. Eventualiter zu Antrag 6 sei für den Fall, dass der Beschwerdeführerin die vollumfängliche Einsichtnahme in das Angebot der Zuschlagsempfängerin

und in sämtliche Unterlagen und Dokumente betreffend der Bewertung der Angebote der Zuschlagsempfängerin und allenfalls der Beschwerdeführerin nicht gewährt würde, eine Expertise gerichtlich in Auftrag geben. Diese hat die Überprüfung der Bewertung der Angebote der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin zum Gegenstand und beantwortet die Fragen, ob die Bewertung korrekt und in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Bestimmungen und den Ausschreibungsunterlagen erfolgt ist, ob die Vergabestelle ihr Beurteilungsermessen pflichtgemäss ausgeübt hat oder ob das Ermessen bei der Beurteilung der Angebote überschritten oder missbraucht wurde. Im Fall der nicht korrekten Angebotsbewertung nimmt sie eine korrekte Angebotsbewertung vor;

9. Sollte die aufschiebende Wirkung nicht erteilt werden und die Vergabestelle im Zeitpunkt des Entscheids den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abgeschlossen haben, sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlags- und der Ausschlussverfügung vom 31. März 2017 festzustellen und Vormerk zu nehmen, dass die Vergabestelle für den infolge des rechtswidrigen Zuschlags verursachten Schaden haftet;
10. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle, eventuell der Zuschlagsempfängerin.

Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihrer Beschwerde verschiedene Rügen vor. Im Wesentlichen bringt sie vor, dass ihr Angebot rechtswidrig aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei. Das Angebot enthalte keine Mittelwerte im Sinn eines Zeitmitteltarifs. Die Beschwerdeführerin ist insbesondere der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung erfüllt seien. Nicht nur ihre Interessen sprächen für die Gewährung, sondern auch gewichtige öffentliche Interessen an einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Die Vergabestelle könne sich nicht gegen die Gewährung aussprechen, ohne sich einem Missbrauchsvorwurf auszusetzen. Namentlich das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts verlange die Gewährung. Die öffentlichen Mittel seien sparsam auszugeben, was angesichts des von der Beschwerdeführerin eingereichten niedrigsten Angebots ebenfalls für die Gewährung der aufschiebenden Wirkung spreche. Auf keinen Fall dürfe mit deren Verweigerung der Rechtsschutz bezüglich eines ungerechtfertigten Ausschlusses vereitelt werden. Die Interessen der Beschwerdeführerin an der Gewährung seien als gewichtig zu werten. Würde das Gesuch abgewiesen, könnte die Gutheissung der Beschwerde den mit Sicherheit sofort abgeschlossenen Vertrag nicht mehr aufheben, sondern allenfalls nur noch dessen Widerrechtlichkeit feststellen.

### **C.**

Mit superprovisorischer Anordnung vom 21. April 2017 hat der

Instruktionsrichter bis zum definitiven Entscheid über den Antrag betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen untersagt, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich den Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 25. April 2017 hat der Instruktionsrichter die Vergabestelle ersucht, zu den Verfahrensanhträgen der Beschwerdeführerin, namentlich zum Begehren, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen. Der Zuschlagsempfängerin ist eine Stellungnahme freigestellt worden.

**E.**

Die Zuschlagsempfängerin hat mit Schreiben vom 11. Mai 2017 mitgeteilt, auf eine Beteiligung am vorliegenden Verfahren als Beschwerdegegnerin zu verzichten. Zugleich verlangt sie unter Hinweis auf ihre Geheimhaltungsinteressen, dass die Inhalte ihrer Offerte den Mitbewerbern nicht offengelegt werden dürften.

**F.**

**F.a** Die Vergabestelle stellt mit Vernehmlassung vom 15. Mai 2017 folgende Rechtsbegehren:

1. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
2. Über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden.
3. Die Beschwerde sei abzuweisen.

Die Vergabestelle begründet dies im Wesentlichen damit, dass die Annahme der Beschwerdeführerin, wonach eine grosse Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie bei günstiger Bewertung ihrer ausgeschlossenen Offerte den Zuschlag erhalten würde, für die Erfolgchancen des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht relevant sei. Die Beschwerdeführerin habe ein Angebot eingereicht, welches die Teilnahmevoraussetzungen nicht erfülle, indem anstelle von Honorarkategorien Zeitmitteltarife offeriert worden seien. Infolgedessen habe die Vergabestelle das eingereichte Angebot vom Verfahren ausschliessen müssen. Die Beschwerde erweise sich als offensichtlich unbegründet.

**F.b** Diese Vernehmlassung ist der Beschwerdeführerin am 18. Mai 2017 zur Kenntnis gebracht worden.

**G.**

Auf die Vorbringen der Parteien des vorliegenden Verfahrens wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**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.

**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).

**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).

**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.

**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).

**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" 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). Diese 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". 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. zum Ganzen das Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014 E. 1.5.2).

**1.3.4** Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 657'050.– 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 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.–. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

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

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

## 2.

**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.

**2.2** Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die angefochtene Ausschlussverfügung und der Zuschlag seien aufzuheben und er sei direkt ihr zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Weisung, eine neue Angebotsbewertung unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin vorzunehmen. Damit richtet sie ihre Beschwerde nicht nur gegen den Zuschlag, sondern auch gegen den Ausschluss. Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin am 31. März 2017 schriftlich mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen worden sei, weil es im Zeitmitteltarif offeriert worden sei. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies die Vergabestelle auf die elektronische Publikation. 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).

**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 bzw. 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 im Vergleich zum Preis der Zuschlagsempfängerin günstiger. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist sogar das günstigste Angebot gemäss Offertöffnungsprotokoll. 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 demnach jedenfalls gegeben. Indessen ist im Rahmen der Anfechtung eines Ausschlusses das von der Beschwerdeführerin gestellte Begehren, der Zuschlag sei ihr direkt zu erteilen, nicht zielführend, da die Evaluation durch die Vergabestelle erst noch erfolgen müsste. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3; Urteil des BVGer B-1875/2014 vom 16. Juli 2014 E. 1.3; zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4).

**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).

**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).

### **3.**

**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).

**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 (BBI 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; zum Ganzen Zwischenentscheid des BVGer B-7753/2016 vom 1. Februar 2017 E. 3.3, zur BVGE-Publikation vorgesehen).

#### 4.

**4.1** Die Vergabestelle hat das Angebot der Beschwerdeführerin vorliegend nicht zur Bewertung zugelassen bzw. vom Verfahren ausgeschlossen, weil sie im Zeitmitteltarif offerierte. Im Schreiben vom 31. März 2017 verwies die Vergabestelle zur näheren Begründung auf Ziff. 2.11 der Ausschreibung. In dieser Ziffer wurde ausdrücklich angemerkt, dass Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen würden.

**4.2** Die Vergabestelle beruft sich im vorliegenden Fall auf den Ausschlussgrund des wesentlichen Formfehlers im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BöB. Die Beschwerdeführerin macht dazu in ihrer Beschwerde geltend, dass ihr Angebot in allen Punkten den Vorgaben der Vergabestelle entspreche (S. 10). Dazu 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 ihre Anträge auf Teilnahme und 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 indessen 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 ebenfalls 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). Das Gleichbehandlungsgebot würde verletzt. 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; zum Ganzen Zwischenentscheid B-6123/2011 E. 3.1).

### 4.3

**4.3.1** 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 begehen (vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.2 mit Hinweisen). 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).

**4.3.2** 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 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, unter anderem auf BVGE 2007/13 E. 3.3). 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).

**4.3.3** 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).

## 5.

**5.1** Zum vorliegend relevanten Sachverhalt ist zunächst festzuhalten, dass die Honorartabelle, welche Teil der Ausschreibungsunterlagen war, folgende Vorgabe im Teil "nach Zeitaufwand" enthält:

Teil "nach Zeitaufwand"					
Funktion	Name	Kat.KBOB	Anzahl h***	CHF/h	CHF
<b>Schlüsselpersonen</b>					
Projektleiter			1300	0.00	0.00
Fachexperte BSA			700	0.00	0.00
<b>weiteres Personal</b>					
diverse	Angabe nicht notwendig	B	200	0.00	0.00
diverse	Angabe nicht notwendig	C	700	0.00	0.00
diverse	Angabe nicht notwendig	D	750	0.00	0.00
diverse	Angabe nicht notwendig	E	100	0.00	0.00
diverse	Angabe nicht notwendig	F	100	0.00	0.00
diverse	Angabe nicht notwendig	G	100	0.00	0.00

Daraus kann entnommen werden, dass nach erbrachtem Zeitaufwand vergütet wird, wobei Stundenansätze für verschiedene Kategorien von Mitarbeitern zu offerieren sind und 2'000 von total 3'950 Stunden vom Projektleiter bzw. von einem Fachexperten BSA geleistet werden sollen. Aus der Tabelle geht hervor, dass die je Funktion zu offerierende Stundenzahl nicht variabel, sondern auf eine bestimmte Zahl festgesetzt ist. Die Preise pro geleistete Arbeitsstunde waren hingegen von den Anbieterinnen pro Mitarbeiterkategorie ins Formular einzutragen. Demnach erwartete die Vergabestelle unterschiedliche Preise für die verschiedenen Mitarbeiterkategorien. Die Beschwerdeführerin hat folglich *prima facie* entgegen den Vorgaben der Vergabestelle für die Kategorien B, C und D bzw. E, F und G den gleichen Stundenansatz offeriert. Gemäss der Honorartabelle der Beschwerdeführerin vom 22. Dezember 2016 sollen 3'600 Stunden der Kategorien B, C und D zu Fr. \_\_\_\_\_/Std. und 300 Stunden der Kategorien E, F und G zu Fr. 1.–/Std. verrechnet werden.

Die Ausschreibung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Die Beschwerdeführerin bestreitet trotz der Gewichtung des Preises mit 40 % denn auch nicht die Vergaberechtskonformität der Vorgabe in Bezug auf den Stundenaufwand (vgl. dazu das Urteil B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.5-6.6), nachdem sie diesen entsprechend den Ausschreibungsunterlagen offeriert hat. Vielmehr macht sie geltend, dass ihre Offerte, welche auf einem einheitlichen Honorar für die Honorarkategorien B, C und D bzw. E, F und G beruht, nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen.

## 5.2

**5.2.1** Die Beschwerdeführerin wirft in ihrer Beschwerde der Vergabestelle zunächst vor, sie definiere den Begriff 'Zeitmitteltarif' in Abweichung vom Bundesverwaltungsgericht, dem allgemeinen Sprachgebrauch und den mathematischen Gesetzen, ohne in der Ausschreibung klar darauf hinzuweisen (S. 7). Es sei fraglich, wie die Beschwerdeführerin den Begriff habe verstehen dürfen oder müssen. Er finde sich so nicht im Duden oder anderen Wörterbüchern. Auch die einschlägigen Ordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins SIA 102, 103 oder 108 enthielten keine Definition des Zeitmitteltarifs. Desgleichen gelte für die Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren der KBOB (Ausgabe 2016). Der Begriff des Zeitmitteltarifs dürfe wohl mit dem Begriff 'Durchschnittswert' oder 'Mittelwert' aus dem normalen Sprachgebrauch übereinstimmen. Dabei handle es sich um das arithmetische Mittel. Auch das Bundesverwaltungsgericht sei im Zwischenentscheid B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011 dieser Definition gefolgt (S. 11). Eine

Definition des Begriffs finde sich weder in der Ausschreibung noch in den übrigen Ausschreibungsunterlagen (S. 12). Wenn die Vergabestelle bei der Definition des Zeitmitteltarifs von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abweichen wolle, müsse sie dies in den Ausschreibungsunterlagen für jeden Anbieter deutlich erkennbar kundgeben. Dies gelte umso mehr, wenn sie in ihrem eigenen Beschaffungshandbuch, das im Internet frei zugänglich sei, auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verweise (S. 19).

**5.2.2** Die Vergabestelle nennt in ihrer Vernehmlassung keine Definition des Begriffs 'Zeitmitteltarif'.

**5.2.3** Es trifft zu, dass weder in der Ausschreibung selbst noch in den übrigen Ausschreibungsunterlagen definiert wird, was unter dem Begriff des Zeitmitteltarifs zu verstehen ist.

**5.2.4** Publikationstransparenz besteht, wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen in klarer und verständlicher Weise die Parameter von Leistung und Verfahren bekannt gibt (Zwischenentscheid B-82/2017 E. 11.8.5 und Zwischenentscheid des BVGer B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.3.2; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich 2008, Rz. 44).

**5.2.5** Es ist somit zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin verpflichtet gewesen wäre, der Vergabestelle Fragen in Zusammenhang mit der Festlegung des Begriffs des Zeitmitteltarifs zu stellen und ob sie mangels solcher Nachfrage mit entsprechenden Rügen im vorliegenden Beschwerdeverfahren noch zu hören ist. Sollten die Ausschreibungsunterlagen hingegen nicht Anlass zu Fragen gegeben haben, da sie zumindest nicht unklar formuliert waren, ist zu klären, ob die Beschwerdeführerin ebenfalls eine Rügeobliegenheit trifft.

**5.2.6** Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht bei unklaren Ausschreibungsunterlagen eine Fragepflicht der Anbieter. Auch wenn die Vergabestelle die entsprechenden Angaben klarer hätte abfassen können, ist es nach Ansicht des Bundesgerichts Sache der Beschwerdeführerin, sich bei einer Regelung, die zu Missverständnissen Anlass geben kann, durch eine Rückfrage ins Bild zu setzen (vgl. Urteil des BGer 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E. 3.3). 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. 387-388; vgl. dazu auch das Urteil des BVGer B-3526/2013 vom 20. März 2014 E. 6.8 *in fine*). Ausserdem setzt die Annahme einer Fragepflicht voraus, dass die Ausschreibungsunterlagen tatsächlich unklar sind, während allenfalls eine Rügeobliegenheit bestehen kann, wenn der Anbieter Mängel in an sich klar formulierten Ausschreibungsunterlagen erkannt hat bzw. erkennen musste (Zwischenentscheid des BVGer B-369/2014 vom 10. Juli 2014 E. 6.2.2; zum Ganzen Zwischenentscheid B-82/2017 E. 11.8.6).

**5.2.7** Im vorliegenden Fall verweist die Honorartabelle im Teil "nach Zeitaufwand" ausdrücklich auf "Kat. KBOB" (vgl. Tabelle in E. 5.1 vorstehend), das heisst auf die Kategorien der Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren KBOB. Die SIA-Ordnung 103 von 2014, welche die Leistungen und Honorare der Bauingenieurinnen und Bauingenieure ordnet, sieht Qualifikationskategorien A bis G vor (S. 63). Diese Kategorien sind von den 'Empfehlungen zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren 2016' der KBOB (unter <https://www.kbob.admin.ch> > Publikationen/Empfehlungen/Musterverträge > Dienstleistungen Planer > Archiv Empfehlung zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren, abgerufen am 26. Juni 2017) übernommen worden (vgl. S. 6-8). Der Planervertrag der KBOB (unter <https://www.kbob.admin.ch> > Publikationen/Empfehlungen/Musterverträge > Dokumente entlang des Beschaffungsablaufs / Musterverträge > Übersicht der Dokumente entlang des Beschaffungsablaufs, Dokument Nr. 30 ["Planervertrag"], abgerufen am 26. Juni 2017) hinwiederum sieht unter Ziff. 4.2 ("Vergütung nach erbrachtem Zeitaufwand") die folgenden beiden Offertmöglichkeiten vor:

- Gemäss folgenden Stundenansätzen exkl. MWST:

Kategorie A, [...]	CHF .....
Kategorie B, [...]	CHF .....
Kategorie C, [...]	CHF .....
Kategorie D, [...]	CHF .....
Kategorie E, [...]	CHF .....
Kategorie F, [...]	CHF .....
[...]	

- Gemäss folgendem gemitteltem Stundenansatz exkl. MWST,  
der für alle seitens des Beauftragten eingesetzten Mitarbeiter gilt: CHF .....

[...]

Angesichts dieser Differenzierung im Planervertrag der KBOB und dem expliziten Ausschluss von Zeitmitteltarifen in Ziff. 2.11 der Ausschreibung musste die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Vergabestelle keinen gemittelten Stundenansatz will, welcher für alle eingesetzten Mitarbeitenden gilt. Dies tat die Beschwerdeführerin denn auch offensichtlich, zumal sie keinen Zeitmitteltarif für sämtliche Mitarbeitenden, sondern eben zwei verschiedene Tarife anbot. Die Vergabestelle fasste die entsprechenden Anforderungen somit soweit klar ab. Ob bloss zwei unterschiedliche Tarife den Erwartungen der Vergabestelle entsprechen – was auf den ersten Blick nicht eindeutig festzustellen ist –, hätte die Beschwerdeführerin indessen nachfragen müssen, zumal sie die entsprechende Uneindeutigkeit offensichtlich erkannte bzw. erkennen musste. Die Unterlassung dieser Nachfrage erscheint *prima facie* angesichts des von der Beschwerdeführerin schliesslich gewählten Stundenansatzes von Fr. 1.–/Std. für die Kategorien D, E und F, was ein bloss symbolischer Betrag ist, geradezu als bewusster Verstoss gegen die vorgegebenen tariflichen Anforderungen der Vergabestelle.

### 5.3

**5.3.1** Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerde weiter aus, aus dem Zwischenentscheid B-6123/2011, E. 4.1, lasse sich ableiten, dass mit dem Begriff 'Zeitmitteltarif' ein Stundenansatz gemeint sei, der über alle Kategorien gleich hoch sei. Das heisse, dass es sich beim Zeitmitteltarif um einen mittleren Stundenansatz (Durchschnittswert) für eine Planungsgruppe unabhängig von der jeweiligen Honorarkategorie des eingesetzten Mitarbeiters handle (S. 11). Der Interpretation des Bundesverwaltungsgerichts folge offenbar auch die Vergabestelle, verweise sie doch in ihrem Handbuch 'Beschaffungswesen Nationalstrassen ASTRA' (8. Auflage) explizit auf den vorerwähnten Entscheid B-6123/2011 (S. 11-12). Der Verweis beziehe sich auf die Erwägung 4.4, was an der vorliegenden Auslegung gleichwohl nichts ändere. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle vom allgemeinen Sprachgebrauch oder der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts habe abweichen wollen (S. 12).

**5.3.2** Die Vergabestelle legt in ihrer Vernehmlassung dar, die Bedeutung des Zeitmitteltarifs könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass sämtliche Kategorien denselben Stundenansatz aufweisen müssten. Sobald mehrere Kategorien einer Planungsgruppe mit dem gleichen Honorarpreis statt separat mit unterschiedlichen Kategoriepreisen offeriert würden, handle es sich um einen mittleren Stundenansatz für diejenigen

Kategorien, welche mit dem gleichen Preis offeriert würden. Für die betroffenen Kategorien werde somit ein mathematischer Mittelwert offeriert. Dabei sei die Anzahl der angebotenen Zeitmitteltarife irrelevant. Es sei nicht ersichtlich, weshalb diese Interpretation vom gängigen Sprachverständnis abweichen sollte (S. 5).

**5.3.3** Die von der Beschwerdeführerin angeführte E. 4.1 des Zwischenentscheids B-6123/2011 enthält keine Festlegung, was unter dem Begriff des Zeitmitteltarifs allgemein zu verstehen ist. Vielmehr erwähnt diese Erwägung einzig, dass entgegen den Vorgaben der Vergabestelle für alle Kategorien der gleiche Stundenansatz offeriert worden sei. Aus dieser gerichtlichen Feststellung kann die Beschwerdeführerin in casu nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**5.3.4** Im von der Vergabestelle herausgegebenen 'Handbuch Beschaffungswesen Nationalstrassen ASTRA' (8. Aufl. 2016, unter <[www.astra.admin.ch](http://www.astra.admin.ch)> > Fachleute und Verwaltung > Dokumente für Nationalstrassen / Agglomerationsprogramme > Vorlagen Infrastrukturprojekte > Beschaffungs- und Vertragswesen, abgerufen am 27. Juni 2017) wird auf S. 54 unter Verweis auf den Zwischenentscheid B-6123/2011 E. 4.4 ausdrücklich festgehalten, dass eine "geschützte" Stundenzahl aufgeteilt auf die verlangten Honorarkategorien (Vergleichbarkeit der Angebote) ausgeschrieben werde. Angebote, die trotzdem einen Zeitmitteltarif offerierten, würden als ausschreibungswidriges Angebot ausgeschlossen. E. 4.4 des erwähnten Zwischenentscheids bietet ebenfalls keine Definition des Zeitmitteltarifs, sondern legt dar, dass ein Ausschluss wegen eines ausschreibungswidrig offerierten Zeitmitteltarifs rechtmässig sei. Auch aus dieser gerichtlichen Erwägung kann *prima facie* nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin abgeleitet werden.

## **5.4**

**5.4.1** Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde ferner, dass die Zuschlags- und Eignungskriterien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen seien, gelte auch für Vergabebedingungen wie die in Ziff. 2.11 der Ausschreibung als 'Bemerkung' bezeichnete Vorgabe: "Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif werden ausgeschlossen" (S. 11). Da die Vergabestelle nicht deutlich darauf hingewiesen habe, was sie beim vorliegenden Beschaffungsprojekt und in Abweichung zu einer gängigen Definition (Rechtsprechung Bundesverwaltungsgericht, allgemeiner Sprachgebrauch, mathematische Gesetze) unter dem Zeitmitteltarif

verstehe, habe die Beschwerdeführerin darauf vertrauen dürfen, dass sie mit ihrem Angebot gerade keinen Zeitmitteltarif offeriere (S. 19).

**5.4.2** Die Vergabestelle legt in ihrer Vernehmlassung dar, bereits der SIA sehe in seiner Ordnung 103 Honorarkategorien als Entschädigungsvariante vor, welche den verlangten Honorarkategorien entsprächen. In den Grundlagen für die Honorarberechnung nach Qualifikationskategorien werde in der SIA-Ordnung 103 festgehalten, dass die Vergütung der einzelnen Kategorien entsprechend der Funktion sowie den qualitativen Anforderungen der eingesetzten Personen berechnet werde. Diese Kategorien seien von der KBOB übernommen worden. Die SIA-Ordnungen wie auch die KBOB-Honorarkategorien seien den offerierenden Unternehmungen bestens bekannt, weshalb auch der Beschwerdeführerin die verlangten Angaben aus den Ausschreibungsunterlagen hätten verständlich sein müssen (S. 5). Sie habe sowohl auf SIMAP wie auch in den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich dargelegt, dass Zeitmitteltarife ausgeschlossen seien und nach KBOB-Kategorien zu offerieren sei. Die Tatsache, dass insgesamt acht Offerten eingereicht worden seien und lediglich die Beschwerdeführerin die geforderten Angaben zur Vergütung nicht eingebracht habe, spreche ebenfalls dafür, dass die Ausschreibungsunterlagen hinreichend klar und verständlich formuliert worden seien. Dies umso mehr, weil die SIMAP-Publikation der Ausschreibung die Bemerkung "Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif werden ausgeschlossen" festgehalten habe (S. 7).

**5.4.3** Gemäss Art. 16a Abs. 1 VöB beschreibt die Auftraggeberin die Anforderungen an die geforderte Leistung in hinreichender Klarheit und Ausführlichkeit. Die Vergabebehörde ist grundsätzlich an die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen gebunden. Diese Bindung ergibt sich insbesondere aus dem Transparenzgebot und aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 1 Abs. 2 BöB). Würde sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lassen, ihre Bedeutungsfolge umstellen, andere Gewichtungen vornehmen oder Kriterien heranziehen, die sie nicht bekannt gegeben hat, handelte sie vergaberechtswidrig (Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014, E. 2.5.2, und B-6837/2010 vom 15. März 2011, E. 3.2 mit Hinweisen). Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien sind dabei so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Urteil des BGer 2C\_1101/2012 vom 24. Januar 2013 E. 2.4.1; Zwischenentscheid B-

7753/2016 E. 4.5, zur BVGE-Publikation vorgesehen; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 566-567).

**5.4.4** Die Bindung der Vergabestelle an die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Vergabekriterien (vgl. Art. 9 Abs. 2 BöB) bezweckt einerseits die Transparenz des Verfahrens im öffentlichen Interesse an einem wirtschaftlichen Einsatz der Mittel des Gemeinwesens und andererseits den Schutz des Vertrauens der Anbieter in die ihnen gegenüber bekanntgegebenen "Spielregeln des Verfahrens". Der insofern spezialgesetzlich konkretisierte, aber auch verfassungsmässige Anspruch (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) schützt den Anbieter, der sein Angebot so verfasst und diejenige Nachweise beigebracht hat, von denen er aufgrund der Ausschreibungsunterlagen annehmen durfte, dass sie ausreichend seien, in diesem Vertrauen (Zwischenverfügung B-82/2017 E. 11.10.6).

**5.4.5** Die Vergabestelle verwies in ihrer Honorartabelle, welche Teil der Ausschreibungsunterlagen war, im Teil "nach Zeitaufwand" ausdrücklich auf die KBOB-Kategorien. Diese entsprechen den von der SIA-Ordnung 103 verwendeten Kategorien (vgl. E. 5.2.7 vorstehend). Weiter enthält die Honorartabelle im eben genannten Abschnitt kein Feld, das ausdrücklich für einen Zeitmitteltarif vorgesehen ist. Das Fehlen eines solchen Felds entspricht dem von der Vergabestelle in ihrer Ausschreibung auf simap.ch explizit angebrachten Hinweis auf den Ausschluss von Zeitmitteltarifen (Sachverhalt Bst. A.a hiavor). Ferner war die 'Vertragsurkunde für Planerleistungen' der KBOB (Version ASTRA / August 2016) Teil der Ausschreibungsunterlagen. Darin wird unter Ziff. 4.1.2 in Bezug auf die Vergütung nach erbrachtem Zeitaufwand ebenfalls nur die Offertmöglichkeit des nicht gemittelten Stundenansatzes vorgesehen. Eine allfällige Möglichkeit eines gemittelten Ansatzes wird mit keinem Wort erwähnt. Ziff. 8.1 des Pflichtenhefts vom 1. November 2016 merkt an, dass die in der Beilage B06 (Aufwandschätzung für Teil "nach Zeitaufwand", vgl. Ziff. 9 des Pflichtenhefts) aufgelisteten Tätigkeiten nach Zeitaufwand auf der Basis der in der Honorar- und Leistungstabelle aufgeführten Stundenansätzen vergütet würden. Diese Formulierung, welche im Plural von mehreren solchen spricht, zeigt, dass die Vergabestelle von verschiedenen Stundenansätzen ausging. Die Beschwerdeführerin hätte bereits aus diesen Unterlagen *prima facie* schliessen müssen, dass eine Offerte von einem gemittelten Stundenansatz abzusehen hat. Jedenfalls ist in diesen Unterlagen kein einschlägiger Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in guten Treuen von der Möglichkeit eines gemittelten

Stundenansatzes ausgehen konnte. Alle anderen Anbieterinnen sahen in ihren Offerten denn auch von einem solchen Ansatz ab. Die von der Vergabestelle formulierten Anforderungen an die Offerte sind mit Blick auf diese Gegebenheiten hinreichend klar und ausführlich. Die Vergabestelle war daher angesichts der in E. 5.4.3 vorstehend genannten Rechtsprechung geradezu gehalten, Ziff. 2.11 der Ausschreibung, wonach Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen würden, so auszulegen, dass ein solcher Tarif in der Tat zum Ausschluss führt.

**5.5** Unter den Parteien ist unbestritten, dass das Verbot des Zeitmitteltarifs letztlich dazu dienen sollte, zu verhindern, dass die Arbeiten durch weniger qualifiziertes Personal ausgeführt würden (vgl. Beschwerde, S. 18; Vernehmlassung, S. 4). Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Beschwerde indessen der Meinung, beim konkreten Beschaffungsprojekt sei der Sinn des Verbots eines Zeitmitteltarifs durch die Aufteilung der Honorarkategorien in zwei Hauptgruppen und zusätzlich die Abgrenzung der namentlich genannten Schlüsselpersonen gewährleistet (S. 18). Dieser Ansicht kann allerdings *prima facie* nicht gefolgt werden, da auch bei zwei Gruppen zu je drei Kategorien (B, C und D bzw. E, F und G), wie sie die Beschwerdeführerin bildete, nicht die benötigte Qualität der zu erbringenden Leistung pro Kategorie sichergestellt ist. Daran ändert die namentliche Nennung der beiden Schlüsselpersonen in der Kategorie B nichts. Denn bei den übrigen fünf Kategorien ist bei der von der Beschwerdeführerin vorgenommenen Zweiteilung aus dem Angebot nicht ersichtlich, welche Berufsqualifikation zu welchem Stundensatz angeboten wird.

**5.6** Unstrittig ist weiter, dass die Vergabestelle das Angebot der Beschwerdeführerin bei den Leistungen nach Zeitaufwand in der Honorartabelle als Offerte zweier Zeitmitteltarife qualifizierte (vgl. Beschwerde, S. 10-12; Vernehmlassung, S. 5-6).

**5.6.1** Die Beschwerdeführerin insistiert jedoch in ihrer Beschwerde, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liege beim Angebot der Beschwerdeführerin kein Zeitmitteltarif vor (S. 12). Die Beschwerdeführerin habe bei den Honorarkategorien B, C und D jeweils explizit pro Kategorie einen Stundenansatz von Fr. \_\_\_\_\_/Std. bzw. bei den Honorarkategorien E, F und G einen Stundenansatz von Fr. 1.–/Std. angeboten (S. 12-13). Damit sei klar erkennbar, dass sie gerade keinen Durchschnittswert über alle Honorarkategorien angeboten habe und habe anbieten wollen. Die Vergabestelle habe somit auch nicht gestützt auf das Vertrauensprinzip

von einem Zeitmitteltarif ausgehen dürfen (S. 13). Auch unter diesem Aspekt seien die offerierten Leistungen nach Zeitaufwand im Angebot der Beschwerdeführerin nicht als Zeitmitteltarif zu verstehen (S. 17).

**5.6.2** Die Vergabestelle bringt dagegen in ihrer Vernehmlassung vor, die Beschwerdeführerin habe die Preisangaben nicht entsprechend den Anforderungen gemacht (S. 7).

**5.6.3** Geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, nach welchem der Begriff des Zeitmitteltarifs als 'Durchschnittswert', 'Mittelwert' bzw. 'arithmetisches Mittel' zu verstehen ist, wie die Beschwerdeführerin selbst einräumt (vgl. E. 5.2.1 vorstehend), so handelt es sich bei ihrer Offerte für die Honorarkategorien B, C und D bzw. E, F und G je für sich *prima facie* offensichtlich um arithmetische Mittel. Denn sie beziehen sich auf verschiedene Kategorien von Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin, welche aufgrund unterschiedlicher beruflicher Qualifikationen *per se* voneinander abweichende Honoraransätze haben. Die Beschwerdeführerin führte diese jedoch in ihrer Offerte nicht je Kategorie einzeln an, sondern bildete zwei Gruppen zu je drei Mitarbeiterkategorien und gab pro Gruppe einen einheitlichen Stundenansatz an. Die Beschwerdeführerin schuf einfachhin statt nur einem Durchschnittswert für sämtliche Kategorien (B bis G) zwei Durchschnittswerte im Sinne des allgemeinen Sprachgebrauchs: Fr. \_\_\_\_\_/Std. für die Kategorien B, C und D und Fr. 1.–/Std. für die Kategorien E, F und G (E. 5.1 hiervor). Die Vergabestelle ist demnach zurecht der Ansicht, dass die Offerte der Beschwerdeführerin Durchschnittswerte enthalte.

## **5.7**

**5.7.1** Die Beschwerdeführerin schreibt in ihrer Beschwerde weiter, selbst wenn die Vergabestelle für jeweils drei Honorarkategorien (B, C, D bzw. E, F, G) von einem Durchschnittswert ausgegangen sei, könne den Ausschreibungsunterlagen kein Anhaltspunkt entnommen werden, dass die Vergabestelle je eine Zweiteilung der Leistungen nach Honorarkategorien habe vornehmen wollen. Entweder nehme die Vergabestelle damit – ohne in der Ausschreibung darauf deutlich hinzuweisen – eine Abgrenzung vor, welche der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dem allgemeinen Sprachgebrauch und den mathematischen Gesetzen widerspreche, oder sie führe nachträglich – nach erfolgter Ausschreibung und Zustellung der Angebote – ein zusätzliches Beurteilungskriterium ein, wonach es nicht zulässig sein solle, für mehrere Honorarkategorien

denselben Stundenansatz anzubieten. Beides sei nicht zulässig und verletze das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot (S. 12).

**5.7.2** Die Vergabestelle wendet dagegen in ihrer Vernehmlassung ein, mit dem Anbieten von Fr. \_\_\_\_\_/Std. für die Kategorien B bis D und Fr. 1.–/Std. für die Kategorien E bis G habe die Beschwerdeführerin zwei Zeitmitteltarife offeriert, indem sie die Planungsgruppe in zwei Honorargruppen unterteilt habe. Den Ausschreibungsunterlagen könne jedoch nicht entnommen werden, dass die Vergabestelle je eine solche Zusammenfassung von Honorarkategorien in zwei Gruppen vornehmen oder gar Zeitmitteltarife für diese erhalten wollen. Da Offerten mit Zeitmitteltarif verboten worden seien, müssten die Preise für jede Kategorie unterschiedlich sein (S. 6).

**5.7.3** Es ist unstrittig, dass die Ausschreibungsunterlagen keine Zweiteilung in zwei Honorargruppen vorgesehen haben. Eine entsprechende Abgrenzung oder ein diesbezüglich zusätzliches Beurteilungskriterium seitens der Vergabestelle ist unbestrittenermassen ebenfalls nicht gegeben. Vielmehr hat die Beschwerdeführerin von sich aus eine Zweiteilung der Kategorien in zwei Honorargruppen vorgenommen, die durch die beiden Stundenansätze von Fr. \_\_\_\_\_/Std. und Fr. 1.–/Std. gekennzeichnet sind. Die in E. 5.7.1 erwähnten Vorbringen der Beschwerdeführerin zielen damit ins Leere.

## **5.8**

**5.8.1** Der Ausschluss der Beschwerdeführerin wurde von der Vergabestelle stets ausschliesslich damit begründet, im Zeitmitteltarif offeriert zu haben:

**5.8.1.1** Gemäss dem 'Protokoll Formelle Prüfung' vom 9. März 2017 wurde das Angebot der Beschwerdeführerin im Zeitmitteltarif erstellt. Angebote im Zeitmitteltarif würden explizit ausgeschlossen. Als Fazit wurde festgehalten, dass der Anbieter ausgeschlossen werde.

**5.8.1.2** In der (undatierten) Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin steht geschrieben, dass es im Zeitmitteltarif offeriert worden sei. Angebote im Zeitmitteltarif würden ausgeschlossen.

**5.8.1.3** In der (undatierten) 'Bewertung bereinigter Angebotspreis' wurde ebenfalls notiert, dass die Beschwerdeführerin ausgeschlossen worden sei, da das Angebot im Zeitmitteltarif erstellt worden sei.

**5.8.1.4** Laut dem Evaluationsbericht vom 21. März 2017 hat die Beschwerdeführerin vom Submissionsverfahren ausgeschlossen werden müssen, weil ihr Angebot im Zeitmitteltarif offeriert worden sei. Wie in der SIMAP-Publikation ausdrücklich unter Punkt 2.11 erklärt, würden "Pauschal- und Globalangebote und/oder Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen" (Ziff. 3.2 des Evaluationsberichts).

**5.8.1.5** Demzufolge hat die Vergabestelle die Offerte bereits im Rahmen der formellen Prüfung wegen des vorgeworfenen Zeitmitteltarifs ausgeschlossen, wobei auf Rückfragen wie auch auf die Eignungsprüfung verzichtet wurde. Es ist daher weiter zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mittels ihrer tariflichen Zweiteilung (E. 5.7.3 vorstehend) in der Tat einen Zeitmitteltarif anbot und deshalb zurecht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurde.

**5.8.2** Die Beschwerdeführerin erachtet den Ausschluss als unzutreffend. Sie führt in ihrer Beschwerde aus, dass ihr Angebot in Bezug auf den Tarif nicht ausschreibungswidrig sei (S. 12).

**5.8.3** Die Vergabestelle legt in ihrer Vernehmlassung hingegen dar, in der Honorartabelle sei erkennbar, dass die Offerte der Ziff. 2.11 der SIMAP-Publikation vom 11. November 2016 widerspreche (S. 6). Sowohl auf SIMAP wie auch in den Ausschreibungsunterlagen werde unmissverständlich dargelegt, dass Zeitmitteltarife ausgeschlossen seien (S. 7). Die Beschwerdeführerin habe ein Angebot eingereicht, welches die Teilnahmevoraussetzungen nicht erfülle, indem anstelle von Honorarkategorien Zeitmitteltarife offeriert worden seien. Infolgedessen habe die Vergabestelle das eingereichte Angebot vom Verfahren ausschliessen müssen (S. 8).

**5.8.4** Im Erläuternden Bericht der Beschaffungskommission des Bundes vom 1. Januar 2010 zur Änderung der VöB heisst es, dass für den Fall, dass die Anbieterin eine andere Preisart wählt, keine Variante, sondern ein ausschreibungswidriges Angebot vorliegt. Immerhin bleibe es den Auftraggeberinnen unbenommen, im Einzelfall den "Amtsvorschlag" hinsichtlich der Preisart derart offen zu umschreiben, dass auch unterschiedliche Preisarten zulässig seien (S. 15; unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/17793.pdf>, abgerufen am 29. Juni 2017). Letzteres bedeutet *e contrario*, dass ein Stillschweigen in diesem Punkt oder der Ausschluss einer bestimmten Tarifart im Zweifel so zu interpretieren ist, dass eher keine Preisvarianten gewünscht sind. Ziff. 2.11 der Ausschreibung schliesst in casu die

Zulassung von Varianten ausdrücklich aus. Es folgt die Bemerkung, dass Angebote mit Zeitmitteltarif ausgeschlossen würden. Damit kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf an, ob das Offerieren unterschiedlicher Preisarten nach dem anwendbaren Recht als Variante in Betracht kommt oder nicht. Vielmehr musste die Beschwerdeführerin die Ausschreibung so oder anders dahingehend verstehen, dass keine abweichenden Vergütungsarten offeriert werden dürfen. Ansonsten wäre die Aussage, Varianten seien nicht zugelassen, so wie sie die Beschwerdeführerin verstanden wissen will, nämlich dahingehend, dass das Offerieren abweichender Preisarten nicht ausgeschlossen ist, eine in sich widersprüchliche Leerformel, was bei der Auslegung von Erklärungen nicht leichthin angenommen werden darf (vgl. zum Ganzen *mutatis mutandis* den Zwischenentscheid des BVerG B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.2).

## 5.9

**5.9.1** In ihrer Beschwerde legt die Beschwerdeführerin sodann dar, die Vergabestelle begründe ihren Ausschluss damit, dass das Angebot einen Zeitmitteltarif enthalte, damit nicht den Vorgaben der Ausschreibung entspreche und somit nicht ausschreibungskonform sei. Sie stütze ihren Entscheid folglich auf Art. 19 Abs. 3 BöB (S. 10). Wenn entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, dem allgemeinen Sprachgebrauch und den mathematischen Gesetzen die sachlich nicht nachvollziehbare Beurteilung des Teilangebots nach Zeitaufwand als Angebot nach einem 'zweigeteilten Zeitmitteltarif' (Honorarkategorien B, C, D und E, F, G) beurteilt und das Angebot der Beschwerdeführerin damit als ausschreibungswidrig erachtet werden sollte, wäre ein Ausschluss nicht gerechtfertigt, da es sich lediglich um einen geringfügigen Mangel handle, dessen Ursache in den fehlerhaften Ausschreibungsunterlagen liege (S. 17). Für die Vergabestelle sei ohne Weiteres zu erkennen gewesen, dass ein (geringfügiger) Mangel vorliege – sofern überhaupt ein Mangel vorliege, was bestritten werde –, weil dieser einzig durch die eigenmächtige Definition des Begriffs 'Zeitmitteltarif' durch die Vergabestelle verursacht werde (S. 18).

**5.9.2** Die Vergabestelle schreibt hingegen in ihrer Vernehmlassung, eine Offerte mit geteiltem Zeitmitteltarif statt mit den verlangten Kategoriepreisen stelle grundsätzlich einen wesentlichen Formfehler dar. Dadurch seien die einzelnen Honorarkategorien nicht mit anderen Offerten vergleichbar (S. 7).

### 5.9.3

**5.9.3.1** An dieser Stelle ist auf das zu Art. 19 Abs. 1 und 3 BöB in E. 4.2 hiavor Gesagte zu verweisen, wonach ein Angebot, welches den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus grundsätzlich vom Verfahren auszuschliessen ist, und zwar auch dann, wenn hierauf das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann.

**5.9.3.2** In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Gesetz in Art. 19 Abs. 3 BöB den Begriff des wesentlichen Formfehlers, welcher zum Ausschluss vom weiteren Verfahren führt (Entscheid 013/97 der BRK vom 18. Dezember 1997 E. 2b, publiziert in Baurecht 1998, S. 126), nicht näher präzisiert. Fest steht, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht – jedenfalls insofern, als sie im Dienst der Gewährleistung wichtiger Vergabeprinzipien stehen – ein hoher Stellenwert zukommt. Dies ist zum Beispiel im Hinblick auf das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung der Submittenten und ihrer Angebote (Art. 1 Abs. 2 BöB) der Fall. Die Gleichbehandlung kann nur dann gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist im vornherein dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit der Angebote durch die einseitige, ausschreibungswidrige Abänderung der Offerteingabe durch einen Anbieter aufgehoben oder beeinträchtigt wird. Solche Änderungen stellen grundsätzlich einen wesentlichen Formfehler dar (Entscheid 013/97 E. 2d, publiziert in Baurecht 1998, S. 126). Falls der Anbieter eine Vorgabe der Ausschreibungsunterlagen als unzweckmässig einstuft oder glaubt, sonstwie eine bessere, höherwertige oder preisgünstigere Ausführungsart vorschlagen zu können, berechtigt ihn dies nicht, den von der Vergabestelle festgelegten Inhalt des Beschaffungsgeschäfts einseitig abzuändern (Entscheid 013/97 E. 2d, publiziert in Baurecht 1998, S. 126).

**5.9.4** Vorliegend ist der von der Beschwerdeführerin angebotene (Zeitmittel-)Tarif nicht mit den Offerten der übrigen Anbieterinnen vergleichbar, welche von einem Zeitmitteltarif abgesehen haben. 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 Anbieterinnen hätte verglichen werden können. Ein solcher Vergleich ist durch den von der Beschwerdeführerin gewählten (Zeitmittel-)Tarif verunmöglicht. Ihre entsprechende Offerteingabe ist ausschreibungswidrig. Demnach handelt es sich im vorliegenden Fall

*prima facie* grundsätzlich um einen wesentlichen Formfehler, wie die Vergabestelle zurecht ausführt.

## 5.10

**5.10.1** Die Beschwerdeführerin ist in ihrer Beschwerde ferner der Ansicht, dass es dem grundsätzlichen Sinn und Zweck des Ausschlusses widerspreche, wenn ein geeigneter Anbieter ausgeschlossen werde, nur weil bezüglich der Definition eines Begriffs unterschiedliche Auffassungen bestünden, die Vergabestelle es unterlassen habe, den Begriff klar zu definieren und sich im fraglichen Beschaffungsgeschäft die Auslegung des Zeitmitteltarifs seitens der Vergabestelle nicht nachteilig auf das Beschaffungsgeschäft selbst auswirke (S. 14). Werde ein Anbieter, der alle Voraussetzungen erfülle und zudem das preislich deutlich tiefste Angebot gemacht habe, ausgeschlossen, lediglich weil die Vergabestelle den Begriff des Zeitmitteltarifs beim vorliegenden Beschaffungsgeschäft 'neu bzw. anders als bisher' definiere, werde dadurch der Wettbewerb verzerrt und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel verunmöglicht (S. 19).

**5.10.2** Die Vergabestelle äussert in ihrer Vernehmlassung hingegen, dass sich vorliegend der Ausschluss auch dann als rechtmässig erweise, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden könne (S. 7).

**5.10.3** Angebote, die nicht den Ausschreibungsunterlagen entsprechen, sind vorbehältlich der Regeln über die Varianten vom Verfahren auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 444). Eine Variante liegt in casu nicht vor (E. 5.8.4 vorstehend).

**5.10.4** Wie in E.5.2.7 hiavor dargelegt, ist der Begriff des Zeitmitteltarifs in casu ausreichend eindeutig. Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Auslegung des Begriffs kann nicht gefolgt werden (vgl. E. 5.3.3-5.3.4 vorstehend). Der von der Beschwerdeführerin offerierte Tarif ist *prima facie* als ein Zeitmitteltarif zu qualifizieren (vgl. E. 5.6.3 hiavor). Ihr Angebot entspricht so nicht den Ausschreibungsunterlagen. Damit musste sie angesichts der ausdrücklichen Bemerkung zu Ziff. 2.11 der Ausschreibung von vornherein mit einem Ausschluss rechnen (vgl. E. 5.2.7 hiavor). Die Beschwerdeführerin hätte daher wenn schon bereits die Ausschreibung als wettbewerbsverzerrend und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel verunmöglichend rügen müssen. Eine 'neue bzw. andere als die bisherige' Auslegung des Begriffs des

Zeitmitteltarifs durch die Vergabestelle liegt nicht vor (vgl. E. 5.4.5 vorstehend). Demnach ist im vorliegenden Fall *prima facie* in Bezug auf diesen Begriff nicht davon auszugehen, dass in Verletzung von Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BÖB der Wettbewerb unter den Anbietenden verzerrt und nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot berücksichtigt wurde.

## 6.

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren aufgrund ihrer Offerte im Zeitmitteltarif *prima facie* als offensichtlich unbegründet. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ist abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. E. 3.2 hiervor).

## 7.

**7.1** In Bezug auf die Akteneinsicht ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin vor Ergehen des Zwischenentscheids zur aufschiebenden Wirkung teilweise Einsicht in Vergabeakten gewährt wurde. Der Beschwerdeführerin wurden am 18. Mai 2017 die nicht als vertraulich deklarierten Vernehmlassungsbeilagen 1-10 und das Deckblatt des Dossiers 1 der vollständigen Akten des Vergabeverfahrens zugestellt.

**7.2** Die Beschwerdeführerin beantragt darüber hinaus die Offenlegung weiterer Akten. Die bisher gewährte Akteneinsicht entspricht der angezeigten Prozessdisziplin, wonach die Akteneinsicht mit Blick auf das für das Zwischenverfahren betreffend die Erteilung der aufschiebenden Wirkung geltende qualifizierte Beschleunigungsgebot teilweise ins Hauptverfahren verschoben werden kann (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1371). Dementsprechend bleiben instruktionsrichterliche Anordnungen zur Akteneinsicht im Hauptverfahren vorbehalten. Aufgrund der ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen ist die Beschwerdeführerin jedenfalls in der Lage, sich ein hinreichendes Bild zur Ausgangslage namentlich mit Blick auf die Anfechtung des vorliegenden Entscheids zu machen (vgl. die Zwischenverfügung des BVGer B-1470/2010 vom 24. März 2010 E. 7).

## 8.

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Zwischenentscheids ist mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden. Die weiteren Instruktionen des Hauptverfahrens erfolgen mit separater Verfügung.

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.

**2.**

Die Anträge der Beschwerdeführerin auf Akteneinsicht werden, soweit diesen nicht bereits im Rahmen der Instruktion entsprochen worden ist, einstweilen abgewiesen.

**3.**

Anordnungen betreffend den Schriftenwechsel im Hauptverfahren erfolgen mit separater Verfügung.

**4.**

Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.

**5.**

Diese Verfügung geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Vergabestelle (Ref.-Nr. SIMAP-Projekt-ID 147456; Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben, vorab per E-Mail)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Urech

Andrea Giorgia Röllin

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG), soweit er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 4. Juli 2017