



Urteil vom 18. April 2011

Besetzung

Richterin Vera Marantelli (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Bernard Maitre,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

1. **X. _____ AG,**
2. **Y. _____ GmbH,**
beide vertreten durch Rechtsanwältin A. _____,
Beschwerdeführerinnen,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA, 3003 Bern,
Vergabestelle.

Gegenstand

Submission "Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betr.
Naturgefahren auf Nationalstrassen Los 12: Walensee".

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Strassen, Abteilung Strasseninfrastruktur (ASTRA, Vergabestelle, Vergabebehörde), schrieb am 7. Juni 2010 unter dem Titel "Projekt: 45750 – Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betreffend Naturgefahren auf Nationalstrassen Los 12: Walensee" im offenen Verfahren einen Dienstleistungsauftrag gemäss Gemeinschaftsvokabular CPV 71351220 ("geologische Beratung") auf simap.ch aus.

B.

Am 27. Oktober 2010 veröffentlichte die Vergabestelle auf simap.ch den Zuschlag an die ARGE Z._____ (Zuschlagsempfängerin), zum Preis von Fr. 384'454.80 (inkl. Mehrwertsteuer, MWST), wobei sie folgende Begründung nannte: "Art. 13, Abs. 1, lit f VöB". Mit Schreiben gleichen Datums orientierte die Vergabestelle die Ingenieurgemeinschaft X._____ AG / Y._____ GmbH (Beschwerdeführerinnen), über die Zuschlagserteilung und hielt fest, sie sei von der Angebotsprüfung ausgeschlossen worden, weil sie weniger Stunden als vorgegeben offeriert habe (wobei die Vergabestelle den Ausdruck "formelle Prüfung" anfügte). Für Details zur (anonymisierten) Auswertung der Angebote verwies die Vergabestelle auf eine dem Schreiben beiliegende Übersicht.

C.

Mit Eingabe vom 16. November 2010 fochten die Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch Rechtsanwältin A._____, den Zuschlagsentscheid vom 27. Oktober 2010 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie stellen folgende Rechtsbegehren:

"In prozessualer Hinsicht:

1. Der Beschwerde sei – vorerst superprovisorisch und alsdann definitiv – die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Der Vergabestelle seien jegliche Vorkehrungen, die den Ausgang des Verfahrens präjudizieren könnten, zu untersagen, namentlich sei ihr zu untersagen, den Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin abzuschliessen.
3. Den Beschwerdeführerinnen sei Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren, soweit nicht begründete Geheimhaltungsinteressen geltend gemacht werden.
4. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

In materieller Hinsicht:

5. Die Verfügung vom 27. Oktober 2010, nach der das Angebot der Beschwerdeführerinnen für das Los 12 (Walensee) "Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betr. Naturgefahren auf Nationalstrassen" vom Verfahren ausgeschlossen sei, sei aufzuheben, und das Angebot sei zur Bewertung zuzulassen.

6.

6.1 Der Zuschlagsentscheid vom 27. Oktober 2010 an die Zuschlagsempfängerin für das Los 12 (Walensee) "Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betr. Naturgefahren auf Nationalstrassen" sei aufzuheben und es sei den Beschwerdeführerinnen der Zuschlag zu erteilen.

6.2 Eventualiter sei der Zuschlagsentscheid vom 27. Oktober 2010 aufzuheben und es sei die Vergabestelle zu verpflichten, unter Einbezug des Angebotes der Beschwerdeführerinnen eine neue Angebotsbewertung vorzunehmen.

7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vergabestelle."

Als Begründung bringen die Beschwerdeführerinnen zusammengefasst vor, der Ausschluss ihres Angebotes sei rechtswidrig, weil er auf sachfremden Motiven beruhe und unverhältnismässig sei; er missachte den zentralen Grundsatz des Vergaberechts, wonach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot (das die Beschwerdeführerinnen eingereicht hätten) der Zuschlag zu erteilen sei.

D.

Durch Zwischenverfügung vom 18. November 2010 ordnete das Bundesverwaltungsgericht an, dass bis zu seiner Entscheidung über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren können, namentlich der Vertragsschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben haben.

Gleichzeitig ersuchte es die Vergabebehörde, bis zum 2. Dezember 2010 zum Antrag der Beschwerdeführerinnen, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, Stellung zu nehmen, respektive bis zum 20. Dezember 2010 zur Beschwerde materiell Stellung zu nehmen.

Schliesslich gab das Bundesverwaltungsgericht in derselben Verfügung der Zuschlagsempfängerin Gelegenheit, bis zum 2. Dezember 2010 zum Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Erteilung der aufschiebenden

Wirkung respektive bis zum 20. Dezember 2010 zur Beschwerde Stellung zu nehmen. Dabei wies es die Zuschlagsempfängerin darauf hin, dass sie, insbesondere in Bezug auf das mit der Parteistellung verbundene Kostenrisiko, als eigentliche Gegenpartei behandelt werde, sofern sie im vorliegenden Verfahren formelle Anträge stelle.

Aufgrund eines Gesuchs der Vergabebehörde vom 26. November 2010 erstreckte das Bundesverwaltungsgericht dieser die Frist zur Einreichung einer Stellungnahme zum Antrag der Beschwerdeführerinnen um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 26. November 2010 bis zum 10. Dezember 2010.

E.

Während die Zuschlagsempfängerin keine Stellungnahme einreichte, beantragte das ASTRA in seiner Vernehmlassung vom 10. Dezember 2010 (eingegangen beim Bundesverwaltungsgericht am 16. Dezember 2010), das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen; eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen.

Mit Zwischenverfügung vom 17. Dezember 2010 liess das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführerinnen ein Exemplar der Vernehmlassung der Vergabestelle vom 10. Dezember 2010 (inkl. Beilagen 1-19 gemäss Aktenverzeichnis zu dieser Vernehmlassung) zur Kenntnisnahme zukommen. Gleichzeitig verfügte es, dass, soweit weitergehend, über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde. Ausserdem stellte es fest, dass sich die Zuschlagsempfängerin bis zum Ablauf der ihr gesetzten Frist am 2. Dezember 2010 nicht hatte vernehmen lassen.

Das Bundesverwaltungsgericht erwog dabei, dass nach seiner Praxis vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werde und es sich im fraglichen Zeitpunkt nicht aufdrängte, formell einen solchen anzuordnen. Weiter hielt es fest, dass für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, wie zuvor schon für dasjenige vor dessen Vorgängerorganisation Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK), ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten bestehe.

F.

Mit Datum vom 23. Dezember 2010 unterbreiteten die Beschwerdeführerinnen dem Bundesverwaltungsgericht eine "freiwillige Stellungnahme" zur Vernehmlassung des ASTRA vom 10. Dezember 2010. Diese Stellungnahme wurde dem ASTRA am 3. Januar 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt.

G.

Durch Zwischenentscheid vom 25. Januar 2011 erteilte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

H.

Auf die dargelegten und weitere Vorbringen der Parteien wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist, prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen; BVGE 2008/48, nicht publizierte E. 1.2).

1.1. Gegen Verfügungen über den Zuschlag in Vergabeverfahren steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 29 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, BöB, SR 172.056.1). Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend, soweit das BöB und das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

1.2. Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜöB, SR 0.632.231.422) unterstellt sind. Alle übrigen Beschaffungen sind in der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche

Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) geregelt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gemäss dem 5. Abschnitt des BöB ist nach der Konzeption dieses Gesetzes nur zulässig gegen Beschaffungen, die in den Geltungsbereich des BöB fallen (e contrario Art. 2 Abs. 3 Satz 4 BöB, vgl. auch Art. 39 VöB; BVGE 2008/61 E. 3.1, 2008/48 E. 2.1; Entscheid der BRK vom 11. Oktober 2001, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 66.4, E. 1b mit Hinweisen).

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

1.4. Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b BöB i.V.m. Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011 vom 11. Juni 2010 (SR 172.056.12) ist das BöB anwendbar, wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den Schwellenwert (ohne MWST) von Fr. 230'000.- erreicht. Laut Publikation vom 27. Oktober 2010 auf simap.ch wurde der Zuschlag zum Preis von Fr. 384'454.80 erteilt. Demnach wird der für die Anwendbarkeit des BöB massgebliche Schwellenwert im vorliegenden Fall überschritten.

1.5. Als ausgeschlossene Anbieterinnen sind die Beschwerdeführerinnen nach Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert (vgl. BVGE 2007/13 E. 1.4; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 1.4). Frist und Form der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.6. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Ihre Rüge des rechtswidrigen Ausschlusses vom Vergabeverfahren begründen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen wie folgt:

Sie hätten die von der Vergabestelle geschätzten Stunden für die Phase 1 der Arbeiten als deutlich zu hoch beurteilt und deshalb statt 2150 nur 1370 Stunden – gemäss ihrem erwarteten, realistischen Aufwand – angeboten. Das elektronisch abgegebene Preiseingabeformular verlange, dass die Anbieter in den zu offerierenden Teilprozessen Sturz, Hochwasser und Rutschungen die von ihnen für die jeweiligen

Teilarbeiten veranschlagten Stunden zu den jeweiligen Stundenansätzen eintrügen. Das Total auf Seite 1 des Preiseingabeformulars werde aus der Stundeneingabe für diese Teilprozesse automatisch generiert. Entspreche das von der Excel-Tabelle generierte Schlussresultat genau der Schätzung der Vergabestelle – für die hier strittige Phase also 2150 Stunden – erscheine diese Zahl schwarz; alle anderen Additionsergebnisse führten zu einer roten Zahl. Weder in der Ausschreibung, noch in den Ausschreibungsunterlagen, noch im Rahmen der Fragerunde sei ausdrücklich angekündigt worden, dass eine rote Zahl zum Ausschluss eines Angebotes führe.

Die Vergabestelle habe also von den Anbietenden zwar die individuelle Festlegung des Aufwandes von Teilprozessen (die in den elektronischen Formularen auch individuell hätten eingetragen werden können) verlangt, um im Total dann die von ihr geschätzte Stundenzahl als die einzig massgebliche zu betrachten, die weder unter- noch überschritten werden dürfe. Letzteres müssten die Beschwerdeführerinnen auch aus der Beantwortung einer Frage im Rahmen der Fragerunde zu Los 11 (Prättigau) schliessen, das mit identischen Unterlagen submittiert worden sei. Die Anbieter hätten nach der Vorstellung der Vergabestelle also offensichtlich so lange an ihren Teilaufwandschätzungen "schrauben" müssen, bis sie exakt "ins Schwarze" getroffen hätten.

Das Vorgehen der Vergabestelle sei sachlich nicht zu rechtfertigen und missachte massgebliche Grundsätze des Vergaberechts – die Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, die Gewährleistung von Wettbewerb und den wirtschaftlichen Umgang mit öffentlichen Mitteln. Dies gelte insbesondere deshalb, weil der Auftrag – ebenso wie alle bisherigen Lose – mit einem verbindlichen Kostendach vergeben werden solle. Die Beauftragung mit einem festen Kostendach bedeute, dass der Anbieter das Risiko für seine Aufwandschätzung trage: Habe er effektiv mehr Aufwand, als durch das Kostendach gedeckt sei, werde er hierfür nicht entschädigt.

Die Vorgabe einer unveränderlichen Stundenzahl für einen Dienstleistungsauftrag, der nach effektivem Aufwand abgerechnet, aber nach oben durch ein festes Kostendach begrenzt werde, sei sachlich unrichtig, unlogisch und unverhältnismässig und verletze insbesondere den Grundsatz der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel. Nicht zu hören wäre die Vergabestelle mit dem Argument, dass dieses Vorgehen wegen der Vergleichbarkeit der Angebote unumgänglich sei.

Die Vergleichbarkeit werde einerseits durch das verbindliche Kostendach, andererseits aber durch die detailliert anzugebende Stundenverteilung für die Einzelprozesse gewährleistet.

Die Vergabestelle verhalte sich aber auch krass widersprüchlich. Die Beschwerdeführerinnen hätten beim Los [...], für das sie mit leicht geänderter Projektorganisation [Zeitpunkt] den Zuschlag erhalten hätten, aufgrund der exakt gleich gestalteten Ausschreibungsunterlagen ebenfalls weniger Stunden offeriert als vorgegeben. Ihr Angebot sei nicht ausgeschlossen worden; es habe keinerlei Vorbehalte oder Hinweise gegeben, und der Vertrag sei gestützt auf die Offerte unterzeichnet worden. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb keinerlei Anlass gehabt, eine entsprechende Rechtsfolge bei den nun zur Diskussion stehenden Losen 11 und 12 zu befürchten, entsprechende Nachfragen zu stellen oder einen Vorbehalt anzubringen. Dass ein vergleichbares Vorgehen je zum Ausschluss habe führen können, sei den Beschwerdeführerinnen nicht angekündigt worden, was auch unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu rügen sei.

Die zwingende Vorgabe von Stunden lasse sowohl die unterschiedlichen Spezialisierungen der Anbieter als auch laufende Arbeiten bei anderen Teilprojekten und dadurch erworbenes Know-how völlig ausser Acht. Es sei schlicht undenkbar, dass jeder Anbieter von einem uniformen Aufwand bzw. gleichen Kosten ausgehe und ausgehen könne. Die Beschwerdeführerinnen seien im Bereich der ausgeschriebenen Aufgaben hoch spezialisiert und erfahren. Sie verfügten als Firmen und mit Bezug auf ihre Schlüsselpersonen über umfassende Erfahrung in der Analyse und Beurteilung von Gefahrenrisiken im Zusammenhang mit Nationalstrassen, anderen Strassen oder Bahnen. Ganz abgesehen davon, dass sie für Nationalstrassen ein entsprechendes Projekt, nämlich [...] bereits ausgeführt hätten (unter der früheren Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen für die Nationalstrassen noch im Auftrag der Kantone), bearbeiteten sie aktuell die Gefahrenkarte [...] im Auftrag der Gemeinden [...] sowie im Auftrag des Kantons [...] zwei Teilgebiete, welche sich von [...] erstreckten und damit einen hinsichtlich Gefährdung der Autobahn relevanten Teil des Loses 12 abdeckten. Dies bedeute nichts anderes, als dass die Beschwerdeführerinnen zur Zeit genau jene Gefahren analysierten und bearbeiteten, die auch mit Bezug auf die Walenseeautobahn relevant seien.

Vor einigen Jahren hätten die Beschwerdeführerinnen zudem die Gefahrenkarten der Gemeinden [...] und [...], welche ebenfalls Abschnitte der N13 tangierten, bearbeitet. Dass sie bei dieser Ausgangslage über verwertbares Know-how verfügten, das nicht aus der Ausschreibung selbst stamme, sondern aufgrund ihres allgemeinen Know-hows aktuell sei, erkläre ohne Weiteres, dass sie in der Lage seien, den entsprechenden Auftrag mit dem von ihnen geschätzten Aufwand zu leisten. Auf diese besondere, für die Auftraggeberin optimale Ausgangslage hätten die Beschwerdeführerinnen sowohl im Begleitschreiben zur Offerte als auch im Vorgehensvorschlag, der Teil ihrer Offerte bilde, hingewiesen.

Das Vorgehen der Vergabestelle sei unverständlich, missachte grundlegende Prinzipien des Vergaberechts und diskriminiere Anbietende, die eine wirtschaftlich günstige Offerte einreichen könnten und wollten und dies insbesondere aufgrund der laufenden Arbeiten sogar mit Vorteil für den Auftraggeber tun könnten. Die für die Beschwerdeführerinnen resultierende Rechtsfolge sei nicht akzeptabel; in jedem Fall sei das Vorgehen aber überspitzt formalistisch und unverhältnismässig. Die Rechtsfolge sei im vorliegenden Fall derart einschneidend, dass dieses Vorgehen durch den Ermessensspielraum der Vergabestelle nicht mehr gedeckt sein könne.

3.

Die Vergabestelle erwidert in ihrer Vernehmlassung vom 10. Dezember 2010, die Beschwerdeführerinnen brächten nun ein, es sei weder in der Ausschreibung, noch in den Ausschreibungsunterlagen, noch in der Fragerunde angekündigt worden, dass eine rote Zahl im Schlussresultat zum Ausschluss des Angebotes führe. Dabei verkennten sie, dass in den Angebotsunterlagen unter "Generelle Bemerkungen zum Angebot" genau darauf hingewiesen worden sei und sie sich bewusst über diese Stundenvorgabe hinweggesetzt hätten, um sich einen Preisvorteil zu verschaffen. In der Kostenzusammenstellung werde bei den Totalen für die Phase 1 und die Phase 2 explizit darauf hingewiesen, dass nur eine grüne Zahl der Anzahl zu offerierender Stunden entspreche, ansonsten eine rote Zahl erscheine. Das im Endbetrag rot erscheinende Total habe die Anbieter lediglich optisch darauf hinweisen sollen, dass sie nicht die vorgegebene Anzahl Stunden eingesetzt hätten. Ausserdem dürfte es für Ingenieure keine grosse Herausforderung darstellen, die vorgegebene Anzahl Stunden auf eine Handvoll Gefahrenprozesse aufzuteilen, ohne

an den Aufwandschätzungen "schrauben" zu müssen, wie dies die Beschwerdeführerinnen ausdrückten.

Die Beschwerdeführerinnen führten hingegen richtig aus, dass die Ausschreibungsunterlagen – mit Ausnahme des losindividuellen Perimeterplans und der Gefahrenhinweiskarten – sowohl für Los 11 als auch für Los 12 gleich seien, ja sogar mit jenen aus Los 10 identisch seien. Dem Argument, dass sich die Vergabestelle krass widersprüchlich verhalte, weil sie den Beschwerdeführerinnen in Los [...] den Zuschlag erteilt habe, obwohl sie auch in diesem Los weniger Stunden offeriert hätten, könne jedoch nicht gefolgt werden.

Es sei zutreffend, dass die Beschwerdeführerinnen im Los [...] den Zuschlag erhalten hätten. Dieser Zuschlag sei jedoch aufgrund eines Fehlers der Vergabestelle und deswegen eigentlich zu Unrecht erteilt worden. Der Vergabestelle sei es bei der Prüfung entgangen, dass nicht alle Stunden offeriert worden seien. Dies sei erst bei der Ausstellung des Vertrages bemerkt worden, nachdem der Zuschlagsentscheid bereits in Rechtskraft erwachsen sei. In Los [...] hätten die Beschwerdeführerinnen "nur" 269 von 2099 geforderten Stunden weniger, in Los [...] sogar nur 66 von 3134 Stunden weniger angeboten. Entgegen den Eingaben zu Los [...] und Los [...] lasse sich die geringere Anzahl Stunden bei den Losen [...] auch nicht schon allein aus dem Angebotspreis ableiten. Die Beschwerdeführerinnen führten diesbezüglich selber aus, dass sie im Los 12 780 Stunden weniger offeriert hätten. Bei Los 11 seien durch sie von den geforderten 4080 Stunden sogar 1160 Stunden weniger angeboten worden.

Wie die Beschwerdeführerinnen beim Sachverhalt richtig ausführten, seien bis heute 13 Lose offen ausgeschrieben worden. Bei allen Ausschreibungen seien aber die Voraussetzungen mit der vorgegebenen Anzahl Stunden gleich. Diese Vorgabe sei bewusst gewählt worden, einerseits, damit der Fokus bei der Bewertung auf die fachlichen Fähigkeiten der Anbieter habe gelegt werden können und andererseits, damit alle Angebote in Bezug auf die Anzahl Stunden gleichgestellt, also vergleichbar geblieben seien, ohne dass der totale Angebotspreis für die Bewertung vernachlässigt worden wäre. Dass durch diese Stundenvorgabe das fachliche Know-how der Anbieter völlig ausser Acht gelassen werde, wie die Beschwerdeführerinnen behaupteten, entspreche daher nicht den Tatsachen. Die Beschwerdeführerinnen hätten nicht nur in den Losen 10, 11 und 12 ein Angebot eingereicht,

sondern auch bei den Losen 1-5 sowie beim Los 9. Dabei hätten sie in den Losen 1-5 jeweils eine höhere und in den Losen 9, 10, 11 und 12 jeweils eine tiefere Anzahl Stunden offeriert. Ein Ausschluss infolge Abweichung von der Stundenzahl sei bei den Losen 1-5 jedoch nicht vorgenommen worden, weil die Vorgabe von Seiten der Vergabestelle in diesen Dokumenten vermutlich zu wenig deutlich hervorgekommen sei, was bei diversen Angeboten augenfällig geworden sei. Bei Los [...] sei die abweichend offerierte Anzahl Stunden der Beschwerdeführerinnen fälschlicherweise erst nach erfolgter Zuschlagspublikation bemerkt worden. Zu erwähnen bleibe, dass kein anderer Anbieter in den Losen 6-10 von der vorgegebenen Anzahl Stunden abgewichen sei.

Die Argumente der Beschwerdeführerinnen zum verbindlichen, festen Kostendach würden generell bestritten; sie entsprächen nicht den Tatsachen. Die Stundenvorgabe sei gemacht worden, damit bei der Bewertung das fachliche Know-how der Anbieter in den Vordergrund trete und alle Angebote in Bezug auf die Anzahl Stunden gleichgestellt gewesen seien, ohne dass der totale Angebotspreis vernachlässigt worden wäre. Dies helfe bei der Vergleichbarkeit der Angebote, denn es sei einfach, ein Angebot mit wenigen Stunden einzureichen und dann mit Nachforderungen unter dem Titel der Unvorhersehbarkeit den Preis aufbessern zu wollen.

Dass den totalen Kosten kein grosses Gewicht bei der Bewertung zukomme, schlage sich auch in der Gewichtung des Preises mit lediglich 20 % nieder, was auch den Beschwerdeführerinnen habe klar sein müssen. Damit habe sich die Vergabestelle zudem an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten, wonach auch bei noch so komplexen Aufträgen eine Preisgewichtung von 20 % am untersten Rand des Zulässigen sei.

Anzufügen sei, dass Herr B._____, Geschäftsführer einer der Beschwerdeführerinnen, Mitglied des Verbandes Schweizer Geologen (CHGEOL) sei. Die CHGEOL habe für ihre Mitglieder einen Leitfaden "Submission geologischer Leistungen" herausgegeben. In diesem Werk würden die Geologen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein billiges Angebot keine Gewähr für eine kostengünstige Abwicklung eines Projekts biete. Diesem Umstand habe die Vergabestelle mit der Vorgabe der zwingend zu offerierenden Anzahl Stunden Rechnung getragen. Darüber hinaus unterstreiche die Vergabestelle die geringe Bedeutung des Preises in der Ausschreibung mit der Preisgewichtung von lediglich 20 %.

Den Anbietern seien als Teil der Ausschreibungsunterlagen auch die Allgemeinen Bedingungen (AGB) des Bundes für Dienstleistungsaufträge und der Vertragsentwurf zur Verfügung gestellt worden. Ziff. 3 "Vergütung" lasse sich entnehmen, dass der Anbieter die Leistungen zu Festpreisen oder nach Aufwand mit oberer Begrenzung der Vergütung (Kostendach) erbringe. Die Abrechnungsmethode nach Aufwand mit Kostendach sei auch in den Vertrag übernommen worden und stehe mit den Ausschreibungsunterlagen völlig im Einklang. Dass dies in der Ingenieur- und Baubranche üblich sei, äussere sich auch in den Dokumenten der Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes (KBOB) und stehe überdies auch nicht im Widerspruch zur SIA-Norm 106 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Geologinnen und Geologen) i.V.m. SIA-Norm 118 (Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten).

Die Beschwerdeführerinnen hätten in die absolut genau gleichen Abrechnungsmodalitäten auch mit Vertrag zu Los [...] durch ihre Unterschriften eingewilligt. Wäre ihnen das Abrechnungsmodell nach Aufwand mit Kostendach unbekannt gewesen, wäre vermutlich der Vertrag nicht zustande gekommen. Die Arbeiten zu Los [...] seien im Gang, und die Beschwerdeführerinnen hätten bereits umfangreiche Arbeiten geleistet. Die Vergabestelle habe eine erste Rechnung der Beschwerdeführerinnen nach Aufwand bezahlt und eine zweite per 30. November 2010 eingefordert.

4.

In ihrer "freiwilligen Stellungnahme" vom 23. Dezember 2010 halten die Beschwerdeführerinnen unter anderem Folgendes fest:

Die Vergabestelle bestreite grundsätzlich die Ausführungen in der Beschwerde nicht, wonach die Beschwerdeführerinnen in Los [...] genau gleich vorgegangen seien wie im angefochtenen Los 12 und ebenfalls die angegebene Stundenzahl unterschritten hätten; sie behaupte aber, es sei schlicht ein Fehler gewesen, dass man dies nicht bemerkt habe. Das sei an sich schon absolut unglaublich, zumal die Vergabestelle ausführe, man habe ab Los 6 immer dieselben Unterlagen verwendet, welche nach ihrer Meinung ja so sonnenklar formuliert und mit farblicher Darstellung didaktisch hoch entwickelt sein sollten. Selbst wenn aber ein Fehler passiert wäre, wäre die Vergabestelle gezwungen gewesen, die Beschwerdeführerinnen spätestens beim Vertragsabschluss über Los [...] über diesen Umstand zu informieren. Dass sie dies getan habe, behaupte

sie selbst nicht einmal. Ein solches Vorgehen sei missbräuchlich und mache die Verletzung des Vertrauensprinzips noch eklatanter.

Die Darstellung der Vergabestelle widerspreche jeder Lebenserfahrung und sei unglaubwürdig: Die Beschwerdeführerinnen wollten Aufträge der Vergabestelle akquirieren und ausführen, weil sie deren Kernkompetenz und -geschäft seien. Sie würden sich ja vorsätzlich selbst schädigen, wenn sie sich bei klarer Kommunikation der Vergabestelle und Androhung eines Verfahrensausschlusses nicht "konform" verhalten würden, zumal es ja technisch eine Kleinigkeit sei, die vorgegebene Stundenzahl mit entsprechenden Tarifen so zu kompensieren, dass die für die Bearbeitung notwendigen finanziellen Mittel gesichert seien. Die Vermeidung des Ausschlusses wäre also eine äusserst einfache Sache gewesen, wenn deren Anordnung auch nur zu vermuten gewesen wäre.

Völlig an der Sache vorbei gingen auch die Ausführungen der Vergabestelle zum "Kostendachvertrag". Die Behauptung, dass man bei einem Kostendach einfach mit Nachträgen arbeiten könne, wäre eine Bankrotterklärung eines Vertragspartners und stehe schlicht im Widerspruch zum vorgeschlagenen Vertragsentwurf.

In Anlehnung an Art. 32 VwVG finden die Ausführungen in dieser "freiwilligen Stellungnahme" Berücksichtigung, soweit sie entscheiderelevant sind; die Durchführung des beantragten zweiten Schriftenwechsels erscheint unter diesen Umständen als nicht mehr angezeigt.

5.

Vorab muss geprüft werden, ob bzw. inwiefern die Rügen der Beschwerdeführerinnen allenfalls verspätet und damit verwirkt sind.

5.1. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten nach Art. 29 BöB insbesondere die Ausschreibung des Auftrags (lit. b) und der Zuschlag (lit. a). Einwände, welche die Ausschreibung betreffen, können im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Verfügungsgegenstand grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden (BGE 130 I 241 E. 4.3; vgl. (betreffend Eignungskriterien) Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1688/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.3 mit Hinweisen; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, BRK, vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 2c/aa mit

Hinweisen); dies gilt jedenfalls in dem Masse, wie Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar sind (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 mit Hinweisen; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Michael Leupold et al. (Hrsg.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Zürich 2008, S. 405 ff., S. 412 mit Hinweisen). Behauptete Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind dagegen grundsätzlich nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung gemäss Art. 29 BöB mündet, in der Regel also mit dem Zuschlag, anzufechten (Entscheid der BRK vom 16. November 2001, BRK 2001-011, publiziert in: VPB 66.38, E. 3c/cc).

5.2. Während die Beschwerdeführerinnen den Standpunkt vertreten, es sei nirgends ausdrücklich angekündigt worden, dass die Nichteinhaltung der festen Stundenvorgabe (bzw. eine rote Zahl) den Ausschluss des Angebotes nach sich ziehe, erklärt die Vergabestelle, in den Angebotsunterlagen sei unter "Generelle Bemerkungen zum Angebot" genau darauf hingewiesen worden.

5.3. In seinem Zwischenentscheid vom 25. Januar 2011 über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Beschwerdeverfahren hielt das Bundesverwaltungsgericht fest (E. 4.2), nach Ziff. 3.13 der simap-Ausschreibung für Los 12 vom 7. Juni 2010 seien die Ausschreibungsunterlagen ab diesem Datum bis zum 13. August 2010 auf simap.ch verfügbar gewesen. Die Beschwerdeführerinnen behaupteten nicht, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht zeitgleich mit der Ausschreibung verfügbar gewesen wären, und mindestens prima facie bestünden auch keine anderslautenden Indizien. Vor diesem Hintergrund lasse sich jedenfalls auf ersten Anschein hin feststellen, dass die Ausschreibungsunterlagen faktisch Teil der Ausschreibung gewesen seien. Demzufolge dürften Einwände gegen die Ausschreibung sowie die Ausschreibungsunterlagen prima facie in dem Umfang nicht mehr mit einer Beschwerde gegen den Zuschlag vorgebracht werden, in welchem Bedeutung und Tragweite der entsprechenden Anordnungen ohne Weiteres erkennbar gewesen seien.

5.4. Ziff. 3.9 der Ausschreibungspublikation des Loses 12 vom 7. Juni 2010 nennt folgende Zuschlagskriterien:

Kriterium 1: Schlüsselpersonen (Gewichtung 40%)

Die Schlüsselpersonen im Angebot werden hinsichtlich folgender Unterkriterien bewertet:

1.1) Referenzen in Bezug zur Aufgabe resp. zu den Aufgaben im Projekt und deren Aktualität (Gewichtung 30%)

1.2) Angaben zu Aus- und Weiterbildung, zu den speziellen Kenntnissen, zur Berufserfahrung in Bezug zur Aufgabe resp. zu den Aufgaben im Projekt

Kriterium 2: Aufgabenanalyse und Vorgehensvorschlag (Gewichtung 40%)

Die Angaben im Angebot werden hinsichtlich folgender Unterkriterien bewertet:

2.1) Aufgabenanalyse: Ausgangslage, Untersuchungsgebiet, bekannte Ereignisse, Schwerpunkte der Arbeit, Chancen und Risiken, Bezug zur Methodik und Risikoanalyse, Vorbehalte (Gewichtung 30%)

2.2) Vorgehensvorschlag: Organisation, Vorgehen, Wahl der Methoden, Sicherstellung der Qualität der Resultate (Gewichtung 10%)

Kriterium 3: Preis (Gewichtung 20%)

Für die Preisbewertung gilt: Das tiefste bereinigte Angebot erhält die maximale Punktzahl. Angebote, deren Preis 50% oder mehr über dem tiefsten Angebot liegen, erhalten 0 Punkte. Dazwischen erfolgt die Bewertung linear.

5.5. Die Beschwerdeführerinnen erstellten ihre Offerte auf dem vom ASTRA abgegebenen Formularsatz "Gefahrenbeurteilung und Risikoanalyse betreffend Naturgefahren auf Nationalstrassen, Los 12: Walensee, Angebot". Unmittelbar nach dem Deckblatt dieses Formularsatzes folgt eine Seite mit den Überschriften "Generelle Bemerkungen zum Angebot" sowie "Anleitung zum Ausfüllen des Formulars"; diese Seite findet sich auch in der Offerte der Beschwerdeführerinnen. Unter den generellen Bemerkungen zum Angebot hielt die Vergabestelle insbesondere Folgendes fest:

Der Auftraggeber gibt für die zu erbringenden Leistungen eine bestimmte Stundenanzahl vor. Diese vorgegebenen Stunden müssen zwingend offeriert werden.

Der Bewerber ist frei, die Stundenvorgaben auf Naturgefahrenprozesse, Phasen und Personen zu verteilen. Die Stunden der Schlüsselpersonen für Projektleitung und Initialisierung sind pro Naturgefahrenprozess durch den Auftraggeber vorgegeben.

Allfällige weitere Leistungen, welche aus Sicht des Anbieters vorteilhaft sind, werden in der Tabelle "Zusatzleistungen" aufgelistet. Die Zusatzleistungen müssen grundsätzlich bei dem Auftraggeber zeitgerecht angemeldet und durch ihn bewilligt werden.

Unter dem Titel "Anleitung zum Ausfüllen des Formulars" sind drei unterschiedlich eingefärbte Rechtecke dargestellt. Das mittlere, orange, weist folgende Legende auf: "Diese vorgegebenen Arbeitsstunden des Auftraggebers sind zwingend zu offerieren."

Neben der soeben beschriebenen Seite enthält der Formularsatz eine Tabelle "Kostenzusammenstellung", eine Seite für die rechtsgültigen Unterschriften, eine Tabelle "Naturgefahrenprozess: Sturz", eine Tabelle "Naturgefahrenprozess: Hochwasser/Murgang" sowie eine Tabelle "Naturgefahrenprozess: Rutschungen". Die Tabellen für die drei Naturgefahrenprozesse sind in je zwei "Arbeitsschritte / Leistungen" (Phase 1: Gefahrenbeurteilung; Phase 2: Risikoanalyse) sowie eine Kategorie "Zusatzleistungen" unterteilt. Phase 1 wiederum besteht jeweils aus den Unterkategorien "Initialisierung und Projektleitung", "Gefahrenerkennung" sowie "Wirkungsanalyse", Phase 2 aus den Unterkategorien "Initialisierung und Projektleitung" sowie "Risikoanalyse".

In der Tabelle "Kostenzusammenstellung" wird sowohl bei Phase 1 als auch bei Phase 2 (je unterteilt in die Naturgefahrenprozesse "Sturz", "Hochwasser / Murgang" und "Rutschungen") neben den einzelnen, in einem orangen Feld aufgeführten Stundenvorgaben bzw. neben dem für die Beschwerdeführerinnen ermittelten Studentotal festgehalten: "Entspricht die Anzahl offerierter Stunden der Vorgabe erscheint sie grün [Farbbezeichnung im Angebotsformular bzw. in der Offerte der Beschwerdeführerinnen grün gedruckt], sonst rot [Farbbezeichnung im Angebotsformular bzw. in der Offerte der Beschwerdeführerinnen rot gedruckt]". Das von den Beschwerdeführerinnen erzielte Studentotal

von 1370 (gegenüber einer Vorgabe von 2150 im unmittelbar danebenstehenden orangen Feld) für Phase 1 der drei abzudeckenden Naturgefahrenprozesse erscheint in deren Angebot rot, während ihr der Vorgabe entsprechendes Studentotal von 260 für Phase 2 grün gedruckt ist.

Das Wort "Kostendach" wird in der Tabelle "Kostenzusammenstellung" (Untertabelle zur Preisberechnung) zweimal erwähnt: einmal im Titel "Berechnung des Angebotspreises (Kostendach)", einmal unter "Total Vergütung nach Zeitaufwand mit Kostendach (inkl. Nebenkosten, inkl. MWST)".

5.6. Ziff. 3.1 ("Generelle Teilnahmebedingungen") der Ausschreibungspublikation bestimmt: "Abänderungen der vom Auftraggeber abgegebenen Unterlagen sind nicht zulässig; entsprechende Angebote können vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden." Gemäss dem von den Beschwerdeführerinnen als Beilage 7 zu ihrer Beschwerde eingereichten, durch das ASTRA abgefassten Verzeichnis "Inhalt der Ausschreibungsunterlagen" war das Formular "Angebot" Bestandteil dieser Unterlagen. Der oben dargestellte Wortlaut der Angebotsformulare, wonach die vom Auftraggeber verlangten Arbeitsstunden zwingend offeriert werden mussten, lässt kaum Zweifel an der Absicht der Vergabestelle zu, abweichende Angebote auszuschliessen. Bekräftigt wird dies durch die farbliche Gestaltung der Formulare, welche die zwingend einzuhaltenden Stundenzahlen in einem orangen Feld hervorhebt und Abweichungen davon mit der Signalfarbe Rot markiert.

5.7. Was die von den Beschwerdeführerinnen angesprochene Fragerunde betrifft, muss auf ihre Beschwerdebeilage 13 verwiesen werden, welche folgende Frage zu Los 11 (Prättigau) enthält: "Dürfen die Stundenvorgaben bei der Kostenzusammenstellung überschritten werden?", worauf die Vergabestelle antwortete: "Der Auftraggeber gibt für die zu erbringenden Leistungen eine bestimmte Stundenzahl vor. Diese vorgegebenen Stunden müssen zwingend offeriert werden und dürfen nicht überschritten werden." Wie die Vergabestelle und die Beschwerdeführerinnen übereinstimmend festhalten, wurde Los 11 mit denselben Angebotsunterlagen (ausgenommen die losindividuellen Perimeterpläne und Gefahrenhinweiskarten) ausgeschrieben wie Los 12. Die Beschwerdeführerinnen räumen selbst ein, sie müssten aus der Beantwortung der erwähnten Frage zu Los 11 schliessen, dass die

Vergabestelle die im Total von ihr geschätzte Stundenzahl als die einzig massgebliche betrachte, die weder unter- noch überschritten werden dürfe.

Demnach hätten die Beschwerdeführerinnen, die für Los 11 ebenfalls offerierten, auch aufgrund der zitierten Antwort wissen müssen (spätestens am 9. Juli 2010; siehe Ziff. 1.3 der Ausschreibung für Los 11 vom 7. Juni 2006, wonach Fragen bis spätestens zu diesem Datum allen Bezügerinnen der Ausschreibungsunterlagen im "Forum" unter simap.ch beantwortet würden), dass ihre Offerte wegen der darin vorgenommenen Abänderung (bzw. massiver Unterschreitung) der zwingend einzuhaltenden Stundenzahl vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden konnte. Sie verweisen in diesem Zusammenhang allerdings auf die Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten bei Los [...], bei welchem ihre Offerte ebenfalls, wenn auch in geringerem Umfang, von der massgeblichen Stundenzahl abwich. Die Vergabestelle führt diesen Zuschlag auf einen Fehler ihrerseits zurück, und sie lässt nirgends durchblicken, dass diesbezüglich eine eigentliche, im Widerspruch zu ihren Ausführungen stehende Praxis bestünde, die sie auch in Zukunft aufrechtzuerhalten gedächte (vgl. zum Gebot rechtsgleicher Behandlung nach Art. 8 BV sowie zur Wahrung von Treu und Glauben nach Art. 9 BV BGE 131 V 20 E. 3.7 mit Hinweisen; vgl. GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, Art. 8 N. 12 f. mit Hinweisen sowie RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 8 N. 39 ff. mit Hinweisen).

5.8. Im Sinne eines Zwischenergebnisses lässt sich festhalten, dass die Ausschreibung selbst keine bestimmte Stundenzahl vorgibt, das entsprechende Erfordernis aber unmissverständlich aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht. Da Letztere hier zeitgleich mit der Ausschreibung auf simap.ch verfügbar waren, hätten die Beschwerdeführerinnen an sich zwar die Möglichkeit gehabt, den von ihnen gerügten Mangel frühzeitig zu erkennen und ihn innerhalb der Rechtsmittelfrist gegen die Ausschreibung geltend zu machen, mussten sie aus vorangegangenen Losvergaben doch wissen, dass das ASTRA in der Regel die Einhaltung fixer Stundenzahlen verlangte.

Einen allgemeinen, aus Treu und Glauben abgeleiteten Grundsatz, wonach jeder Verfahrensfehler durch die am Vergabeverfahren

teilnehmenden Anbieterinnen unmittelbar zu rügen wäre, kennt aber bisher weder das Vergaberecht des Bundes noch die Rechtsprechung dazu (siehe BGE 130 I 241 E. 4.3 mit Hinweisen sowie auch die BRK im Entscheid 2004-017 vom 8. September 2005 E. 3).

Die Frage, ob im hier zu beurteilenden Fall ein Fehler vorlag, der so offensichtlich war, dass er, um das Recht, die entsprechende Rüge geltend zu machen, nicht zu verwirken, zumindest gegenüber der Vergabestelle hätte moniert werden müssen (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., 1. Bd., Zürich/Basel/Genf 2007, a.a.O., N. 420 ff., mit Hinweis auf BRK 2004-017), kann offenbleiben, da sich zeigen wird, dass sich die hier vorgebrachten Rügen ohnehin als unbegründet erweisen.

6.

Die Vergabestelle schloss das Angebot der Beschwerdeführerinnen aufgrund einer "formellen Prüfung" aus, weil sie weniger Stunden als verlangt offeriert hatten.

6.1. Nach Art. 19 Abs. 1 BöB müssen die Anbieter ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 mit Verweis auf den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa). Die Auftraggeberin schliesst zudem Angebote und Anträge auf Teilnahme mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BöB).

Der Offerent ist indessen nicht schon wegen unbedeutender Mängel seines Angebots oder wegen eines Verhaltens mit Bagatelldarakter auszuschliessen (GALLI/MOSER/LANG/CLERC, N. 271 ff. mit Hinweisen). Vielmehr kann nach der Rechtsprechung der BRK gestützt auf das Verbot des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, BV, SR 101, sowie etwa BGE 128 II 139 E. 2a) unter Umständen verlangt werden, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den Formmangel zu beheben (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.1; Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 3b/cc). Diese Möglichkeit könnte sich bei entsprechender Konstellation auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergeben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 und 7.5; vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3255/2009 vom 4. August 2009).

Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschneiden oder aber – allenfalls mittels Rückfragen – zu bereinigen ist, kommt der Vergabestelle nach der Rechtsprechung ein erhebliches Ermessen zu. Sie muss aber in jedem Fall alle Anbietenden gleich behandeln (BVGE 2007/13 E. 6.2 mit Verweis auf Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, AGVE 1998 S. 397 ff. E. d/cc/aaa; Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7393/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.1). Betrifft die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots, muss es grundsätzlich ausgeschlossen werden (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Sobald der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist, können festgestellte Mängel ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oder des Verbots des überspitzten Formalismus zum Ausschluss führen (BVGE 2007/13 E. 6.2). Ein Ausschluss aus formellen Gründen ist namentlich wegen eines unvollständigen Angebots oder wegen eigenmächtiger Änderung der Angebotsbedingungen vorgesehen; dies auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksichtigt werden kann (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.3 mit Hinweis; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1).

6.2. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass das ASTRA seinen Ermessensspielraum verletzt habe; sein Vorgehen sei überspitzt formalistisch und unverhältnismässig. Wie in der vorangehenden Erwägung aufgezeigt, kommt der Vergabestelle beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschliessen sei, nach der Rechtsprechung ein erhebliches Ermessen zu. Geprüft werden muss deshalb, ob das ASTRA durch die Vorgabe einer festen Stundenzahl, verbunden mit der Möglichkeit des Ausschlusses der betreffenden Offerte

im Falle einer Abänderung dieser Stundenzahl, den Rahmen seines Ermessens überschritt.

6.3. Gemäss unbestrittener Darstellung in der Beschwerdeschrift sind die ausgeschriebenen Leistungen "nach einer standardisierten Methode und nach einheitlichen und nachvollziehbaren Kriterien" zu erbringen. Die Beschwerdeführerinnen halten fest, für die Erstellung des Angebotes für Los 12 seien den Anbietern über simap.ch vordefinierte Formulare abgegeben worden; zu den Ausschreibungsunterlagen gehörten neben dem Preiseingabeformular sowie weiteren Formularen unter anderem ein Pflichtenheft, ein Konzept und Datenmodelle, welche Bearbeitungstiefe sowie Methode und Vorgehen der durchzuführenden Analyse und Beurteilung im Detail vorgäben. Aufgrund dessen seien die erwarteten Ergebnisse der Arbeiten exakt vorgegeben; einen eigentlichen Gestaltungsspielraum im Vorgehen hätten die Anbieter nicht, was auch verhindere, dass der Arbeitsaufwand in der Auftragserledigung gering gehalten werde. Die vertraglich geschuldete Leistung sei vorliegend exakt definiert.

6.4. Laut ASTRA wurde die Stundenvorgabe gemacht, damit bei der Bewertung das fachliche Know-how der Offerenten in den Vordergrund trete und alle Angebote in Bezug auf die Anzahl Stunden gleichgestellt gewesen seien, also vergleichbar blieben, ohne aber den totalen Angebotspreis für die Bewertung zu vernachlässigen. Mit der Stundenvorgabe habe die Vergabestelle ferner dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass ein billiges Angebot keine Gewähr für eine kostengünstige Abwicklung eines Projekts biete. Dass den totalen Kosten kein grosses Gewicht bei der Bewertung zukomme, schlage sich auch in der Gewichtung des Preises mit lediglich 20 % nieder.

6.5. Im vorliegenden Fall, in welchem weitgehend vorgegebene Leistungen zu erbringen sind, hätte die Vergabestelle dem Kriterium "Preis" wohl auch ein bedeutend höheres als das effektiv verliehene Gewicht von 20 % einräumen können. Sie verwendete aber zwei weitere Zuschlagskriterien, die sie mit je 40 % gewichtete, nämlich das Kriterium "Schlüsselpersonen" sowie das Kriterium "Aufgabenanalyse und Vorgehensvorschlag". Darin widerspiegelt sich ihr Anliegen, das Fachwissen der Offerenten und ihrer Schlüsselpersonen in den Vordergrund zu rücken. Die verhältnismässig tiefe Gewichtung des Kriteriums "Preis" und die Vorgabe einer bestimmten Stundenzahl bilden eine Möglichkeit, fachlich sowie qualitativ hochstehende Leistungen zu

beziehen und die Angebote vergleichbar zu machen. Wer zu einem tieferen Preis offeriert und diesen über einen möglichst geringen zeitlichen Aufwand realisiert, wird eher Gefahr laufen, Abstriche an der geforderten Qualität machen zu müssen.

Den vom ASTRA abgegebenen Angebotsformularen lässt sich entnehmen, dass die Verteilung der Stundenzahl auf die einzelnen Naturgefahrenprozesse bzw. deren Unterkategorien flexibel ausgestaltet war. So konnten die Offerenten wenigstens in einem gewissen Rahmen selber bestimmen, wie sie die vorgegebene Gesamtstundenzahl bei der Ausführung des Auftrages genau einzusetzen beabsichtigten. Dies wiederum erlaubte es der Vergabestelle, Rückschlüsse auf die Qualität der Angebote bzw. der darin enthaltenen Aufgabenanalysen und Vorgehensvorschläge zu ziehen. Neben dem damit angesprochenen Zuschlagskriterium 2 ermöglichte aber auch das ebenfalls mit 40 %, also stark gewichtete Zuschlagskriterium 1 "Schlüsselpersonen" eine qualitative Bewertung des jeweiligen Angebotes, zumal hier insbesondere die einschlägige Erfahrung der betreffenden Personen berücksichtigt wurde. Letzteres zeigt ferner, dass die unterschiedlichen Spezialisierungen und Erfahrungen der Anbietenden (bzw. ihrer Schlüsselpersonen) entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerinnen nicht "völlig ausser Acht" gelassen wurden.

6.6. Vor diesem Hintergrund kann der Argumentation der Beschwerdeführerinnen, insbesondere ihrer Auffassung, das Vorgehen der Vergabestelle sei sachlich nicht zu rechtfertigen und missachte etwa den Grundsatz der Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (vgl. Art. 1 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 BöB), nicht gefolgt werden. Obwohl die Vorgabe einer zwingenden Gesamtstundenzahl durch das ASTRA, unter Androhung des Ausschlusses vom Verfahren, vielleicht nicht die zweckmässigste Lösung sein mag, finden sich hier keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabestelle ihr (weites) Ermessen missbraucht, über- oder unterschritten haben könnte. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall von BGE 130 I 241. Im Übrigen besteht, wie oben (E. 1.1.) ausgeführt, kein Raum für ein Eingreifen des Bundesverwaltungsgerichts, sofern die Vergabestelle ihren Ermessensspielraum wahrt (vgl. Art. 31 BöB).

6.7. Mit ihrer Offerte haben die Beschwerdeführerinnen die zwingende Stundenvorgabe des ASTRA in erheblichem Masse unterschritten und dadurch die Angebotsbedingungen eigenmächtig geändert. Nach der

einleitend dargestellten Gerichtspraxis ist ihr Ausschluss vom Vergabeverfahren daher nicht zu beanstanden.

Die Beschwerdeführerinnen heben ihre Angebote zu den Losen [...] und [...] hervor, die ebenfalls tiefere als die vom ASTRA zwingend vorgegebenen Stundenzahlen beinhalteten, jedoch nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden seien. Eine (ausnahmsweise, vgl. BGE 132 II 510 E. 8.6 a.E.) Gleichbehandlung im Unrecht (siehe dazu BIAGGINI, a.a.O., Art. 8 N. 14 f.), wie sie sie geltend zu machen scheinen, fällt hier aber ausser Betracht, da dies auf eine juristisch nicht verankerte Gleichbehandlung der Beschwerdeführerinnen mit sich selbst hinausliefe (vgl. SCHWEIZER, a.a.O., Art. 8 N. 42). Anzeichen für eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu den übrigen Offerenten bestehen demgegenüber keine. Abgesehen davon müsste ein Abweichen der Vergabestelle von den in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Bedingungen auch als Verletzung des Transparenzprinzips gewertet werden (siehe dazu oben E. 6.1).

7.

7.1. Die Vergabestelle erklärt in ihrer Vernehmlassung, die Beschwerdeführerinnen hätten im Los 12 von den total geforderten 2710 Stunden nur 1930 Stunden offeriert, also 780 Stunden weniger, wodurch sie die Ausschreibungsunterlagen bzw. –vorgaben abgeändert hätten. Mit der Abänderung hätten sie letztlich wissentlich eine Variante zur Ausschreibung gebildet. Somit hätten sie sich – wie sie selbst ausführten – nicht an die Vorgabe der Vergabestelle gehalten und eine eigene Aufwandschätzung vorgenommen, ohne die Amtsvariante ebenfalls mit ihrer Eingabe einzureichen.

7.2. Gemäss Art. 22a Abs. 1 VöB steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen; ausnahmsweise kann die Auftraggeberin diese Möglichkeit in der Ausschreibung beschränken oder ausschliessen. Nach Art. 22a Abs. 2 VöB gilt als Variante ein Angebot, mit welchem das Ziel der Beschaffung auf andere Art als von der Auftraggeberin vorgesehen erreicht werden kann; nicht als Varianten gelten unterschiedliche Preisarten. Ziff. 2.8 der Ausschreibung für Los 12 bestimmt, dass Varianten nicht zugelassen werden.

7.3. Wie sich aus der zitierten Verordnungsbestimmung sowie aus der vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführten Praxis der BRK (BVG 2007/13 E. 5.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5084/2007 vom 28. Januar 2008 E. 2.1 mit Hinweisen und E. 2.5) ergibt, hätten die Beschwerdeführerinnen, soweit sie zulässigerweise eine Variante einreichten, der Vergabestelle auch eine dem Amtsvorschlag entsprechende Grundofferte mit der vorgegebenen Stundenzahl unterbreiten müssen, was sie allerdings nicht taten, weshalb ihr Angebot auch aus diesem Grund vom Vergabeverfahren auszuschliessen gewesen wäre.

8.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das ASTRA nicht gegen Bundesrecht verstossen hat (vgl. Art. 49 VwVG), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

9.

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

9.1. Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG; Art. 2 Abs. 1 des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, VGKE, SR 173.320.2). Für Streitigkeiten mit Vermögensinteresse legt Art. 4 VGKE den Gebührenrahmen aufgrund des Streitwertes fest. Im vorliegenden Fall ist die Gerichtsgebühr aufgrund des Streitwertes unter Berücksichtigung der mit diesem Urteil zu verlegenden Kosten für den Zwischenentscheid vom 25. Januar 2011 über die aufschiebende Wirkung bzw. dessen, dass der Vergabestelle keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 2 VwVG), auf Fr. 2'500.- festzusetzen.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Als Bundesbehörde hat die in der Hauptsache obsiegende Vergabestelle jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.- werden den Beschwerdeführerinnen solidarisch auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet.

3.

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen;
- die Vergabestelle;
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise).

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Vera Marantelli

Urs Küpfer

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, BGG, SR 173.110), wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert erreicht und sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f Ziff. 1 und 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 beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 20. April 2011