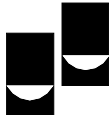


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-1774/2006
{T 0/4}

Zwischenentscheid vom 13. März 2007

Mitwirkung: Richter Marc Steiner; Richter Claude Morvant; Richterin
Maria Amgwerd; Gerichtsschreiberin Barbara Aebi

X._____ AG

vertreten durch Rechtsanwalt Peter Rechsteiner

Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizerische Bundesbahnen, Projekt Management Zürich, BT/FG

Vergabestelle,

betreffend

**Beschaffungswesen (Überwachungsmandat Durchmesserlinie Altstetten-
Zürich HB-Oerlikon)**

Sachverhalt:

- A. Im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 8 vom 12. Januar 2005 schrieb die SBB AG, Projekt Management Zürich, unter dem Projekttitel "Zürich HB, Durchmesserlinie Altstetten – Zürich HB – Oerlikon" fünf Vermessungsingenieurmandate im selektiven Verfahren öffentlich aus. Als fünftes Mandat wurden "Geodätische Überwachungsmessungen Abschnitte 2-4" ausgeschrieben. Der Schlusstermin für die Einreichung der Teilnahmeanträge wurde auf den 3. März 2005 festgesetzt.
- B. Nachdem vier Anbieter als geeignet qualifiziert worden waren, wurden diese eingeladen, ihre Angebote bis zum 8. Juni 2006 einzureichen. Der zuständige Bewertungsausschuss kam am 26. Juni 2006 zum Schluss, die Ingenieurgemeinschaft Z._____, bestehend aus der Beschwerdeführerin und der Y._____ AG, müsse aufgrund der Unvollständigkeit des Angebots und einer vorgeschlagenen Variante ohne ausschreibungskonformes Grundangebot vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden.
- C. Mit Schreiben der Vergabestelle vom 7. November 2006 wurde der Ingenieurgemeinschaft Z._____ der Ausschluss ihres Angebots aus formellen Gründen mitgeteilt unter dem Hinweis, dass mit der offiziellen Publikation im SHAB das Verfahren soweit abgeschlossen sei, dass mit den Anbietern persönliche Gespräche geführt werden dürften. Der Zuschlag an die W._____ AG wurde im SHAB Nr. 219 vom 10. November 2006 publiziert. Dabei wurde die Preisspanne der bewerteten Offerten – ohne Berücksichtigung derjenigen der Ingenieurgemeinschaft Z._____ – mit Fr. 9'145'491.00 bis 12'125'821.00 angegeben. Mit Schreiben vom 21. November 2006 erläuterte die Vergabestelle den Ausschlussentscheid und machte Ausführungen zur materiellen Bewertung unter der Annahme, das Angebot der Ingenieurgemeinschaft Z._____ wäre nicht ausgeschlossen worden.
- D. Am 30. November 2006 erhob die X._____ AG Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK). Sie beantragt die Aufhebung des Zuschlags sowie dessen Erteilung an die Beschwerdeführerin. Eventualiter schliesst sie auf Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vergabestelle, subeventuell auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung. Die verfahrensleitenden Anträge lauten auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und umfassende Akteneinsicht.

Zur Begründung des Antrags auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung

bringt die Beschwerdeführerin in Bezug auf die Dringlichkeit vor, da der vorliegend interessierende Auftrag bereits am 12. Januar 2005 im SHAB publiziert worden sei, habe das Verfahren bis zum im SHAB vom 10. November 2006 publizierten Zuschlag an die W._____ AG ausserordentlich lange gedauert. Angesichts dieser Ausgangslage – so die Beschwerdeführerin sinngemäss – könne sich die Vergabestelle schon deshalb nicht auf die Dringlichkeit der Vergabe berufen, weil diese selbstverschuldet sei. In Bezug auf die Erfolgsaussichten der Beschwerde wird ausgeführt, schon der erhebliche Preisunterschied falle zugunsten der Beschwerdeführerin ins Gewicht; das Angebot der Ingenieurgemeinschaft Z._____ liege mit Fr. 6'868'727.00 rund 2'275'000.00 tiefer als dasjenige der preislich günstigsten Konkurrentin. Der Ausschluss der Ingenieurgemeinschaft Z._____ vom Verfahren wegen Missachtung von Art. 22 Abs. 2 VoeB durch Unterbreiten einer Variante ohne Einreichung eines der Ausschreibung entsprechenden Angebots sei unberechtigt. Entgegen der Darstellung der Vergabestelle seien auch manuelle Messungen, wie sie die Ingenieurgemeinschaft Z._____ angeboten habe, ausschreibungskonform. In Bezug auf die der Ingenieurgemeinschaft Z._____ vorgeworfenen Positionen im Leistungsverzeichnis ohne Preisangaben führt die Beschwerdeführerin aus, dies lasse sich in Bezug auf sämtliche Positionen erklären, indem entweder keine Vergütung geltend gemacht werde, der Aufwand in andere Positionen eingerechnet worden sei oder kein entsprechender Aufwand erwartet werde. Ausserdem seien die in Frage stehenden Positionen nicht einfach leer geblieben, sondern mit einem waagrechten Strich versehen worden, womit sie zum Preise von Fr. 0.00 angeboten worden seien. Selbst wenn man all diese Positionen im Rahmen des Offertvergleichs quantifizieren würde, würden sich daraus maximale Mehrkosten von Fr. 143'677.00 ergeben. Angesichts des von der Zuschlagsempfängerin offerierten Preises sei ein Ausschluss aufgrund der fehlenden Preisangaben absolut unterverhältnismässig. Es wäre Sache der Vergabestelle gewesen, die offen gebliebenen Punkte durch Rückfragen zu klären. Auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin wird, soweit notwendig, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

- E. Am 1. Dezember 2006 erteilte der Präsident der BRK der Beschwerde (superprovisorisch) die aufschiebende Wirkung bzw. untersagte der Vergabestelle bis zum Entscheid über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen, namentlich den Abschluss des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin.
- F. Die SBB AG beantragt mit Vernehmlassung vom 5. Januar 2007 die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Abweisung der Beschwerde in Bestätigung des Zuschlagentscheids. Das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführerin sei insoweit zu beschränken, als ihr keine umfassende Einsicht in die Offertunterlagen und die

Bewertung der Angebote der weiteren beteiligten Anbieter zu gewähren sei. Die Vergabe sei Bestandteil des Grossprojekts Durchmesserlinie Altstetten – Zürich HB – Oerlikon, eines über 1.6 Mia. Franken teuren Bauvorhabens, mit welchem der öffentliche Verkehr im Grossraum Zürich zeitgerecht und zukunftsgerichtet ausgebaut werden müsse. Der Knoten Zürich sei als Drehscheibe des nationalen und internationalen Bahnverkehrs von grösster Bedeutung. Das Bauvorhaben solle in der Zeit von 2007 bis 2013 realisiert werden, wobei der Zeitplan ehrgeizig und die verschiedenen Ausschreibungen für dessen Realisierung aufs Engste aufeinander abgestimmt seien. Verzögerungen, unter anderem auch bei der Wahrnehmung des vorliegend ausgeschriebenen Überwachungsmandats bezüglich Vermessungen, führten automatisch zu Zeitverschiebungen in der Projektrealisierung und gefährdeten letztlich die auf den Fahrplanwechsel 2013 vorgesehene Inbetriebnahme der ganzen Durchmesserlinie. Der mit einer Verzögerung verbundene Schaden für die öffentliche Hand einerseits und die Volkswirtschaft andererseits sei enorm. Im Rahmen der Bewertung der Offerten habe sich herausgestellt, dass die Ingenieurgesellschaft Z._____ gegenüber den beiden qualitativ bestplatzierten Angeboten nur halb so viele Messsysteme habe zum Einsatz bringen wollen, ohne dass dafür eine plausible oder nachvollziehbare Begründung, namentlich in der Auftragsanalyse, geliefert worden sei. Somit sei die Auftragserfüllung nicht gewährleistet gewesen. Im Rahmen der formellen Prüfung der Honorarangebote sei aber schon die Unvollständigkeit des Angebots der Ingenieurgesellschaft Z._____ festgestellt worden, namentlich hinsichtlich der einzusetzenden Preise. Zudem seien die Submissionsunterlagen verändert worden (Hand- statt der zwingend vorgeschriebenen automatischen Messungen). Somit habe keine Vergleichbarkeit mit den Angeboten der Konkurrenten mehr bestanden, weshalb der Ausschluss der Ingenieurgesellschaft Z._____ aus formellen Gründen habe erfolgen müssen. Die Abweichungen seien auch nicht separat und zusätzlich zur Amtsvariante als Unternehmervariante bezeichnet worden. Es hätten bei 25 Positionen des Leistungsverzeichnisses (ca. 9 %) die erforderlichen Preisangaben gefehlt. Angesichts des Ausmasses der Unvollständigkeit bzw. der Abweichungen von der verlangten Angebotsstruktur sei eine Nachbesserung nicht in Frage gekommen, soweit der Grundsatz der Gleichbehandlung eine solche überhaupt zugelassen hätte. Den Ausschluss verlange vorliegend auch das Transparenzprinzip. Zulässig seien einzig Präzisierungen anlässlich der Offertbereinigung bzw. unter Wahrung des Verbots des überspitzten Formalismus die Gewährung einer kurzen Nachbesserungsfrist. Die Beschwerde sei vorliegend insbesondere deshalb offensichtlich unbegründet, weil die Beschwerdeführerin zu Unrecht davon ausgehe, dass das Angebot der Ingenieurgesellschaft Z._____ vollständig gewesen sei. Die zahlreichen von der Beschwerdeführerin offen gelassenen Leistungspositionen seien entgegen deren Angaben auch nicht mit einem Strich versehen, sondern die auszufüllenden Stellen leer gelassen worden.

Überdies seien – entgegen den klaren Vorgaben, wonach für die Positionen 300 und 400 automatische und für die Position 200 Handmessungen vorgesehen gewesen seien – bei den Positionen 326 und 331 Handmessungen statt automatischer Messungen angeboten worden. Auf die weiteren Ausführungen der Vergabestelle wird, soweit notwendig, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

- G. Mit Eingabe vom 31. Januar 2007 nahm die Beschwerdeführerin unaufgefordert zur Vernehmlassung der Vergabestelle vom 5. Januar 2007 Stellung.
- H. Am 6. März 2007 äusserte sich die Zuschlagsempfängerin zum Umfang der Akteneinsicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

1.1.1 Mit dem Inkrafttreten des bilateralen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen Schweiz-EG, SR 0.172.052.68) am 1. Juni 2002 wurden die Anbieter von Dienstleistungen des Schienenverkehrs den Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (Art. 3 Abs. 2 Bst. d und Abs. 3 Bilaterales Abkommen Schweiz-EG sowie Anhang II B). Im Sektorenbereich Eisenbahnen (Bau und Betrieb von Eisenbahnanlagen) sind die SBB AG, die Unternehmen, bei denen diese die Aktienmehrheit besitzen, und die anderen Betreiber von Eisenbahnanlagen, die unter dem beherrschenden Einfluss des Bundes stehen, dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) direkt unterstellt. Ausgenommen sind alle Tätigkeiten dieser Unternehmen, die nicht unmittelbar etwas mit dem Bereich Verkehr zu tun haben (Art. 2a Abs. 2 Bst. b der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB, SR 172.056.11]; Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, E. 1a mit Hinweisen).

1.1.2 Art. 2a Abs. 2 VoeB unterstellt die SBB AG – sofern gewisse Schwellenwerte überschritten sind – zwar dem BoeB, aber nicht weitergehend als die übrigen Auftraggeberinnen des Bundes. Dies bedeutet, dass der Anwendungsbereich auf Dienstleistungen im Sinne von Anhang 1 Annex 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) bzw. Anhang 1 zu Art. 3

Abs. 1 VoeB beschränkt ist (Entscheid der BRK vom 30. November 2004, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.32 E. 1c). Massgebend ist diesbezüglich die provisorische Produktklassifikation der Vereinten Nationen (VPB 69.32 E. 1c/bb mit Hinweisen).

- 1.2 Das vorliegend zu vergebende Vermessungsingenieurmandat ist Teil des Grossprojektes Durchmesserlinie (DML) mit verschiedenen Abschnittsbauaufträgen, welche die Eisenbahnanlagen betreffen und somit in direktem Zusammenhang mit dem Bahnbetrieb bzw. der für den Personen- und Güterverkehr genutzten Infrastruktur stehen. Der für eine Unterstellung von Dienstleistungsaufträgen unter das BoeB massgebende Schwellenwert (vgl. Art. 2a Abs. 3 Bst. b VoeB) ist im vorliegenden Fall offensichtlich überschritten. Schliesslich ist die nachgefragte Dienstleistung nach den Kategorien der provisorischen Produktklassifikation der Gruppe 867 ("Architectural, engineering and other technical services") zuzuordnen. Gemäss Anhang 1 Annex 4 zum ÜoeB fällt die Gruppe 867 in den Anwendungsbereich des ÜoeB und damit auch denjenigen des BoeB (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB). Damit sind die Regeln des BoeB auf den in Frage stehenden Auftrag anzuwenden.

1.3

- 1.3.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BoeB in der Fassung vom 17. Juni 2005). Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB in der Fassung vom 17. Juni 2005). Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR.173.32) übernimmt das Bundesverwaltungsgericht die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei Eidgenössischen Rekurskommissionen hängigen Verfahren. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das BoeB und das VGG nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BoeB und Art. 37 VGG).
- 1.3.2 Das Bundesverwaltungsgericht bzw. nach Art. 39 Abs. 1 VGG der zuständige Instruktionsrichter hat über das Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie über das Gesuch um Akteneinsicht zu befinden (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 21. Februar 2001, BBl 2001 4393). Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, dass Art. 39 Abs. 1 VGG als lex specialis zu Art. 55 Abs. 3 VwVG die dort vorgesehene Alternative des Entscheides durch den Spruchkörper ausschliessen will. Angesichts der herausragenden Bedeutung des Entscheides betreffend die aufschiebende Wirkung in Beschaffungssachen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BoeB) wird die Beurteilung durch den Spruchkörper in der Hauptsache dem Grundgedanken der hinreichenden Legitimationsbasis von Entscheiden oft besser gerecht. Dies trifft auch auf den vorlie-

genden Fall zu.

- 1.4 Die Beschwerdeführerin bildet zusammen mit der Y._____ AG die Ingenieurgemeinschaft Z._____. Ausgeschlossene Anbieter sind ohne weiteres im Sinne von Art. 48 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Nach der Rechtsprechung der BRK kann auch ein einzelner Gesellschafter einer Bietergemeinschaft Beschwerde erheben. An der Legitimation fehlt es indessen, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert sind (Entscheide der BRK vom 12. Dezember 2003 und vom 8. Januar 2004, veröffentlicht in VPB 68.65 E. 2a bzw. 68.66 E. 1e/bb; vgl. zum Ganzen BGE 131 I 153 E. 5.6; vgl. ROBERT WOLF, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 104/2003, S. 1 ff., insbes. S. 16). Im vorliegenden Fall hat die Y._____ AG eine Erklärung abgegeben, wonach sie für den Fall, dass die Beschwerde gutgeheissen würde, weiterhin bereit sei, in Arbeitsgemeinschaft mit der Beschwerdeführerin den Auftrag zu erfüllen. Damit ist die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben.
- 1.5 Da die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde bzw. die gestellten prozessleitenden Anträge einzutreten.

Gegenstand des vorliegenden Zwischenentscheids bilden allein die Fragen der aufschiebenden Wirkung und der Akteneinsicht.

2. Im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG sieht Art. 28 Abs. 1 BoeB vor, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung kann vom Bundesverwaltungsgericht auf Gesuch hin erteilt werden (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Im vorliegenden Fall enthält die Beschwerde ein solches Begehren.
- 2.1 Das BoeB selbst nennt keine Kriterien, die für die Frage der Gewährung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen sind. Es können indes jene Grundsätze übernommen werden, die Rechtsprechung und Lehre zu Art. 55 VwVG entwickelt haben. Danach ist anhand einer Interessenabwägung zu prüfen, ob die Gründe, die für eine sofortige Vollstreckbarkeit sprechen, gewichtiger sind als jene, die für die gegenteilige Lösung angeführt werden können (BGE 117 V 185 E. 2b, BGE 110 V 40 E. 5b, BGE 106 Ib 115 E. 2a, BGE 105 V 266 E. 2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Band II, 2. Auflage, Bern 2002, S. 680 f.). Dem öffentlichen Interesse ist dabei nicht von vornherein ein stärkeres Gewicht beizumessen. Dass der Gesetzgeber im BoeB den Suspensiveffekt in Abweichung zum VwVG nicht von Gesetzes wegen gewährte, zeigt nämlich bloss, dass er sich der

Bedeutung dieser Anordnung im Submissionsrecht bewusst war und eine individuelle Prüfung dieser Frage als notwendig erachtete, nicht aber, dass er diesen nur ausnahmsweise gewährt haben wollte (Entscheide der BRK vom 6. Februar 1998, veröffentlicht in VPB 62.79 E. 2a mit Hinweisen, und vom 16. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.37 E. 2c; EVELYNE CLERC, *L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Fribourg 1997, S. 545; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zürich 2003, Rz. 658; MARTIN BEYELER, *Die Rechtsprechung zum Vergaberecht, Vergaberecht, Baurecht Sonderheft* 2006, S. 68 ff., insbes. S. 90 mit Hinweisen).

- 2.2 Liegt ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung vor, so ist im Sinne einer prima facie-Würdigung der materiellen Rechtslage in einem ersten Schritt zu prüfen, ob aufgrund der vorliegenden Akten davon auszugehen ist, dass die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. In vergleichbarer Weise berücksichtigt die Verwaltungspraxis auch in anderem Zusammenhang die mangelnden Erfolgsaussichten der Beschwerde, wenn diese klar zu Tage treten (vgl. etwa die Zwischenverfügung der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 12. Februar 1997, auszugsweise veröffentlicht in VPB 62.8). Ist dies der Fall, so ist die angebehrte aufschiebende Wirkung von vornherein nicht zu gewähren. Werden der Beschwerde hingegen Erfolgschancen zuerkannt oder bestehen darüber Zweifel, so ist über das Begehren um aufschiebende Wirkung aufgrund der erwähnten Interessenabwägung zu befinden. Ob in Zukunft im Rahmen derselben auch die überwiegend negative (oder positive) Erfolgsprognose berücksichtigt werden soll, wie dies in der Lehre gefordert wird (XAVIER BAUMBERGER, *Aufschiebende Wirkung bundesrechtlicher Rechtsmittel im öffentlichen Recht*, Zürich 2006, S. 191; vgl. zum Ganzen auch Baurecht 2/2005, S. 78 f. mit Urteilsanmerkung Hubert Stöckli), kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Einzubeziehen sind nach der ständigen Praxis der BRK die Interessen der Beschwerdeführerin, die öffentlichen Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige private Interessen Dritter, insbesondere der übrigen an einem Beschaffungsgeschäft Beteiligten. Ausgangspunkt muss dabei – insbesondere auch in Anbetracht der Zielsetzung von Art. XX Ziff. 2 und 7 Bst. a ÜoeB – die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes und die Verhinderung von Zuständen sein, welche das Rechtsmittel illusorisch werden lassen (Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O., E. 2b; Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 2c; ANDRÉ MOSER, *Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen*, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 685 mit Hinweisen; ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.21).

3.

- 3.1 Nach Art. 19 Abs. 1 BoeB müssen die Anbieter ihre Anträge auf Teilnahme und ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002, E. 3.3). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der Unterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33 E. 2a/aa). Die Auftraggeberin schliesst Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom weiteren Verfahren aus (Art. 19 Abs. 3 BoeB). Von einem wesentlichen Formfehler wird – unter Vorbehalt der Grundsätze betreffend die Unternehmervariante – im Sinne einer negativen Umschreibung gesprochen, wenn das Angebot mehr als nur untergeordnete, unwesentliche Regeln der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen über den Beschaffungsgegenstand nicht oder nur ungenügend erfüllt (GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 221 f. mit Hinweisen). Der Ausschluss kann gemäss der Praxis der BRK durch gesonderte Verfügung, aber auch bloss implizit durch Zuschlagserteilung an einen anderen Submittenten erfolgen (vgl. den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 2a/aa mit Hinweisen).
- 3.2 Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) liegt ein verpönte 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 wird (BGE 128 II 139 E. 2a). 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 die er im Begriff ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch den Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 2b mit Hinweisen).
- 3.3 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. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999 S. 341 ff. E. 3c/cc). Auch hier gilt, dass der Offerent nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatell-

charakter auszuschliessen ist (GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 238 f. mit Hinweisen). Vielmehr kann das Verbot des überspitzten Formalismus nach der Rechtsprechung der BRK unter Umständen verlangen, dass dem Anbieter Gelegenheit gegeben wird, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (Entscheid der BRK vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 3b/cc). Der Ausschluss kann namentlich als unverhältnismässig erscheinen, wenn lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend die Zahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Offerte auswirkt (vgl. nur das Urteil U 01 109 des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 2. November 2001, auszugsweise veröffentlicht in Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [PVG] 2001 N. 41 E. 1; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/CORINNE MAILLARD/NICOLAS MICHEL, *Droit des marchés publics*, Fribourg 2002, S. 110). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss von Anbietern wegen nicht fristgerecht eingereicherter Eignungsnachweise im selektiven Verfahren von der BRK nicht beanstandet worden ist (Entscheid der BRK vom 8. Oktober 2002, veröffentlicht in VPB 67.5 insbes. E. 2b).

- 3.4 Die Offertbereinigung hat zum Ziel, die Vergleichbarkeit der Offerten insbesondere mit Blick auf diejenigen Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen, sicherzustellen (Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.78 E. 3a mit Hinweisen). Diese ist grundsätzlich auf die Korrektur von unbeabsichtigten Fehlern begrenzt (Art. XIII Ziff. 1 Bst. b ÜoeB; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 331 und Rz. 349 ff.). In diesem Sinne hat die Lehre seit jeher festgehalten, dass die Bereinigung der Angebote grundsätzlich nicht zur Änderung der Angebote führen darf. Der Vorgang der technischen und rechnerischen Bereinigung wecke einiges Unbehagen, umso mehr als diese Phase das Vergabeverfahrens nicht transparent sei (PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, *Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz*, Zürich 1996, Rz. 403 f.). Daraus ergibt sich, dass Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-Leistungs-Verhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen sind. Davon geht auch das Bundesgericht aus, wenn es sagt, dass im Rahmen der Offertbereinigung nur fehlerhafte arithmetische Operationen, nicht aber Fehler in der Preiserklärung eine Korrektur durch den Auftraggeber zu rechtfertigen vermögen (Urteil des Bundesgerichts 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000 "Chienbergtunnel", veröffentlicht in ZBI 102/2001, S. 215 ff., E. 3b). Andererseits hat das Bundesgericht festgehalten, trotz einer festgestellten an sich unzulässigen Korrektur habe das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft ohne Verletzung des Willkürverbots und des Gleichbehandlungsgebotes davon absehen dürfen, den Zuschlag aufzuheben (a.a.O., E. 3b S. 218; vgl. aber auch das Urteil des Bundesgerichts 2P.164/2002 vom 27. November 2002, insbes. E. 3.3.3).

Zur Frage, unter welchen Bedingungen der Ausschluss eines Angebots wegen Unvollständigkeit die richtige Rechtsfolge ist, äussert sich unter

anderem die von der BRK mit Entscheid vom 23. Dezember 2005, a.a.O., E. 2a/aa zitierte (neuere) Bündner Rechtsprechung. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hält mit Urteil U 01 109 vom 2. November 2001, auszugsweise veröffentlicht in PVG 2001 N. 41, zunächst fest, durch das Erfordernis der Übereinstimmung zwischen den Grundlagen in der Ausschreibung und den eingereichten Offerten solle sichergestellt werden, dass nur ein Angebot berücksichtigt werden könne, das vollständig und den Anforderungen genügend eingereicht worden sei. Es solle damit im Sinne der Anbieterinteressen gewährleistet werden, dass keiner der Wettbewerbsteilnehmer bevorteilt werde, während für die Vergabebehörde andererseits eine klare, übersichtliche und zu keinen Diskussionen Anlass gebende Ausgangslage geschaffen werde (a.a.O., E. 1). Anschliessend wird festgestellt, die Vorinstanz habe den Ausschluss der Beschwerdeführerin einzig damit begründet, die Position 321.201 sei nicht ausgefüllt worden. Das Nichtausfüllen einer betragsmässigen Position führe indessen nicht zwangsläufig zur Ungültigkeit eines Angebotes. Vielmehr könne diese dann als gültig erklärt werden, wenn die Position bezogen auf den Gesamtauftrag unbedeutend sei, sich nicht wesentlich auf die Differenz zum nächstgelegenen Angebot auswirke und es sich zudem nicht um eine Position handle, die trotz ihrer relativen betragsmässigen Geringfügigkeit für die Erfüllung des Auftrages bedeutsam sei. In concreto sei die Position in der Gesamtsumme enthalten, wie sich leicht hätte nachprüfen lassen, und belaufe sich auf Fr. 924.00 bei einem Angebot von Fr. 268'279.95. Es handle sich demnach um eine unbedeutende Position welche sich auch auf die Differenz zur berücksichtigten Offerte mit Fr. 298'710.85 nicht entscheidend auswirke (a.a.O., E. 2; vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 240 ff., insbes. Rz. 244).

4.

- 4.1 Im vorliegenden Fall wurde das Angebot der Ingenieurgemeinschaft Z._____ unter anderem mit der Begründung ausgeschlossen, ihr Angebot weise wesentliche Formfehler auf, namentlich durch das Fehlen von Preisangaben in verschiedenen Positionen des Leistungsverzeichnisses. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es sei zwar zuzugeben, dass einige Positionen anstelle des Preises "0" einen waagrechten Strich aufweisen. Die entsprechenden Leistungen seien jedoch – soweit sie überhaupt anfallen – angeboten worden, was sich bereits daraus ergebe, dass gemäss Teil C2, Kapitel 3, der Ausschreibungsunterlagen "sämtliche zur ordnungsgemässen Vertragserfüllung erforderlichen Aufwendungen des Anbieters inkl. sämtlicher Nebenkosten" im Honorarangebot als inbegriffen gelten. Es sei zwischen drei Kategorien von Positionen zu unterscheiden: Für die einen werde keine Vergütung geltend gemacht, weil diese gemäss dem offerierten Masskonzept gar nicht anfallen würden, für eine zweite sei der Aufwand für einen Teil der Leistungen in andere Positionen eingerechnet worden und für eine dritte

werde für die in Frage stehenden Leistungen kein entsprechender Aufwand erwartet. Der Gesamtwert der mit einem waagrechten Strich versehenen Positionen mache allerhöchstens einen Betrag von Fr. 143'677.00 aus, falls die Ingenieurgemeinschaft Z._____ gezwungen werde, für die zum Teil nicht einmal anfallenden Leistungen einen Preis anzugeben. Angesichts der Preisdifferenz von Fr. 2'276'764.00 zum nächsthöheren Angebot zeige sich, dass der Ausschluss der Offerte der Ingenieurgemeinschaft Z._____ absolut unverhältnismässig sei (Beschwerde, S. 10 f.). Die Vergabestelle führt dazu vorab aus, sie habe im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen klar festgehalten, Angebote mit wesentlichen Formfehlern würden von vornherein und ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. Die Ingenieurgemeinschaft Z._____ habe gleichwohl 9 % aller Leistungspositionen ohne weiteren Kommentar offen gelassen. Sie habe die fraglichen Positionen entgegen ihren Ausführungen auch nicht mit einem Strich versehen, sondern die auszufüllenden Stellen leer gelassen. Die Felder für die Angabe in der Spalte "EHP" (Einheitspreise) seien leer geblieben (Kapitel 8). Bei der Spalte "Kosten" seien die Striche bereits im von der SBB unausgefüllt abgegebenen Formular eingetragen. Der Auszug aus der Honorarzusammenstellung Überwachungsmandat zeige, dass die drei Mitkonkurrenten bei diesen 25 Leistungspositionen zwischen Fr. 95'940.00 bis Fr. 471'526.00 eingesetzt hätten. Zudem habe die Beschwerdeführerin in ihrem Honorarangebot bei einzelnen Positionen (Positionen 321 und 331) als Einheitspreise durchaus auch jeweils "0 Fr." eingetragen. Damit habe die Beschwerdeführerin selber aufgezeigt, dass leer gelassene Positionen nicht einfach als 0-Preise offeriert worden seien und deshalb für spätere Nachforderungen keine verbindlichen Preisangaben vorhanden seien (Vernehmlassung, S. 20).

- 4.2 In den Ausschreibungsunterlagen, 2. Stufe (Offertphase), Teil A (Allgemeiner Beschrieb; Stand 4. April 2006; Ordner A, Kapitel 2) wird im Abschnitt 4 "Anforderungen an die Anbieter" unter dem Titel "Honorar" (Punkt 4.4.) festgehalten, dass die beiliegenden Honorartabellen (Teil C2) vollständig auszufüllen und keine Teilangebote zugelassen seien. Im Abschnitt 6 "Auswertung der Offerten" werden die Anbieter unter dem Punkt 6.3 "Formelle Prüfung" darauf hingewiesen, dass die Angebote in einem ersten Schritt auf wesentliche Formfehler geprüft würden. Angebote mit wesentlichen Formfehlern würden von vornherein und ohne weitere Prüfung ausgeschlossen. Unter Punkt 6.7 wird schliesslich festgehalten, es gelte der Grundsatz "Qualität vor Preis". In den Ausschreibungsunterlagen, 2. Stufe, Teil C2 (Honorar; Stand 4. April 2006; Ordner A, Kapitel 5) werden unter dem Abschnitt 3 "Honorarangebot" im Sinne einer Vorbemerkung die Anforderungen an die Angebote dahingehend definiert, dass darin sämtliche zur ordnungsgemässen Vertragserfüllung erforderlichen Aufwendungen des Anbieters inkl. sämtlicher Nebenkosten enthalten sein müssen. Die Beschwerdeführerin will aus dieser letzten Vorgabe ableiten,

dass die strittigen Positionen trotz der fehlenden Preisangaben als klar zum Preis von Fr. 0.00 mitofferiert zu gelten haben, soweit sie anfallen (Beschwerde, S. 10). Mit diesem Argument, mit welchem sie im Ergebnis eine fehlende eigene Erklärung durch eine solche der Vergabestelle ersetzen will, ist sie indessen nicht zu hören. Dies umso weniger, als sich aus dem Vergleich der Ausschreibungsunterlagen, 2. Stufe, Teil C2 (Ordner A, Kapitel 5) und der Offerte der Ingenieurgemeinschaft Z. _____ vom 8. Juni 2006 (Ordner B, Kapitel 8) ergibt, dass die Spalte "EHP" (Einheitspreise) nicht ausgefüllt ist und die in der Spalte "Kosten" gesetzten Striche bereits im von der Vergabestelle gelieferten unausgefüllten Dokument enthalten waren. Damit ist also im Unterschied von einer Preisangabe von Fr. 0.00, welche begrifflich und tatsächlich eine Aussage zum Angebotspreis darstellt, vorliegend von einer unvollständigen Offerte auszugehen, wobei sich die fehlenden Angaben direkt auf das Preis-Leistungs-Verhältnis beziehen. Damit hätte die Vergabestelle, sollte der Argumentation der Beschwerdeführerin zu folgen sein, die Offerte der Ingenieurgemeinschaft Z. _____ durch Rückfragen weit über blossen Rechenfehler hinaus mit denjenigen der anderen Anbieter vergleichbar machen müssen. Die Bündner Praxis erklärt dieses Vorgehen jedenfalls in Bezug auf im Rahmen einer Gesamtwürdigung unbedeutender Positionen für zulässig. Vorliegend ist indessen erstellt, dass die anderen drei beurteilten Anbieter für die von der Ingenieurgemeinschaft Z. _____ leer gelassenen Positionen zwischen Fr. 95'940.00 und Fr. 471'526.00 offeriert haben, wobei das Angebot der Zuschlagsempfängerin diesbezüglich auf Fr. 224'900.00 gelautet hat (Zusammenstellung der durch die IG Z. _____ nicht ausgefüllten Positionen, Ordner B, Kapitel 15). Damit kann die Unvollständigkeit prima facie weder in quantitativer noch qualitativer Hinsicht als unbedeutend eingestuft werden. Zwar ist der Vergleich zu den Honorarofferten, welche zwischen Fr. 6'513'852.00 und Fr. 12'125'821.00 (exkl. MWSt) liegen, zu berücksichtigen. Demgegenüber ist der Umstand, dass das Angebot der Ingenieurgemeinschaft Z. _____ um Fr. 2'659'689.00 günstiger ist als dasjenige der nächstgünstigeren Anbieterin, mit einer gewissen Vorsicht zu würdigen, worauf im Folgenden unter dem Gesichtspunkt möglicher Abweichungen von den Vorgaben gemäss Ausschreibung zurückzukommen sein wird. Jedenfalls werden die Prozessaussichten der Beschwerdeführerin bereits dadurch deutlich geschmälert, dass sie – im Unterschied zur Ausgangslage im durch das Bundesgericht mit Urteil 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000 zu beurteilenden Fall – nicht eine tatsächlich erfolgte "Offertbereinigung" der Vergabestelle als mit den Geboten der Transparenz und der Gleichbehandlung vereinbar verteidigen, sondern vielmehr die Vergabestelle zu einem derartigen Vorgehen zwingen will. Ob die Beschwerde bereits aufgrund der fehlenden Preisangaben als offensichtlich unbegründet zu bezeichnen ist, kann indessen angesichts der folgenden Erwägungen offen bleiben.

5.

- 5.1 Gemäss Art. 22 Abs. 2 VoeB steht es den Anbietern frei, zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen. Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit jedoch beschränken oder ausschliessen. Als Unternehmervariante wird üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Bauleistung (Amtslösung) abweicht (Entscheid der BRK vom 13. Februar 2006, veröffentlicht in VPB 70.51 E. 4b/cc mit Hinweis). Die sich aus dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 VoeB ergebende Pflicht zur Einreichung einer dem Amtsvorschlag entsprechenden Grundofferte wird neben der Aufgabe der Vergabestelle, alle Offerten vergleichbar zu machen, auch damit begründet, diese Pflicht der Anbieter solle sicherstellen, dass sich der Anbieter mit der Gesamtheit der Probleme des konkreten Beschaffungsgeschäfts auseinandersetzt. Eine ohne der Amtslösung entsprechendes Grundangebot eingereichte Variante führt zur Unvollständigkeit der Offerte und damit grundsätzlich zu deren Ausschluss (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in VPB 65.78 E. 3a; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 362).
- 5.2 Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, es stehe dem Anbieter frei, Unternehmervarianten gesondert einzureichen. Diese werden – so die SBB AG – nur berücksichtigt, wenn gleichzeitig ein gültiges Angebot für die ausgeschriebene Leistung eingereicht wird. Unternehmervarianten seien in einem separaten Couvert einzureichen (Ausschreibungsunterlagen, 2. Stufe, Teil C2 [Honorar; Stand 4. April 2006]; Ordner A, Kapitel 5, Punkt 4.2). Die Vergabestelle wirft nun der Ingenieurgemeinschaft Z._____ vor, durch Abänderung des Leistungsverzeichnisses im Ergebnis nur eine Variante ohne ein der Amtslösung entsprechendes Angebot eingereicht zu haben. Sie habe trotz dem klar strukturierten Leistungsverzeichnis, welches in Hauptpositionen mit automatischen Messungen (Positionen 300 und 400) und solche mit manuellen Messungen (Positionen 200) deutlich unterteilt gewesen sei, bei den Positionen 326 und 331 entgegen den explizit verlangten automatischen Messungen solche von Hand angeboten (Vernehmlassung, S. 10 f.). Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, es seien nicht durchwegs Handmessungen anstelle von automatischen Messungen angeboten worden. Damit liege auch keine Variante vor.
- 5.3 Aus der Offerte der Ingenieurgemeinschaft Z._____ ergibt sich, dass diese unter der Position 326 "Polybahn bis Leonardstrasse; Automatische Setzungsmessungen an Gebäuden, Mauern, Strassen und Polybahn", genauer unter der Position 326.211 "Messstationen für die automatische Erfassung der Messpunkte" manuelle Messungen angeboten hat. Die Position 300 hat den Titel "Automatische und geodätische Überwachungsmessungen an der Oberfläche und Rohbauten", woraus die Vergabestelle ableitet, dass manuelle Messungen nicht der Amtslösung entsprechen. Die

Beschwerdeführerin führt demgegenüber aus, aus dem von den Projekt-ingenieuren erstellten Überwachungskonzept Abschnitt 3 vom 27. März 2006 (Beschwerdebeilage 5) und dem Anhang 1 dazu sei keine entsprechende Vorgabe ersichtlich. Vielmehr werde im Überwachungskonzept zwischen "on time"-Messungen (automatische Messungen, die sofort auf dem Internet abgerufen werden können) und Messungen ohne spezielle Angaben (automatische oder manuelle Messungen nach Vorschlag Unternehmer, die über Internet noch am Messtag abgerufen werden können) unterschieden. Damit liegt nach Auffassung der Beschwerdeführerin bei jenen Objekten, für welche das Überwachungskonzept keine "on time"-Messungen vorsieht, keine Unternehmervariante vor, sondern vielmehr eine Offerte im Sinne einer der möglichen Lösungen. Gemäss dem Anhang zum Überwachungskonzept sei für die von der Position 326 erfassten Objekte nirgends die Anforderung "on time" gestellt (Beschwerde, S. 8).

- 5.4 Zunächst ist festzuhalten, dass die klaren Ausschreibungsunterlagen, welche im Leistungsverzeichnis für die Position 326 automatische Messungen vorsehen, verbindlich sind. Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss vorbringt, durch die Tatsache, dass das von den Projekt-ingenieuren zuhanden der Vergabestelle verfasste Überwachungskonzept keine entsprechenden Anforderungen enthalte, sei nicht von einer Vorgabe im Sinne automatischer Messungen auszugehen, kann ihr nicht gefolgt werden. Entsprechend hat sich die Ingenieurgesellschaft Z._____ veranlasst gesehen, in der "Liste der Vorbehalte, Änderungsvorschläge und Anregungen" zur Position 326 die Bemerkung zu machen, für die Messpunkte an den Häusern, die nur mit viel Aufwand automatisch gemessen werden können, sehe sie manuelle Nivellement[s] und manuelle Tachymetermessungen der Schienen von einem Standpunkt aus vor. Bei grösseren Setzungen könne eine automatische Messanlage nachträglich installiert und betrieben werden (Ordner B, Kapitel 8, S. 69, Vorbehalt Nr. 6). Damit liegt eine Abänderung der Ausschreibungsunterlagen bzw. eine Unternehmervariante ohne der Amtslösung entsprechendes Grundangebot vor.
- 5.5 Unter der Position 331.000 "Gebäudeüberwachung: Automatische Lage- und Setzungsmessungen an Gebäuden" bzw. der Position 331.211 "Messstationen für die automatische Erfassung der Messpunkte" verweist die Ingenieurgesellschaft Z._____ einerseits auf die unter der Position "Stützmauer Ost (Oerlikon)" bzw. 332.211 "Messtationen für die automatische Erfassung der Messpunkte", wo sie 4 Messtationen anbietet. Dies entspricht der Sache nach dem Vorgehen anderer Anbieter; darin allein kann jedenfalls keine dem Grundangebot nicht entsprechende Unternehmervariante gesehen werden. Die Vergabestelle hat die Anzahl der Messtationen denn auch nicht vorgegeben. Hingegen bietet die Ingenieurgesellschaft Z._____ im Unterschied zu den anderen Konkurrenten, die unter der Position 331.211 zwischen einer und drei Mess-

stationen offerieren, nebst dem Verweis auf die Position 332 nur Neigungssensoren an. Dazu wird in der "Liste der Vorbehalte, Änderungsvorschläge und Anregungen" zur Position 331 ausgeführt, es seien für nicht sichtbare Punkte fünf Neigungssensoren und eine SoloGeoMonitor Messanlage eingerechnet, die eingesetzt werden, wenn Setzungen an der Baugrubenseite auftreten. Die Punkte sollen mit Nivellementbolzen ausgestattet werden, um zusätzliche Nivellements durchführen zu können (Ordner B, Kapitel 8, S. 69, Vorbehalt Nr. 7). Die Vergabestelle führt dazu aus, mit den seitens der Beschwerdeführerin vorgesehenen Neigungssensoren lassen sich wohl Setzungen, aber keine Lageverschiebungen feststellen. Ausserdem würden automatisch zu messende Punkte mit manuellen Nivellements ergänzt. Damit seien die Anforderung der Ausschreibung klarerweise nicht erfüllt. In diesem Sinne sei auch die grosse Preisdifferenz bei der Position 331 "Gebäudeüberwachung" mit Fr. 13'780.00 gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin und Fr. 185'450.00 gemäss demjenigen der Zuschlagsempfängerin auffallend (Vernehmlassung, S. 19 f.).

- 5.6 Zunächst ist festzuhalten, dass die zwei weiteren Anbieter die Position 331 zu Fr. 120'674.00 bzw. Fr. 53'150.00 angeboten haben. Des Weiteren sind die Angebote in Zusammenschau mit der Position 332 "Stützmauer Ost: Automatische Lage- und Setzmessungen an neu erstellter Stützmauer" zu sehen. Damit lässt sich der von der Vergabestelle hervorgehobene Preisunterschied zwischen der Ingenieurgemeinschaft Z._____ und der Zuschlagsempfängerin jedenfalls nicht in voller Höhe als Indiz für eine von den Ausschreibungsunterlagen abweichende Ausführungsart heranziehen. Demgegenüber ist im Verzicht auf jede Messstation unter der Position 331 und dem Anbieten von Neigungssensoren eine Variante im Sinne einer Einschränkung des Leistungsumfanges zu sehen. Die Neigungssensoren dienen der Feststellung von Höhendifferenzen, hingegen lassen sich mittels derselben grundsätzlich keine Lageverschiebungen feststellen. Die geforderten Lagemessungen verlangen Erhebungen in Bezug auf die x-Achse und die y-Achse. Damit ist auch in diesem Punkt von einer Variante ohne der Amtslösung entsprechendem Grundangebot auszugehen. Angesichts dieser Feststellung kann offen bleiben, ob die Erklärung der Ingenieurgemeinschaft Z._____ so zu verstehen ist, dass lediglich Handmessungen angeboten werden.

6.

- 6.1 Nach dem Gesagten steht fest, dass die Beschwerdeführerin einerseits geforderte Preisangaben nicht gemacht hat, wobei die sich daraus ergebende Unvollständigkeit der Offerte prima facie weder in quantitativer noch qualitativer Hinsicht als unbedeutend eingestuft werden kann (E. 4 hier-
vor). Des Weiteren hat sie ein Angebot eingereicht, welches in zwei ebenfalls nicht unbedeutenden Positionen eine Unternehmervariante ohne

entsprechendes Grundangebot enthält und damit von den Ausschreibungsunterlagen abweicht (E. 5. hiervor). Die Vergabestelle hat in den Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich dargelegt, welche Anforderungen sie an die Offerten stellt. Sie begründet den Ausschluss damit, dass die Unvollständigkeit des Angebots und die Abweichungen von der verlangten Angebotsstruktur (insgesamt) ein Ausmass erreicht hätten, welches Nachbesserungen nicht mehr zugänglich gewesen sei (Vernehmlassung, S. 6).

- 6.2 Beim Entscheid darüber, ob ein Angebot von vornherein auszuschneiden oder aber – allenfalls mittels Rückfragen – zu bereinigen ist, kommt der Vergabestelle nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau ein erhebliches Ermessen zu. Sie muss aber in jedem Fall alle Anbietenden gleich behandeln (vgl. nur AGVE 1998 S. 397 ff. E. d/cc/aaa). 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 (AGVE 2005 S. 252 ff. E. 2.1.2. mit Hinweisen). Das Verwaltungsgericht berücksichtigt dabei nicht nur die Vorgaben der Vergabestelle bezüglich der Vollständigkeit der Offerten, sondern auch den Umstand, dass es der Anbieterin, die Zweifel an der Zweckmässigkeit der in der Ausschreibung vorgesehenen Lösung hat, unbenommen ist, der Vergabestelle ihre Bedenken und Änderungsvorschläge separat zu unterbreiten (AGVE 2005 S. 234 ff. E. 1c). Die Vergabestelle führt im vorliegenden Fall zudem aus, die Ingenieurgemeinschaft Z. _____ habe die vorgegebene Struktur des Leistungsverzeichnisses trotz entsprechender Gelegenheit nicht in Frage gestellt. Dies bestätigen die "Fragen [der IG Z. _____] zur Ausschreibung VI, Überwachungsmandat" vom 24. April 2006 und die "Fragenbeantwortung" der Vergabestelle vom 28. April 2006 (Ordner A, Kapitel 6).
- 6.3 Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet erweist. Wie bereits in Erwägung 4.2. hiervor ausgeführt, unterscheidet sich die vorliegende Konstellation deutlich von der Ausgangslage im durch das Bundesgericht mit Urteil 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000 ("Chienbergtunnel") beurteilten Fall. Es soll nicht eine tatsächlich erfolgte "Offertbereinigung" der Vergabestelle als mit den Geboten der Transparenz und der Gleichbehandlung vereinbar verteidigt, sondern vielmehr die Vergabestelle zu einem derartigen Vorgehen gezwungen werden. Selbst wenn vorliegend, was offen bleiben kann, nicht davon auszugehen sein sollte, dass die Offerte der IG Z. _____ zwingend auszuschliessen ist, sind die aufgezeigten Mängel jedenfalls von einer Schwere, die es der Vergabestelle offensichtlich ohne Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und des Verbots des überspitzten Formalismus erlauben, das Angebot der

IG Z. _____ nicht in die mit drei Anbietern geführten Verhandlungen und die Offertbewertung miteinzubeziehen. Die Begehren der Beschwerdeführerin, welche im Ergebnis am ehesten zu einer Rückweisung des Verfahrens an die Vergabestelle zur Offertbereinigung führen würden, erweisen sich damit als offensichtlich unbegründet. Damit braucht auf die Ausführungen der Parteien in Bezug auf die materielle Bewertung der Offerte der IG Z. _____ nicht eingegangen zu werden. Im Verzicht der Vergabestelle auf eine Rückfrage vor dem Ausschluss ist auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu sehen. Angesichts dieses Ergebnisses erübrigt sich schliesslich die bei Zweifeln an den Erfolgsaussichten vorzunehmende Interessenabwägung (vgl. E. 2.2 hiervor). Damit muss nicht geprüft werden, ob sich die Vergabestelle, welche seit dem Sommer 2006 wusste, dass sie die Offerte der IG Z. _____ ausschliessen würde, aber gleichwohl den Ausschluss erst mit dem Zuschlag verfügt hat, in diesem Zusammenhang nicht vorhalten lassen müsste, die geltend gemachte Dringlichkeit selbst verschuldet zu haben.

- 6.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass dem Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht entsprochen werden kann. Damit fällt die Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission vom 1. Dezember 2006, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.

7. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bis heute keine detaillierten Auskünfte über den Hintergrund des Ausschlusses und hinsichtlich der Bewertung ihrer Offerte erhalten zu haben. Ihr sei deshalb umfassende Akteneinsicht zu gewähren und Gelegenheit zu geben, gestützt auf die Aktenkenntnisse zu den gegen sie erhobenen Vorwürfen fundiert Stellung zu nehmen. Die Vergabestelle beantragt zu diesem Punkt, die Offerten der anderen Anbieter sowie deren Bewertung durch die Vergabestelle von der Akteneinsicht auszunehmen.

- 7.1 In den Art. 26 ff. VwVG haben die allgemeinen, aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleiteten Grundsätze zum Akteneinsichtsrecht Ausdruck gefunden (BGE 115 V 297 E. 2d). Die Gewährung der Akteneinsicht ist der Grundsatz, deren Verweigerung die Ausnahme. Diese Prinzipien gelten auch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 37 VGG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG hat die Beschwerdeführerin Anspruch darauf, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen. Vom allgemeinen Einsichtsrecht ausgenommen bleiben freilich jene Akten, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegt (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG; vgl. zum Ganzen den Zwischenentscheid der BRK vom 17. Februar 1997, veröffentlicht in VPB 61.24 E. 3a). So besteht für das Verfahren vor der BRK ohne Zustimmung der Betroffenen insbesondere kein allgemeiner Anspruch auf Einsichtnahme in Konkurrenzofferten (Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in VPB

68.120 E. 1 f.; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., Rz. 671). In diesem Sinne hat auch das Bundesgericht mit Urteil 2P.274/1999 vom 2. März 2000, E. 2c, festgehalten, dass das in anderen Bereichen übliche allgemeine Akteneinsichtsrecht 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 habe (vgl. zum Ganzen die Zwischenverfügung im Verfahren BRK 2006-011 vom 22. August 2006, a.a.O., E. 5a mit Hinweisen).

- 7.2 Vom Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen sind vorliegend alle Akten und Unterlagen, welche für den Entscheid betreffend den Ausschluss der Offerte der IG Z._____ nicht wesentlich sind. Damit kommt insbesondere in Bezug auf die Offerten der Mitkonkurrenten überhaupt nur insoweit ein Recht auf Akteneinsicht in Betracht, als die dort enthaltenen Angaben zur Begründung des Ausschlusses dienen. Demgegenüber sind insbesondere die Gründe für die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren nicht relevant.
- 7.3 Nach dem Gesagten steht der Einsicht in diejenigen Dokumente, welche im Wesentlichen das Vorgehen der Vergabestelle belegen, grundsätzlich nichts entgegen. Dies trifft insbesondere zu auf die Ausschreibungsunterlagen (Kapitel 2-5 des Ordners A) wie auch auf das Kapitel 6 des Ordners A (Fragerunde mit Beantwortung an alle Anbieter vom 24. April 2006). Dasselbe gilt für den Situationsplan Überwachungskonzept Abschnitt 4 (Ordner B, Kapitel 16). Einsicht gewährt werden kann auch in die Aktennotiz betreffend die Sitzung des Bewertungsausschusses vom 26. Juni 2006 (Ordner B, Kapitel 10), wobei unter dem Punkt 4.1 "Beurteilung aller Resultate" die Ergebnisse in Bezug auf die Abschnitte 1-4 (im Gegensatz zum Auswertungsergebnis betreffend das Mandat Überwachungsmessungen) und die diesbezüglichen Vorschläge zum weiteren Vorgehen unter Punkt 4.2.1 als nicht relevant auszunehmen sind. In Bezug auf das Protokoll der 4. Sitzung des Begleitausschusses VI Realisierung vom 28. August 2006 (Ordner B, Kapitel 11) kann die Akteneinsicht grundsätzlich gewährt werden, wobei die unter Punkt 3 ("Anträge") gemachten Aussagen zu den Mandaten Abschnitt 1, 2 und 4 auszunehmen sind. Da gemäss diesem Protokoll indessen der Zuschlag für den Abschnitt 3 ebenfalls an die W_____ AG gehen soll, ist der diesbezügliche Antrag offen zu legen. Der am 24. August 2006 genehmigte Bericht des Begleitausschusses, Auswertung 2. Stufe (Ordner B, Kapitel 12), kann der Beschwerdeführerin vollständig zugestellt werden, da hier unter den Punkten 6 und 7 die Angaben bezüglich der Abschnitte 1-4 bereits durch die Vergabestelle gelöscht sind. In Bezug auf den Anhang 1 zu Kapitel 12 betreffend die Detailbewertung zum Nutzwert sind die Bewertungen der Offerten der Anbieter 2 und 4 angesichts der zu behandelnden Rügen von der Akteneinsicht auszunehmen; offen zu legen sind die Gesamtnoten. Der Anhang 2 betreffend die detaillierten

Preisauflistungen ist demgegenüber von der Akteneinsicht auszunehmen; der Beschwerdeführerin sind alle Gesamtbeträge bereits bekannt. Der Antrag des Bewertungsausschusses an den Begleitausschuss vom 11. Juli 2006 (Ordner B, Kapitel 13) sowie die Korrespondenz der Vergabestelle mit der IG Z._____ betreffend den Ausschluss (Ordner B, Kapitel 14) kann der Beschwerdeführerin ohne weiteres zugestellt werden, da diese Dokumente nur das Überwachungsmandat zum Gegenstand haben. Die Namen der weiteren Anbieter sind indessen in den Kapiteln 10-14 zu anonymisieren. Schliesslich sind die in den Kapiteln 18 bis 20 des Ordners B enthaltenen Dokumente offen zu legen, wobei die Angaben zu einem anderen Anbieter im Schreiben der SBB, Infrastruktur Recht, vom 30. August 2006 (Ordner B, Kapitel 18), von der Einsicht auszunehmen sind. Auf der Tabelle "Vergabeantrag AU, DML, Vermessungsingenieure, Überwachungsmandat" und den dieser beigefügten Dokumenten (Ordner B, Kapitel 18) sind die Namen der anderen Anbieter zu anonymisieren. Aufgrund der zu behandelnden Rügen ist in die Detailbewertung der nicht verfahrensbeteiligten Anbieter bzw. der nicht berücksichtigten Varianten der Zuschlagsempfängerin keine Einsicht zu gewähren.

- 7.4 In Bezug auf die Offerte der IG Z._____ (Nutzwert; Kapitel 7 des Ordners A) wird davon ausgegangen, dass diese der Beschwerdeführerin bereits vorliegt; sie wird indessen – wie auch die Preisofferte der IG Z._____ inkl. Liste der Vorbehalte (Ordner B, Kapitel 8) – auf erstes Verlangen zugestellt.
- 7.5 Aufgrund der zu behandelnden Rügen sind die Verhandlungsprotokolle mit Liste Fragenbeantwortung der Anbieter vom 19. Juli 2006 (Ordner B, Kapitel 9) von der Akteneinsicht auszunehmen. Die in Frage stehende Liste bezieht sich auf ein Verfahrensstadium nach bereits getroffener Entscheidung, die Offerte der IG Z._____ auszuschliessen. Gemäss Absprache mit der Zuschlagsempfängerin (vgl. Aktennotiz vom 6. März 2007) wird die erste Zusammenstellung gemäss Ordner B, Kapitel 15, mit dem Titel "Nicht ausgefüllte Positionen im Angebot der Beschwerdeführerin" in der Form zugestellt, dass die durch die IG Z._____ nicht ausgefüllten Positionen im Vergleich zu den offerierten Summen der Zuschlagsempfängerin sichtbar sind, wogegen in Bezug auf die anderen Anbieter nur deren insgesamt für die in Frage stehenden Positionen offerierten Beträge mitgeteilt werden. Dasselbe gilt für die zweite Zusammenstellung beinhaltend die durch die IG Z._____ abgeänderten Positionen im Vergleich zu den anderen Anbietern (Ordner B, Kapitel 15), wobei hier für die Positionen 326.211 und 331.211 die Angaben zur eingesetzten Anzahl Messstationen offen zu legen sind. Demgegenüber ist der ebenfalls Teil des Kapitels 15 bildende "Auszug aus der Honorarzusammenstellung Überwachungsmandat" in Bezug auf die Offerte der Zuschlagsempfängerin so detailliert, dass nur Einsicht in die Angaben betreffend die IG Z._____ zu gewähren ist. Diejenigen Positionen, welche die Zuschlagsempfängerin im Gegensatz zur IG Z._____ nicht leer

gelassen, sondern mit Fr. 0.00 offeriert hat, sowie die Anzahl der unter den Positionen 326.211 und 331.211 offerierten Messstationen, ergeben sich bereits aus der ersten Zusammenstellung betreffend die nicht ausgefüllten Positionen. Die Anzahl der insgesamt eingesetzten Messsysteme (Zuschlagsempfängerin: 109; IG Z._____: 52) ist der Beschwerdeführerin ebenfalls aus anderen Dokumenten bekannt. In die Listen der Vorbehalte aller Anbieter (Ordner B, Kapitel 17) erhält die Beschwerdeführerin nur insoweit Einsicht, als ihre eigenen Erklärungen in Frage stehen, da die Angaben aller Anbieter zahlreiche technische Ausführungshinweise enthalten, die als geschützter Bestandteil der Offerte zu betrachten sind. Ausgenommen sind nach Absprache mit der Zuschlagsempfängerin die Erklärungen zu den Positionen 326.211 und 331.211. In diesem Sinne ist dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin teilweise zu entsprechen.

8. Über die Kostenfolgen des vorliegenden Zwischenentscheides ist mit dem Endentscheid zu befinden.

Das Bundesverwaltungsgericht beschliesst:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin wird im Sinne der Erwägungen teilweise entsprochen.
3. Über die Kosten dieses Zwischenentscheids wird mit dem Endentscheid befunden.
4. Dieser Zwischenentscheid wird eröffnet:
 - der Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; mit Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
 - der Vergabestelle (mit Gerichtsurkunde, vorab per Fax)
5. Dieser Zwischenentscheid wird mitgeteilt:
 - der W._____ AG, Zürich (vorab per Fax; mit der Aktennotiz vom 6. März 2007)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Marc Steiner

Barbara Aebi

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Zwischenentscheid kann, soweit davon auszugehen ist, dass er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) und dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 2 BGG), gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG innert dreissig Tagen seit Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne angefochten werden.

Versand am: 22. März 2007