



Urteil vom 8. Juni 2020

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwältinnen
lic. iur. Julia Bhend und/oder lic. iur. Claudia Marti,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Strassen ASTRA,
Abteilung Strasseninfrastruktur Ost,
Vergabestelle.

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,
Projekt "100133 Lieferung und Installation der kompletten
Elektroinstallationen für Bau A, B und Aussenanlagen
gemäss den Vorgaben des Fachplaners",
SIMAP-Projekt-ID 195303,
SIMAP-Meldungsnummer 1123045.

Sachverhalt:

A.

A.a Am 30. Oktober 2019 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA, Abteilung Strasseninfrastruktur Ost, Filiale Winterthur (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform SIMAP das Projekt "100133 Lieferung und Installation der kompletten Elektroinstallationen für Bau A, B und Aussenanlagen gemäss den Vorgaben des Fachplaners" für den Neubau am Stützpunkt Müllheim im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1102293). Gemäss dem detaillierten Projektbeschrieb enthalten die Elektroinstallationen im Wesentlichen Installationen für die technische Gebäudeausrüstung wie Licht- und Steckdosenstromkreise und Installationen für die Gebäudetechnik (Ausschreibung Ziff. 2.6). Der Vertrag sollte am 1. April 2020 beginnen und am 30. November 2021 enden (Ausschreibung Ziff. 2.8). Die Angebote waren bis zum 19. Dezember 2019 einzureichen.

A.b In der Folge gingen zwei Angebote ein, darunter das Angebot der A. _____ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin).

A.c Am 2. März 2020 erteilte die Vergabestelle der B. _____ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin) zum Preis von Fr. 935'741.30 (exkl. MWST) den Zuschlag und veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 4. März 2020 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1123045).

A.d Mit Schreiben vom 4. März 2020 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass sie aufgrund eines formellen Fehlers "(Kalkulationsschema nicht abgegeben)" von der Bewertung habe ausgeschlossen werden müssen und der Zuschlag der B. _____ AG erteilt worden sei.

A.e Am 16. März 2020 führte die Vergabestelle ein Debriefing durch und beantwortete Fragen der Beschwerdeführerin.

B.

Gegen den Zuschlag vom 2. März 2020 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 23. März 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und stellt die folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Ausschlussverfügung vom 4. März 2020 sei aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerin im Verfahren zu belassen;

Eventualiter sei festzustellen, dass die Ausschlussverfügung vom 4. März 2020 rechtswidrig ist.

2. Der Zuschlag vom 2. März 2020 (SIMAP Meldungsnummer 1123045 vom 4. März 2020) sei aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen;

Eventualiter sei der Zuschlag vom 2. März 2020 aufzuheben und die Sache mit verbindlichen Weisungen zur erneuten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin, an die Vergabestelle zurückzuweisen;

Subeventualiter sei der Zuschlag vom 2. März 2020 aufzuheben und das Vergabeverfahren neu durchzuführen.

Subsubeventualiter sei festzustellen, dass der Zuschlag vom 2. März 2020 rechtswidrig ist."

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, wobei dies in einem ersten Schritt superprovisorisch zu geschehen habe, und der Vergabestelle seien der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin sowie sämtliche Vollzugsvorkehrungen und die Entgegennahme von Erfüllungshandlungen der Mitbeteiligten zu untersagen. Für den Fall, dass die Vergabestelle oder die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme zur Beschwerde einreichen, sei der Beschwerdeführerin noch vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Im Weiteren sei der Beschwerdeführerin vor dem Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren (unter Schwärzung von allfälligen Geschäftsgeheimnissen der Zuschlagsempfängerin), insbesondere in das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Kalkulationsschema (unter Schwärzung der genauen Einzelbeträge) und es sei ihr Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung einzuräumen.

Die Beschwerdeführerin legt dar, die Vergabestelle habe ihr Angebot vom Verfahren ausgeschlossen, weil die Beschwerdeführerin ein Formular nicht eingereicht habe. Dieses fehlende Formular (ein Kalkulationsschema) sei für die Bewertung der Angebote irrelevant. Dessen Fehlen stelle einen unwesentlichen Formfehler dar, der einen Ausschluss nicht rechtfertige. Der Ausschluss ihres Angebots ohne Rückfrage und Gewährung der Möglichkeit, den Formmangel zu beheben, verletze das Verhältnismässigkeitsprinzip sowie das Gleichbehandlungsgebot und widerspreche dem Verbot des überspitzten Formalismus gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. Gemäss Art. 19

Abs. 3 BöB seien zudem nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Dass unwesentliche Formmängel durch die Anbieter sollten behoben werden können, ergebe sich auch aus den Grund-sätzen der Förderung des Wettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BöB).

Das betreffende Formular sei in der Elektroinstallationsbranche unbekannt und für die Kalkulation auch nicht geeignet. Die Vergabestelle habe gegenüber der Beschwerdeführerin am Debriefing vom 16. März 2020 bestätigt, dass das Kalkulationsschema SBV nicht ohne Anpassungen ausgefüllt werden könnte. Sodann könne der angebliche Zweck des Kalkulations-schemas – dessen Verwendung im Zusammenhang mit allfälligen späteren Nachträgen – ohne Weiteres auch erreicht werden, wenn das Kalkulations-schema noch nachgereicht werde.

Die Ausschreibungsunterlagen hätten zudem zur Frage, ob dieses Formular eingereicht werden müsse oder nicht, widersprüchliche Angaben enthalten. Die Beschwerdeführerin habe sich am "Deckblatt Angebot für Bau-aufträge", in welchem die mit dem Angebot einzureichenden Unterlagen genannt worden seien, orientieren dürfen und habe sämtliche gemäss diesem Deckblatt geforderten Unterlagen fristgerecht eingereicht und alle geforderten Nachweise erbracht. Da das Kalkulationsschema gemäss Muster des Schweizerischen Baumeisterverbands SBV in dieser Aufzählung nicht erwähnt werde, habe sie es auch nicht eingereicht. Das Inhaltsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen habe sie nicht einmal beigezogen, weshalb sie schliesslich das Kalkulationsschema nicht eingereicht habe. Die Vergabestelle habe diese Unklarheit zu vertreten und bereits aus diesem Grund bei der Beschwerdeführerin rückfragen und ihr Gelegenheit geben müssen, das Kalkulationsschema nachzureichen.

Im Ergebnis stelle das Nichteinreichen des Kalkulationsschemas keinen wesentlichen Formfehler dar, der den Ausschluss rechtfertigen würde. Die Vergabestelle hätte diesen unwesentlichen Formfehler stehen lassen oder das Kalkulationsschema nachfordern können.

Die Beschwerde sei demnach ausreichend begründet und nicht aussichtslos. Überwiegende öffentliche oder private Interessen, die einer Erteilung der aufschiebenden Wirkung und des Vollzugsverbots entgegenstehen würden, seien keine ersichtlich. Ausserdem sei die Vergabe nicht dringend.

C.

Mit Verfügung vom 24. März 2020 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

D.

Die Vergabestelle beantragt mit Vernehmlassung vom 20. April 2020, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, über das Gesuch sei ohne weiteren Schriftenwechsel und ohne Verzug zu entscheiden und die Beschwerde sei abzuweisen.

Die Vergabestelle bestreitet die Ausführungen der Beschwerdeführerin und macht geltend, es bestünden sachliche Gründe für den Entscheid der Vergabestelle. Der Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren sei zu Recht erfolgt. Das nachträgliche Einreichen des Kalkulationsschemas würde demgegenüber dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Wirtschaftlichkeit zuwiderlaufen. Die Vergabestelle verweist auf Art. 19 Abs. 1 BöB, wonach die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen müssen.

Die Vergabestelle legt dar, dass das als Beilage B00 aufgeführte Dokument "Inhaltsverzeichnis/Checkliste einzureichende Dokumente" die von den Anbietern bei der Vergabestelle für die konkrete Ausschreibung einzureichenden Unterlagen definiere. Nur wenn alle mit einem "X" markierten Dokumente gemäss dem Inhaltsverzeichnis eingereicht würden, liege ein vollständiges Angebot vor. Liege kein vollständiges Angebot vor, sei die Vergleichbarkeit der eingegangenen Angebote nicht gewährleistet. Die Vergabestelle habe nach der Offertöffnung den Anbietern den Eingang ihrer Offerte mit einem anonymisierten Protokoll der Offertöffnung zugestellt. Daraus sei für die Beschwerdeführerin auch der Offertpreis des anderen Angebots hervorgegangen. Nach dem Versand des anonymisierten Protokolls der Offertöffnung habe die formelle Prüfung der Offerte stattgefunden und hierbei sei festgestellt worden, dass in der Offerte der Beschwerdeführerin die Beilage "B09. Kalkulationsschemas" gefehlt habe. Damit habe ein unvollständiges Angebot vorgelegen.

Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin seien die Ausschreibungsunterlagen nicht widersprüchlich gewesen. Aus dem Inhaltsverzeichnis sei eindeutig erkennbar, dass es sich hierbei um eine Checkliste als Hilfeleistung für das Zusammentragen der einzureichenden Dokumente handle. Das Kalkulationsschema bilde die einheitliche Kalkulationsgrundlage für alle Preise im Leistungsverzeichnis und damit die Grundlage für die objektive Vergleichbarkeit der Offerten in Bezug auf das Preis-Leistungsverhältnis. Die beiden Dokumente lägen dem Angebot der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen nicht bei.

Behauptungen über allfällige Aussagen von Seiten der Vergabestelle im Rahmen des Debriefings würden bestritten, sofern nicht explizit anerkannt. Das Kalkulationsschema diene der Vergabestelle dazu, die Berechnungsgrundlage der Preisgestaltung nachzuvollziehen und trage zur vollen Transparenz der Preisgestaltung des Angebots bei. Dies sei auch wichtig mit Blick auf den Grundsatz des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln. Bei den elementaren Kalkulationsgrundlagen handle es sich nicht um unwesentliche Informationen. Aufgrund des direkten Einflusses des Kalkulationsschemas auf das Preis-Leistungsverhältnis bilde das Dokument einen wesentlichen Teil der Offerte. Daher liege beim Nichteinreichen dieses zwingenden Dokuments ein wesentlicher Formfehler vor. Bei Vorliegen eines wesentlichen Formfehlers sei die Vergabestelle verpflichtet, das Angebot auszuschliessen und dürfe der fehlerhaften Anbieterin nicht eine Verbesserungsmöglichkeit im Rahme der technischen Bereinigung im Sinne des "nachträglichen Einreichens" geben. Wäre das Angebot der Beschwerdeführerin trotz fehlenden Kalkulationsschemas akzeptiert worden, hätte die Vergabestelle das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Die Zuschlagsempfängerin habe ein Kalkulationsschema eingereicht, das sämtliche erforderlichen Angaben enthalten habe.

Die Vergabestelle beantragt, das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin sei zu beschränken, soweit es sich um die Offerte der Zuschlagsempfängerin handle. Es sei dem Offert- und Geschäftsgeheimnis Rechnung zu tragen.

E.

Mit Verfügung vom 24. April 2020 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch der Beschwerdeführerin um Einsicht in die Vergabeakten, insbesondere in das von der Zuschlagsempfängerin eingereichte Kalkulationsschema SBV, ab.

F.

Die Beschwerdeführerin hält mit Replik vom 30. April 2020 an ihren Ausführungen fest. Das Fehlen des Kalkulationsschemas sei als unwesentlicher Fehler des Angebots der Beschwerdeführerin zu beurteilen und der Ausschluss der Beschwerdeführerin von der Vergabe sei nicht zulässig.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführerin eine (auch teilweise) Einsicht in das Kalkulationsschema der Zuschlagsempfängerin verwehrt worden sei, verletze das verfassungsmässige Recht der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht massiv. Die Einsicht in das Kalkulationsschema der Zuschlagsempfängerin (unter Abdeckung der Geschäftsgeheimnisse) sei entscheidend für die Frage, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin zulässig sei. Es seien ihr daher mindestens die wesentlichen Inhalte bekannt zu geben.

Nach den Aussagen der Vergabestelle im Debriefing habe das zur Verfügung gestellte Kalkulationsschema des SBV keine Relevanz für die Bewertung und keinen Einfluss auf das Zuschlagskriterium Preis und sei für die vorliegend ausgeschriebenen Leistungen nicht geeignet gewesen. Die unsubstantiierte Bestreitung der Vergabestelle sei nicht zu hören, und es sei auf die Darstellung in der Beschwerde abzustellen.

Die Ausschreibungsunterlagen seien widersprüchlich. Angesichts dessen, dass die Anbieter das Deckblatt des Angebots – nicht aber das Inhaltsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen – hätten ausfüllen, unterzeichnen und einreichen müssen, sei es verständlich, dass sich die Beschwerdeführerin an die unter Ziffer 2 dieses Deckblattes aufgeführte Liste "Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung" gehalten habe.

Bestritten werde, dass die Ausschreibungsunterlagen den Anbietern die Form des Kalkulationsschemas offengehalten hätten und nur als Beispiel dasjenige des SBV hätte verwendet werden können. Auch sei das Kalkulationsschema nicht nur ohne Bedeutung für dieses Angebot, sondern die Anbieter der Elektrobranche hätten aufgrund dieser Untauglichkeit und der Widersprüchlichkeit der Ausschreibungsunterlagen davon ausgehen dürfen, dass dieses Formular nicht benötigt werde.

Schliesslich könne die Vergabestelle nicht darlegen, welche Angaben sie denn genau bräuchte, um die Angebote zu vergleichen und sie begründe nicht, wie und warum das Kalkulationsschema einen Einfluss auf das Preis-

Leistungsverhältnis habe. Insbesondere sei in Bezug auf das Zuschlagskriterium Preis mit einer Gewichtung von 90% nicht vorgesehen, dass die Kalkulationsschemas in die Bewertung einfließen würden. Die Kalkulationsschemas dürften daher für den Zuschlag gar keine Bedeutung haben. Die Vergabestelle hätte trotz Fehlen des Kalkulationsschemas direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können. Der Ausschluss wegen fehlender Kalkulationsschemas sei unverhältnismässig und überspitzt formalistisch.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlages, der in den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

1.2 Das BöB erfasst nur Beschaffungen, welche dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA, SR 0.632.231.422]) unterstellt sind (BVGE 2008/48 E. 2.1 mit Hinweisen "Areal- und Gebäudeüberwachung PSI"). Es ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 2 Abs. 1 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst wird (Art. 5 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrages den entsprechenden Schwellenwert von Art. 6 Abs. 1 BöB erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 3 BöB gegeben ist.

1.3 Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 ihrer Ausschreibung vom 30. Oktober 2019 von einem Bauauftrag aus. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c BöB bedeutet der Begriff "Bauftrag" einen Vertrag über die Durchführung von Hoch- und Tiefbauarbeiten im Sinne von Ziffer 51 der zentralen Produktklassifikation (CPC-Liste) nach Anhang 1 Annex 5 des GPA. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. c BöB beziehungsweise Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1

Bst. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 (SR 172.056.12) beträgt der Schwellenwert für Bauwerke 8,7 Mio. Fr. Bei der Vergabe von mehreren Bauaufträgen im Zusammenhang mit der Realisierung eines Bauwerks ist grundsätzlich ihr Gesamtwert massgebend. Der Bundesrat legt den Wert der einzelnen Bauaufträge fest, die auf jeden Fall den Bestimmungen des BöB unterstehen. Er bestimmt, welchen prozentualen Anteil sie am Gesamtbauwerk ausmachen müssen (Art. 7 Abs. 2 BöB). Entscheidend ist, ob im Gegenstand eines Bauauftrags ein isoliertes eigenes Bauwerk oder ein Teil eines grösseren Bauvorhabens (Neubau oder Sanierung) zu sehen ist (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 309). Bei Bauwerken bestimmt eine Bagatellklausel, dass, wenn eine Auftraggeberin im Rahmen der Realisierung eines Bauwerks, dessen Gesamtwert den massgebenden Schwellenwert erreicht, mehrere Aufträge vergibt, sie diese nicht nach den Bestimmungen des BöB zu vergeben braucht, wenn a. der Wert jedes einzelnen Auftrags 2 Mio. Fr. nicht erreicht; und b. der Wert dieser Aufträge zusammengerechnet höchstens 20 Prozent des Gesamtwertes des Bauwerkes ausmacht (vgl. Art. 7 Abs. 2 BöB i.V.m. Art. 14 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, SR 172.056.11]). Der Auftraggeber hat in diesem Fall grundsätzlich die Freiheit zu entscheiden, ob er den Einzelauftrag den Verfahrensregeln des BöB unterstellen will oder nicht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 311 m.w.H.).

Vorliegend wurde der Auftrag "Lieferung und Installation der kompletten Elektroinstallationen für den Bau A, B und Aussenanlagen gemäss den Vorgaben des Fachplaners" im Rahmen eines Gesamtwerks, nämlich des Neubaus des Stützpunktes Müllheim, vergeben. Der Gesamtwert des Neubaus wurde von der Vergabestelle nicht bekannt gegeben. Indessen wird von keiner Partei geltend gemacht, dass der Wert des Neubaus den für Bauwerke massgeblichen Schwellenwert von 8,7 Mio. Fr. nicht erreichen würde. Der Preis des berücksichtigten Angebots für den vorliegenden Bauauftrag liegt bei Fr. 935'741.30 (ohne MWST) und damit unter dem Betrag von 2 Mio. Fr. gemäss der Bagatellklausel gemäss Art. 14 VöB. Dies bedeutet aber nicht, dass die Vergabestelle den Auftrag nicht hätte öffentlich ausschreiben dürfen (vgl. Art. 14 Abs. 1 i.V.m. Abs. 1 Bst. a VöB). Die Beschaffung fällt damit gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 BöB in den Anwendungsbereich des BöB.

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

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

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

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

Die Beschwerdeführerin hat als Offerentin am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung – ihr Angebot wurde ausgeschlossen und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt. Sie ist damit formell beschwert.

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Ausschlussverfügung sei aufzuheben und ihr Angebot sei im Verfahren zu belassen, eventualiter sei festzustellen, dass die Ausschlussverfügung rechtswidrig sei, sowie, der Zuschlag sei aufzuheben und ihr selber zu erteilen, eventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und die Sache mit verbindlichen Weisungen zur erneuten Bewertung der Angebote, unter Einbezug des Angebots der Beschwerdeführerin, an die Vergabestelle zurückzuweisen; subeventualiter sei der Zuschlag aufzuheben und das Vergabeverfahren neu durchzuführen, subsubeventualiter sei festzustellen, dass der Zuschlag rechtswidrig sei.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Angebot sei zu Unrecht ausgeschlossen worden, zudem habe sie ein wesentlich preisgünstigeres Angebot als die Zuschlagsempfängerin eingereicht. Aufgrund dessen, dass das ZK1 "Preis" mit 90% gewichtet sei, und im mit 10% gewichteten ZK2 "Qualität/Plausibilität der eingereichten Unterlagen" maximal 5 ungewichtete beziehungsweise 0.5 gewichtete Punkte hätten erreicht werden können, hätte die Beschwerdeführerin selbst dann das beste Resultat erreicht, wenn sie im ZK2 keine Punkte und die Mitbeteiligte die Maximalpunktzahl erhalten würde. Der Zuschlag hätte daher an sie erteilt werden müssen.

Würde das Bundesverwaltungsgericht der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, dass ihre Offerte zu Unrecht ausgeschlossen worden sei, so wäre die Sache zumindest zur Neuevaluation unter Einbezug der Offerte der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen. Da der Offertpreis der Beschwerdeführerin deutlich niedriger ist als der Preis der Offerte der Zuschlagsempfängerin, würde eine reelle Chance bestehen, dass die Beschwerdeführerin in diesem Fall den Zuschlag erhalten könnte. Sie hat daher auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

1.8 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (vgl. Art. 30 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (vgl. Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.9 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, der Ausschluss ihres Angebots sei überspitzt formalistisch und verletze vergaberechtliche Grundsätze, namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot, die Grundsätze der Förderung des Wettbewerbs und des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel. Sie kritisiert, die Ausschreibungsunterlagen enthielten zur Frage, ob die beiden Kalkulationsschemas einzureichen gewesen seien oder nicht, widersprüchliche Angaben. Die Beschwerdeführerin habe sich bei der Frage, welche Dokumente im Rahmen des Angebots einzureichen seien, an der Auflistung gemäss "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" orientieren dürfen. In dieser Liste sei das Kalkulationsschema SBF nicht erwähnt, weshalb sie es auch nicht eingereicht habe. Das Inhaltsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen habe sie nicht einmal beigezogen.

Erst aufgrund des Ausschlusses habe sie diesen Widerspruch in den Ausschreibungsunterlagen entdeckt. Angesichts dessen, dass die Anbieter das Deckblatt des Angebots – nicht aber das Inhaltsverzeichnis der Ausschreibungsunterlagen – hätten ausfüllen, unterzeichnen und einreichen müssen, sei es verständlich, dass sich die Beschwerdeführerin an die unter Ziffer 2 dieses Deckblattes aufgeführte Liste "Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung" gehalten habe. Weil keine Baustelleneinrichtungen zu den im Rahmen dieser Ausschreibung zu erbringenden Leistungen gehört hätten, seien selbstredend auch keine Pläne einzureichen gewesen; usanzgemäss werde auf die Einreichung eines leeren Blattes zu diesem Punkt verzichtet. Im Ergebnis seien die Ausschreibungsunterlagen und insbesondere die beiden Checklisten widersprüchlich. Diese Unterlassung könne nicht der Beschwerdeführerin angelastet werden, vielmehr habe die Vergabestelle diese Unklarheit zu vertreten.

Die Vergabestelle wendet ein, entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin seien die Ausschreibungsunterlagen nicht widersprüchlich gewesen. Aus dem Inhaltsverzeichnis gehe eindeutig hervor, dass es sich um eine Checkliste als Hilfeleistung für das Zusammentragen der einzureichenden Dokumente gehandelt habe. Demgegenüber handle es sich beim Dokument "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" nur um ein von den Anbietern einzureichendes Dokument, das in seinem zweiten Teil mit dem Titel "Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung" standardmässig die einzureichenden Angebotsunterlagen und deren Gliederung aufzeigten. Dieses Standardformular werde praxisgemäss nicht an jede einzelne Beschaffung angepasst. Die Beschwerdeführerin habe dies erkannt, was sich daran zeige, dass sie die in Ziffer 2.1.3 des Dokumentes "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" geforderten Pläne für Baustelleneinrichtungen nicht eingereicht habe. Solche einzureichen hätte weder Sinn gemacht noch seien gemäss dem Inhaltsverzeichnis die "B07 Planunterlagen" einzureichen gewesen. Zudem habe die Beschwerdeführerin das Dokument "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" eingereicht, welches ebenfalls nicht in Teil 2 "Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung" aufgeführt werde, was zeige, dass die geltend gemachte Widersprüchlichkeit der Ausschreibungsunterlagen eine reine Schutzbehauptung der Beschwerdeführerin darstelle.

2.1 Die Anbieter müssen ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 19 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (vgl. Art. 19 Abs. 3 BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle

anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des BVGer B-5084/2007 vom 8. November 2007 E. 3.1.1 mit Verweis auf das Urteil des BGer 2P.164/2002 vom 27. November 2002 E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie" mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] vom 23. Dezember 2005, BRK 2005-017, veröffentlicht in: VPB 70.33 E. 2a/aa).

Der Ausschluss eines Anbieters wegen Unvollständigkeit seiner Offerte setzt daher grundsätzlich voraus, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar bekannt gegeben hat, dass die entsprechenden Angaben oder Dokumente in der Offerte enthalten sein müssen.

2.2 Im vorliegenden Fall enthielten die Ausschreibungsunterlagen das Dokument B00 "Deckblatt Ausschreibungsunterlagen, Inhaltsverzeichnis/Checkliste einzureichende Dokumente" (im Folgenden: Deckblatt Inhaltsverzeichnis/Checkliste). In diesem Dokument hatte die Vergabestelle in der Mitte der ersten Seite und fettgedruckt den folgenden Hinweis angebracht:

"Die Ausschreibungsunterlagen bestehen aus den nachfolgend aufgeführten Dokumenten:

Die mit X markierten Dokumente sind in den entsprechenden Registern gemäss Inhaltsverzeichnis in 2 Exemplaren in Papier und in 1 Exemplar auf CD/DVD einzureichen."

Von den aufgelisteten Dokumenten B00-B09 waren in der Folge 5 Dokumente angekreuzt, darunter das Dokument "B09 Kalkulationsschemas (gemäss Beispielvorlage SBV)".

2.3 In den Ausschreibungsunterlagen folgte auf dieses Deckblatt Inhaltsverzeichnis/Checkliste ein weiteres "Deckblatt", nämlich das "Deckblatt Angebot für Bauaufträge", welches im Deckblatt Inhaltsverzeichnis/Checkliste als eines der einzureichenden Dokumente angekreuzt ist. Ziffer 2 des Deckblatts Angebot für Bauaufträge mit dem Titel "Einzureichende Angebotsunterlagen und deren Gliederung" besagt:

"Einzureichen sind die nachfolgenden Unterlagen vollständig ausgefüllt, im Doppel und je in einem Schnellhefter zusammengefasst. Sie werden (Ziffer 2.0 ausgenommen) nach dem Zuschlag und einer allfälligen Bereinigung zu Vertragsbestandteilen gemäss der vorgesehenen Vertragsurkunde.

2.0 Die Nachweise bezüglich der Referenzen

2.1 Für die vorgesehene Vertragsurkunde gemäss Beilage:

2.1.1 Vollständig ausgefülltes, insbesondere mit Preisen ergänztes Leistungsverzeichnis (gemäss Ziffer 3 der vorgesehenen Vertragsurkunde)

2.1.2 Technischer Bericht, umfassend

2.1.2.1 Analyse der Aufgabenstellung des Bauherrn aus der Sicht des Unternehmers

2.1.2.2 Technische Vorbehalte und offene Fragen

2.1.2.3 Vertragsbezogenes Organigramm des Unternehmers mit Nennung der für die Vertragserfüllung vorgesehenen Personen und deren Funktion

2.1.2.4 Erläuterungen zum Angebot aus der Sicht des Unternehmers

2.1.3 Pläne für Baustelleneinrichtungen

Abänderungen der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen sind nicht zulässig; entsprechende Angebote können vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Varianten, falls gemäss Ausschreibungstext zulässig, sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen und zusätzlich zum Grundangebot gesondert einzureichen."

2.4 Mit der Beschwerdeführerin ist daher davon auszugehen, dass diese beiden Deckblätter nicht übereinstimmen. Die Forderung im "Deckblatt Inhaltsverzeichnis/Checkliste", das Kalkulationsschema einzureichen, ist indessen klar und unzweideutig. Im "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" ist das Kalkulationsschema zwar nicht enthalten, aber es gibt auch keine Aussage, dass darauf verzichtet werden könne. Dass die Aufforderung, das Kalkulationsschema einzureichen, im "Deckblatt Angebot für Bauaufträge" nicht ebenfalls enthalten ist, bedeutet daher keine Negierung der im "Deckblatt Inhaltsverzeichnis/Checkliste" erhobenen, klaren diesbezüglichen Aufforderung. Hinzu kommt, dass die Ausschreibungsunterlagen ganz am

Schluss, als eigenständigen Bestandteil, zwei leere Formulare von Kalkulationsschemas enthielten. Auch dies zeigt, dass die Vergabestelle diese Angaben verlangte.

Vor allem aber enthält bereits die Ausschreibung selbst einen Verweis auf dieses Kalkulationsschema. So wird unter dem Titel "Einzubeziehende Kosten" in Ziffer 3.4 der Ausschreibung Folgendes ausgeführt:

"Die Vergütung und die Preise umfassen sämtliche Leistungen, die in den Ausschreibungsunterlagen genannt und zur Vertragserfüllung notwendig sind. Die Umlagerung von Einheitspreisen in Globalpositionen wie zum Beispiel die Baustelleneinrichtungen ist strikt verboten. Der Unternehmer hat alle Positionen des Leistungsverzeichnisses auszufüllen; er schreibt "keine" bei allen Positionen, bei welchen er formell auf die Angabe eines Betrags sowie darauf verzichtet, später eine Vergütung für die betreffende Leistung zu verlangen. Ein solcher Eintrag muss im technischen Bericht begründet werden. Die Aufsichts- und Führungskosten sowie die Kosten des Zeitaufwands für den Personaltransport dürfen nicht in den Baustelleneinrichtungskosten enthalten sein, sondern müssen gemäss Kalkulationsschema des SBV in den Einheitspreisen enthalten sein. Gleichermassen müssen alle Endkostenzuschläge wie beispielsweise die technische und die kaufmännische Leitung, die Baustellenführung sowie die Finanzkosten im Kalkulationsschema des SBV in den entsprechenden Rubriken erfasst sein. Diese Kosten dürfen auf keinen Fall in den Baustelleneinrichtungen enthalten sein." (Ausschreibung Ziff. 3.4)

Diese Formulierung in der Ausschreibung selbst kann nicht anders verstanden werden, als dass mit der Offerte ein ausgefülltes Kalkulationsschema des SBV eingereicht werden musste.

2.5 Wenn die Vergabestelle daher geltend macht, die Offerte der Beschwerdeführerin sei unvollständig gewesen, so stellt sie auf eine Anforderung in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen ab, die genügend klar formuliert ist, dass die Teilnehmer daraus entnehmen konnten, dass das entsprechende Dokument in der Offerte enthalten sein musste.

3.

Die Beschwerdeführerin ist der Meinung, die Vergabestelle hätte bei ihr rückfragen und ihr Gelegenheit geben müssen, das Kalkulationsschema nachzureichen. Das Nichteinreichen des Kalkulationsschemas stelle keinen wesentlichen Formfehler dar, der den Ausschluss ihres Angebots rechtfertige, da es sich dabei nur um ein unwesentliches Dokument gehandelt habe. Das Dokument Kalkulationsschema SBV sei weder für die Be-

wertung relevant noch habe es einen Einfluss auf das Preis-Leistungsverhältnis der Angebote. Der Preis und die Inhalte des Angebots würden sich nicht aus dem Kalkulationsschema ergeben, sondern ausschliesslich und vollumfänglich aus dem Leistungsverzeichnis und den weiteren von der Beschwerdeführerin mit dem Angebot eingereichten Unterlagen. Der angebliche Zweck des Kalkulationsschemas – dessen Verwendung im Zusammenhang mit allfälligen späteren Nachträgen – könne ohne Weiteres auch erreicht werden, wenn das Kalkulationsschema noch nachgereicht werde. Unzutreffend sei, dass die Beschwerdeführerin eine Möglichkeit gehabt hätte, ihr Angebot zu manipulieren. Die Vergabestelle zeige auch gar nicht auf, wie eine solche Manipulation hätte aussehen können. Durch den Ausschluss der Beschwerdeführerin habe kein Wettbewerb mehr bestanden, weshalb die Vergabestelle der Beschwerdeführerin zwingend die Möglichkeit zur Nachreichung des Schemas hätte einräumen müssen. Der Ausschluss wegen fehlender Kalkulationsschemas sei unverhältnismässig und überspitzt formalistisch.

Die Vergabestelle ist demgegenüber der Auffassung, das Nichteinreichen dieses zwingenden Dokuments stelle einen wesentlichen Formfehler dar. Das Kalkulationsschema sei nicht mit einer Bescheinigung, wie beispielsweise dem Betreibungsregistrauszug, der ohne Weiteres nachgereicht werden könne, vergleichbar. Der Betreibungsregistrauszug werde von einer unabhängigen Stelle erstellt und könne nicht manipuliert werden. Im Gegensatz dazu hätten das Lohnnebenkosten- und das Kalkulationschema nachträglich abgeändert werden können. Bei den elementaren Kalkulationsgrundlagen handle es sich nicht um unwesentliche Informationen, vielmehr seien die Kalkulationsschemas aufgrund ihres direkten Einflusses auf das Preis-Leistungsverhältnis ein wesentlicher Teil der Offerte.

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

E. 3.2 m.H. "Vermessung Durchmesserlinie"). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass die Vergabestelle den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen hat oder bei Unklarheiten Rückfrage beim Anbieter nehmen muss. Voraussetzung dafür ist indessen, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann. Eine derartige Pflicht zur Rückfrage und Einräumung einer Gelegenheit zur Verbesserung besteht daher nur bei unwesentlichen Formfehlern (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.2 "Vermessung Durchmesserlinie"; Urteile des BVGer B-3084/2016 vom 5. April 2017 E. 4 "Energieverbrauchserhebung 2016-2020"; B-2599/2016 vom 17. August 2016 E. 4.1 m. H. "Baumeisterarbeiten N1 Anschluss Baden/Dättwil"). Die Korrektur erfolgt in diesem Fall im Rahmen der Offertbereinigung und dem Einholen von Erläuterungen beziehungsweise bei Verhandlungen mit dem Anbieter.

3.2 In Bezug auf die Frage, ob die Vergabestelle einem Anbieter Gelegenheit geben darf oder sogar muss, eine nicht den Anforderungen entsprechende Offerte zu ergänzen, unterscheidet die Praxis drei Kategorien:

Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Dabei ist an jene Fälle zu denken, in welchen die Unvollständigkeit wesentliche Punkte des Angebots betrifft und der Ausschlussgrund ein gewisses Gewicht aufweist (AGVE 1999 S. 341 ff. E. 3b/ee). Insbesondere Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, sind grundsätzlich auszuschliessen, ohne Gelegenheit zur Ergänzung. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss; die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2 "Vermessung Durchmesserlinie"). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass der Zweck, den die in Frage stehende (Form-) Vorschrift verfolgt, dadurch nicht ernstlich beeinträchtigt wird, so dass aus Gründen der Verhältnismässigkeit vom Ausschluss der Offerte abgesehen werden darf und soll (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Urteile des BGer 2C_257/2016 E. 3.3; 2C_782/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.3; 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 5.8; 2C_197/2010 vom 30. April 2010 E. 6.4; 2P.176/2005 vom 13. Dezember 2005 E. 2.4). In derartigen Fällen muss die Vergabestelle zur Bereinigung der Mängel Hand bieten

(vgl. zum Ganzen BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"). So kann ein Ausschluss etwa als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen oder wenn der Anbieter vergessen hat, gewisse Erklärungen abzugeben, die lediglich durch Ankreuzen eines Feldes des Offertformulars hätten erfolgen sollen (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2 f. "Studie Schienengüterverkehr"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie"; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 f.), nicht aber, wenn ein Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung").

3.3 Im vorliegenden Fall relevant ist nicht die Grenzziehung zwischen der ersten und zweiten Kategorie, da es nicht um die Frage geht, ob die umstrittene Offerte ausgeschlossen werden *muss*, sondern die Grenzziehung zwischen der zweiten und der dritten Kategorie, die darüber entscheidet, ob die Vergabestelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraums berechtigt war, die mängelbehaftete Offerte der Beschwerdeführerin auszuschliessen, oder ob sie verpflichtet gewesen wäre, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Behebung des Mangels zu bieten.

Selbst wenn die Nichteinreichung der Kalkulationsschemas weder einen direkten Einfluss auf das Preis-Leistungsverhältnis hatte noch die objektive Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigte, wie die Beschwerdeführerin behauptet, würde dies zwar gegen eine Einstufung in die erste dieser Kategorien sprechen, aber nicht ausreichen, um die in Frage stehende Unvollständigkeit der Offerte in die dritte statt in die zweite dieser Kategorie einzureihen. Wie es sich bezüglich dieser Behauptungen der Beschwerdeführerin verhält, kann daher offengelassen werden.

3.4 Die Beschwerdeführerin erachtet die Nichteinreichung des Kalkulationsschemas insbesondere darum als sehr geringfügigen Mangel, weil sie die Auffassung vertritt, dass das Kalkulationsschema SBV für die vorliegende Ausschreibung gar nicht geeignet gewesen sei. Das Kalkulationsschema des SBV betreffe das Bauhauptgewerbe, während die in der vorliegenden Submission ausgeschriebenen Elektroinstallationsleistungen das Baunebengewerbe betreffen würden. Der Verband der Elektrobranche EIT.swiss habe der Beschwerdeführerin gegenüber festgehalten, dass die Verwendung des Kalkulationsschemas SBV für diese Branche "nicht logisch" sei. Die Elektrobranche verwende andere Kalkulationsgrundlagen

als das Bauhauptgewerbe. Ein analoges branchenspezifisches Kalkulationsschema der Elektrobranche, das allgemeingültig wäre und hätte beigezogen werden können, existiere nicht. Das von der Beschwerdeführerin eingereichte Formular zu internen, betriebswirtschaftlichen Preiskalkulation stelle kein solches Kalkulationsschema dar, das als Beilage für private oder öffentliche Angebote bestimmt sei. Beim Versuch, das Kalkulationsschema SBV auszufüllen, habe die Beschwerdeführerin feststellen müssen, dass viele der darin verlangten Positionen in der Elektrobranche so gar nicht bestünden oder auf die ausgeschriebenen Leistungen nicht passeten. Die Beschwerdeführerin habe das Formular nicht richtig ausfüllen können, weshalb das Kalkulationsschema unvollständig und für die Zwecke der Vergabestelle unbrauchbar wäre. Sie beantragt Einsicht in das Kalkulationsschema der Zuschlagsempfängerin, um den Nachweis zu erbringen, dass auch diese das Kalkulationsschema nicht habe vollständig ausfüllen können. Bestritten werde, dass die Ausschreibungsunterlagen den Anbietern die Form des Kalkulationsschemas offengehalten hätten und nur als Beispiel dasjenige des SBV hätte verwendet werden können. Die Kalkulationsschemas SBV seien der einzige Hinweis gewesen, der den Anbietern zu den unter dieser Position verlangten Informationen gegeben worden sei. Am Debriefing vom 16. März 2020 habe die Vergabestelle anerkannt, dass das Kalkulationsschema des Schweizerischen Baumeisterverbandes für die vorliegend ausgeschriebenen Elektroinstallationen nicht geeignet sei. Die Beschwerdeführerin erachtet die Nichteinreichung der Kalkulationsschemas auch daher als unwesentlichen Formfehler, weil nach ihrer Meinung das Kalkulationsschema keinen direkten Einfluss auf das Preis-Leistungsverzeichnis habe und damit auch keinen wesentlichen Teil der Offerte bilde. Das von der Vergabestelle vorgebrachte Argument, die Kalkulationsschemas würden die Grundlage für die objektive Vergleichbarkeit der Angebote bilden, sei nicht nachvollziehbar. Aus dem äusserst detaillierten Leistungsverzeichnis ergäben sich vorliegend alle relevanten Informationen für die Vergleichbarkeit der Preise. Das Leistungsverzeichnis sei in sich abgeschlossen. Auch nach den Aussagen der Vergabestelle am Debriefing habe das Kalkulationsschema keine Relevanz für die Bewertung und keinen Einfluss auf das Zuschlagskriterium Preis. Die Beschwerdeführerin beantragt dazu eine Parteibefragung ihrer eigenen Mitarbeiter X._____, Y._____ und Z._____.

Die Vergabestelle wendet ein, sie habe keine Vorgaben bezüglich einer bestimmten Vorlage des Kalkulationsblattes gemacht, sondern die Wahl der Form den Anbietern offengehalten. Das Kalkulationsschema des SBV

sei beispielhaft genannt worden. Die Anbieter hätte demnach ein branchenspezifisches Kalkulationsblatt einreichen können. Das ganze Angebot basiere – in preislicher Hinsicht – auf den Kalkulationsschemas, welche sich im Leistungsverzeichnis und schliesslich im Angebotspreis wieder spiegeln. Die Kalkulationsschemas dienen der Vergabestelle dazu, die Berechnungsgrundlage der Preisgestaltung nachzuvollziehen und tragen zur vollen Transparenz der Preisgestaltung des Angebotes bei. Dass die Vergabestelle das Preis-Leistungsverhältnis nachvollziehen könne beziehungsweise dies auch können müsse, sei insbesondere auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln unabdingbar. Der Anbieter gebe im Lohnnebenkostenschema an, welche Zuschläge er auf den Grundlohn für Absenzen mit Kostenfolgen (z.B. Ferien, schlechtes Wetter etc.) sowie für Personalversicherungen verrechne. Beim Kalkulationsschema fliesse der Anteil für die Lohnnebenkosten auf den Grundlohn ein. Nach Angabe der weiteren Zuschläge für Lohn, Material, Inventar und Fremdleistungen ergebe sich aus diesem Schema, wie die Kosten zusammengesetzt seien. Das Kalkulationsschema bilde die einheitliche Kalkulationsgrundlage für alle Preise im Leistungsverzeichnis und damit die Grundlage für die objektive Vergleichbarkeit der Offerten in Bezug auf das Preis-Leistungsverhältnis. Es sei davon auszugehen, dass grundsätzlich auf der Basis der Kalkulationsschemas eruiert werden könne, ob eine Anbieterin eine verpönte Umlagerung von Einheitspreisen auf Globalpositionen vorgenommen habe. Die Beschwerdeführerin habe es unterlassen, die ihrem Angebot zugrunde gelegten Kalkulationsgrundlagen auch nur ansatzweise darzulegen. Behauptungen über allfällige Aussagen von Seiten der Vergabestelle im Rahmen des Debriefings würden bestritten, sofern nicht explizit anerkannt.

3.4.1 Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle, wie dargelegt, bereits in der Ausschreibung unter dem Titel "Einzubeziehende Kosten" die Umlagerung von Einheitspreisen in Globalpositionen ausdrücklich untersagt (Ziff. 3.4 der Ausschreibung). Es ist unbestritten, dass das Erfordernis, ein Kalkulationsschema des SBV einzureichen, im Zusammenhang mit dieser Bestimmung zu sehen ist, da eine Vergabestelle sich dadurch vergewissern kann, dass keine Umlagerung stattfindet.

3.4.2 Nicht nur der Zuschlag, sondern auch bereits die Ausschreibung sind selbstständig anfechtbare Verfügungen (Art. 29 Bst. b BöB). Wird die Ausschreibung nicht angefochten, erwächst sie in Rechtskraft, so dass Einwände dagegen im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens gegen einen späteren Zuschlag grundsätzlich nicht mehr gehört werden können, soweit

Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen ohne Weiteres erkennbar waren (BVGE 2014/14 E. 4.4 "Suchsystem Bund"; BVGE 2018 IV/6, nicht publizierte E. 2.1 m.H. "Loslimitierung Swissgrid"; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 "Bahnstromversorgungsanlagen"; Urteil des BVGer B-3875/2016 vom 12. Oktober 2016 E. 3.4.4 "Umnutzung Bundesarchiv"; Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 "Verkehrsbeeinflussung Nordumfahrung Zürich"; MARC STEINER, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold et alii [Hrsg.], Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, 2008, S. 405 ff., insb. S. 412 m.H.).

3.4.3 Im vorliegenden Fall geht, wie dargelegt, bereits aus der Formulierung in der Ausschreibung selbst unmissverständlich hervor, dass mit der Offerte ein ausgefülltes Kalkulationsschema des SBV eingereicht werden musste. Diese Anforderung ist mit der Ausschreibung in Rechtskraft erwachsen. Die Notwendigkeit, ein derartiges Schema einzureichen, kann durch die Rechtsmittelinstanz nicht mehr überprüft werden, auch nicht vorfrageweise. Wie gross im Kontext der vorliegenden Beschaffung das Risiko einer Umlagerung überhaupt war und wie wichtig oder unwichtig daher dieses Kalkulationsschema war beziehungsweise ob es für eine Beschaffung der vorliegenden Art überhaupt ein taugliches Formular war, sind daher Fragen, denen die Rechtsmittelinstanz in diesem Zusammenhang nicht mehr nachzugehen hat.

3.4.4 Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern eine Parteibefragung der drei Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, X._____, Y._____ und Z._____, im Vergleich zur schriftlichen Eingabe der Beschwerdeführerin einen weiteren Erkenntnisgewinn bringen könnte. Auf die von der Beschwerdeführerin beantragte Befragung dieser Mitarbeiter ist deshalb in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

3.4.5 Die Beschwerdeführerin rügt, nicht nur sie selbst, sondern mutmasslich auch die Zuschlagsempfängerin sei nicht in der Lage gewesen sei, die von der Vergabestelle verlangten Formulare auszufüllen, und beantragt – allenfalls teilweise – Akteneinsicht in die Kalkulationsschemas der Zuschlagsempfängerin. Die Beschwerdeführerin rügt, indem die Instruktorin diesen Antrag abgewiesen habe, sei ihr verfassungsmässiges Recht auf Akteneinsicht verletzt worden.

Das in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts allgemein übliche Akteneinsichtsrecht muss bei Submissionsverfahren gegenüber dem Interesse

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

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den von der Zuschlagsempfängerin mit ihrer Offerte eingereichten Kalkulationsschemas, dass die Zuschlagsempfängerin zwar für einzelne Punkte 0% vorgesehen hatte, aber die beiden Schemas vollständig ausgefüllt und fristgerecht eingereicht hatte.

Die Rügen der Beschwerdeführerin, auch die Zuschlagsempfängerin sei nicht in der Lage gewesen, die Kalkulationsschemas auszufüllen, und ihr Anspruch auf Akteneinsicht sei verletzt, weil ihr keine Einsicht in diese Teile der Offerte der Zuschlagsempfängerin gewährt worden sei, erweisen sich damit als unbegründet.

3.5 Das Bundesverwaltungsgericht war in einem früheren Entscheid, in welchem sich die Streitigkeit unter anderem um die Frage drehte, ob die Vergabestelle die Beschwerdeführerin (auch) deshalb ausschliessen durfte, weil diese die Kalkulationsschemas SBV nicht eingereicht hatte, zum Schluss gekommen, dass ein fehlendes Kalkulationsschema im Unterschied zu einem nicht korrekt ausgefüllten Preisblatt, einer nicht rechtskonformen Bankgarantie oder einer fehlenden Unterschrift, welche als untergeordnete Unvollständigkeiten betrachtet und im Rahmen der Offertbereinigung umgehend behoben werden könnten, nicht bloss eine untergeordnete Bedeutung oder bagatellarische Natur zugemessen werden könne (Urteil des BVGer B-5563/2012 vom 28. Februar 2013 E. 3.2.3 "Galgenbucktunnel"). Das Bundesverwaltungsgericht führte in diesem Zusammen-

hang aus, dass das Lohnnebenkostenschema sowie das Kalkulationsschema SBV der Abbildung der Kalkulationsgrundlagen dienen. Sie stellten die ursprüngliche Kostengrundlage dar und seien für die Berechnung von Nachtragspreisen, Mengenänderungen und Teuerungsabrechnungen massgebend. Für den Fall, dass die SIA-Norm 118 zum Vertragsbestandteil erklärt werde, seien die erwähnten Schemas zwingend auszuschreiben beziehungsweise einzureichen, andernfalls würde dem Bauherrn der Einblick in die ursprüngliche Kostengrundlage verwehrt (Urteil B-5563/2012 E. 3.2.2.1 m.H. "Galgenbuckttunnel"). Das Bundesverwaltungsgericht erachtete in dieser Entscheidung den Ausschluss der Beschwerdeführerin (auch) gestützt auf die fehlenden Kalkulationsschemas als gerechtfertigt, zum einen, weil beide Schemas als Bestandteile des Leistungsverzeichnisses galten, welches vollständig ausgefüllt und absolut unverändert einzureichen gewesen war, widrigenfalls das Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würde, und zum anderen, weil das Fehlen dieser Kalkulationsgrundlagen nicht einen Mangel untergeordneter Bedeutung dargestellt habe (vgl. Urteil B-5563/2012 E. 5 "Galgenbuckttunnel"). Dieser Fall betraf allerdings das Bauhauptgewerbe, während die vorliegende Ausschreibung über die Lieferung und Installation von Elektroinstallationen das Bau- und Nebengewerbe betrifft.

3.6 Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass sich im Kontext der vorliegenden Beschaffung das Risiko einer Umlagerung überhaupt stelle und dass die in Frage stehenden Kalkulationsschemas daher eine relevante Rolle spielten, auch seien die vorgegebenen Schemas des SBV für das Elektroinstallationsgewerbe gar nicht geeignet und daher im Kontext der vorliegenden Beschaffung nicht wirklich aussagekräftig. Die Ausführungen der Vergabestelle zu diesen Rügen sind sehr allgemein gehalten und im Kontext der vorliegenden Vergabe nur bedingt nachvollziehbar. So leuchtet beispielsweise nicht ein, welche Schlüsse die Vergabestelle aus der Bekanntgabe der Lohn-Nebenkosten ziehen will oder inwiefern die Angaben in den Kalkulationsschemas für die Vergleichbarkeit der Offerten relevant sein sollten oder angesichts der gegebenen Zuschlagskriterien eine Auswirkung auf das Preis-Leistungsverhältnis haben könnten. Auch wenn die Anforderung, ein ausgefülltes Kalkulationsschema des SBV einzureichen, mit der Ausschreibung in Rechtskraft erwachsen ist und daher durch die Rechtsmittelinstanz nicht mehr hinterfragt werden kann, sprechen diese Unklarheiten jedenfalls dagegen, die Kalkulationsschemas als besonders wichtige Bestandteile der Offerte einzustufen.

3.7 Massgebend ist indessen nicht allein die (fehlende) Wichtigkeit der fehlenden Belege. Entscheidend ist vorliegend, dass es sich bei den Kalkulationsschemas nicht um bei der Beschwerdeführerin bereits vorhandene Belege handelte, welche diese – bildlich gesprochen – in fertiger Ausführung nur von ihrem Regal hätte herunternehmen und der Vergabestelle nachreichen können. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin lassen sich vielmehr nur so verstehen, dass sie im Zeitpunkt der Offerteinreichung die Kalkulationsschemas noch nicht ausgefüllt hatte. Wie die Beschwerdeführerin die Formulare dann ausgefüllt hätte, ist auch keineswegs klar. Der vorliegende Fall unterscheidet sich daher in wesentlicher Weise von jenen Fällen, in denen Anbieter vergessen hatten, die Offerte zu unterschreiben, Felder mit Bestätigungen anzukreuzen (Urteil B-985/2015 E. 4.3.2 "Studie Schienengüterverkehr") oder Belege einzureichen, die sie in der Offerte als beiliegend angegeben hatten oder von denen anzunehmen war, dass sie darüber verfügten. Der vorliegende Fall ist vielmehr eher mit jenem Fall zu vergleichen, in dem der Anbieter das verlangte Datenblatt des Lieferanten, aus dem bestimmte Eigenschaften des verwendeten Produkts hervorgegangen wären, nicht eingereicht hat (Zwischenentscheid B-3644/2017 E. 6.5 "Tunnelorientierungsbeleuchtung"). Auch in jenem Fall wäre das Datenblatt zwar mutmasslich mit wenig Aufwand vom Lieferanten erhältlich gewesen, doch war im Zeitpunkt der Offertöffnung für die Vergabestelle offen, welches der Inhalt des Datenblatts sein würde, so wie auch im vorliegenden Fall nicht klar war, wie die Beschwerdeführerin das Kalkulationsschema ausgefüllt hätte, wenn die Vergabestelle sie zur Nachreichung aufgefordert hätte.

3.8 Im Ergebnis ist es daher nicht als geradezu rechtsfehlerhaft einzustufen, wenn die Vergabestelle der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit gegeben hat, die ausgefüllten Kalkulationsschemas nach Ablauf der Eingabefrist nachzureichen, sondern ihr Angebot vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat.

4.

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr be-

stimmt 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 VGKE).

6.

Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts werden alle Vergabestellen, die Beschaffungen im Geltungsbereich des GPA und BöB tätigen, also auch solche, die in der Form einer privatrechtlichen Körperschaft organisiert sind, in Bezug auf die Frage einer allfälligen Parteientschädigung im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht als Bundesbehörde im Sinn von Art. 7 Abs. 3 VGKE betrachtet, mit der Folge, dass ihnen auch bei Obsiegen keine Parteientschädigung zugesprochen wird (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1443).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 3'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreterinnen; Gerichtsurkunde)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 195303; Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (auszugsweise; A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

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), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 9. Juni 2020