

13

Auszug aus der Zwischenentscheid der Abteilung II
i.S. X. AG gegen Schweizerische Bundesbahnen (SBB),
B-1774/2006 vom 13. März 2007

Öffentliches Beschaffungswesen. Instruktionsverfahren. Zwischenentscheid über die aufschiebende Wirkung. Materielle Grundsätze. Offensichtliche Unbegründetheit.

Art. 28 Abs. 1 und 2 BoeB.

1. **Bestätigung der Rechtsprechung, wonach einzelne Mitglieder eines Konsortiums in Vergabesachen unter gewissen Voraussetzungen zur Beschwerde legitimiert sind (E. 1.4).**
2. **Art. 28 Abs. 1 BoeB sieht im Unterschied zu Art. 55 Abs. 1 VwVG vor, dass der Beschwerde in Beschaffungssachen von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt (E. 2).**
3. **Im Rahmen der Beurteilung eines Gesuchs um aufschiebende Wirkung ist vorab zu prüfen, ob die Beschwerde offensichtlich unbegründet ist. Muss die Frage bejaht werden, erübrigt sich eine Interessenabwägung (E. 2.2).**
4. **Unvollständige Angebote werden vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Relativierung dieser Regel durch verfassungsrechtliche Argumente, namentlich das Verbot des überspitzten Formalismus (E. 3).**
5. **Unvollständigkeit des Angebots wegen fehlender Preisangaben und wegen einer Abänderung des Leistungsverzeichnisses bejaht. Erheblichkeit der Mängel. Die Vergabestelle durfte auf eine Bereinigung der Offerte mittels Rückfrage verzichten. Aufgrund der vorgenannten Umstände erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet und es ist ihr die aufschiebende Wirkung zu verweigern (E. 4–6).**

Marchés publics. Procédure d'instruction. Décision incidente en matière d'effet suspensif. Principes matériels. Absence manifeste de fondement.

Art. 28 al. 1 et 2 LMP.

1. **Confirmation de la jurisprudence selon laquelle, à certaines conditions, les membres d'un consortium ont chacun qualité pour recourir en matière d'adjudication (consid. 1.4).**

2. L'art. 28 al. 1 LMP, contrairement à l'art. 55 al. 1 PA, prévoit que le recours en matière de marchés publics n'a, en vertu de la loi, pas d'effet suspensif (consid. 2).
3. Lors de l'appréciation d'une demande tendant à l'octroi de l'effet suspensif, il faut tout d'abord examiner si le recours est manifestement infondé. Lorsqu'il doit être répondu par l'affirmative à cette question, une pesée des intérêts est superflue (consid. 2.2).
4. Des offres incomplètes sont exclues de la suite de la procédure. Cette règle est relativisée lorsque des principes constitutionnels, en particulier l'interdiction du formalisme excessif, l'exigent (consid. 3).
5. Caractère incomplet de l'offre admis faute d'indications sur les prix et en raison de la modification de l'inventaire des prestations. Importance des défauts. L'adjudicateur était en droit de renoncer à faire épurer l'offre au moyen d'une demande de plus amples informations. Dans cette situation, le recours est manifestement infondé et, en conséquence, l'effet suspensif doit lui être refusé (consid. 4-6).

Appalti pubblici. Procedura istruttoria. Decisione incidentale sull'effetto sospensivo. Principi di merito. Ricorso infondato.

Art. 28 cpv. 1 e 2 LAPub.

1. Conferma della giurisprudenza secondo cui, a determinate condizioni, i singoli consorzianti in materia di appalti pubblici hanno la legittimazione ricorsuale (consid. 1.4).
2. L'art. 28 cpv. 1 LAPub, a differenza dell'art. 55 cpv. 1 PA, non prevede per legge che il ricorso abbia effetto sospensivo (consid. 2).
3. Nell'esame della domanda di concessione dell'effetto sospensivo va valutato anticipatamente se il ricorso è manifestamente infondato. In caso affermativo si prescinde da una ponderazione degli interessi (consid. 2.2).
4. Offerte incomplete sono escluse dalla procedura d'aggiudicazione. Relativizzazione di questa regola alla luce delle norme costituzionali, segnatamente del divieto del formalismo eccessivo (consid. 3).

5. L'incompletezza dell'offerta per mancanza di prezzi e la modifica dell'elenco delle prestazioni va confermata. Rilevanza dei vizi. L'autorità aggiudicatrice poteva rinunciare a domandare un emendamento dell'offerta mediante una richiesta d'ulteriori informazioni. In siffatte circostanze, il ricorso deve considerarsi manifestamente infondato e va pertanto negato l'effetto sospensivo (consid. 4–6).

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.

B. Aufgrund der Präqualifikation wurden vier Anbieter zur Offertstellung eingeladen. Der zuständige Bewertungsausschuss kam am 26. Juni 2006 zum Schluss, die Ingenieurgemeinschaft Z. (IG Z.), bestehend aus der X. AG 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 vom 7. November 2006 wurde der IG Z. der Ausschluss ihres Angebots aus formellen Gründen mitgeteilt. Die SBB AG erteilte den Zuschlag an die W. AG. Der Zuschlag wurde im SHAB (...) veröffentlicht. Dabei wurde die Preisspanne der bewerteten Offerten – ohne Berücksichtigung derjenigen der IG Z. – zwischen Fr. 9'145'491.– bis Fr. 12'125'821.– angegeben.

D. Die X. AG (Beschwerdeführerin) erhob mit Eingabe vom 30. November 2006 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK). Sie beantragt insbesondere die Aufhebung des Zuschlags. Ein weiterer Antrag lautet auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. Mit Präsidialverfügung vom 1. Dezember 2006 wurde der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

F. Mit Vernehmlassung vom 5. Januar 2007 nahm die SBB AG zu den Begehren der Beschwerdeführerin Stellung. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde in Bestätigung des Zuschlagsentscheids sowie die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Aus den Erwägungen:

1.3

1.3.1 Gegen Verfügungen betreffend den Zuschlag ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB, SR 172.056.1]). Das BVGer entscheidet auch über Gesuche um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Art. 28 Abs. 2 BoeB). Gemäss Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR. 173.32) übernimmt das BVGer die beim Inkrafttreten dieses Gesetzes bei Eidgenössischen Rekurskommissionen hängigen Verfahren. Das Verfahren vor dem BVGer 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 (...)

1.4 Die Beschwerdeführerin bildet zusammen mit der Y. AG die IG 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 Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 68.65 E. 2a bzw. VPB 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 (...)

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 BVGer 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 (vgl. 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. Aufl., Zürich 2006, Rz. 1802 ff.; PIERRE MOOR, Droit administratif, Bd. II, 2. Aufl., 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; vgl. 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 Erfolgchancen 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 des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoEB, SR 0.632.231.422) – 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, E. 2b; Zwischenentscheid der BRK vom 16. November 2001, a.a.O., E. 2c; vgl. 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 verpönter

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 (vgl. 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 (vgl. 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 Bagatellexarakter 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 ÜöeB; 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 des 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 (BGer) 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 ZBl 102/2001 S. 215 ff. E. 3b). Andererseits hat das BGer 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.– 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 IG 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.– aus, falls die IG Z. gezwungen werde, für die zum Teil nicht einmal anfallenden Leistungen einen Preis anzugeben. Angesichts der Preisdifferenz von Fr. 2'276'764.– zum nächsthöheren Angebot zeige sich, dass der Ausschluss der Offerte der IG Z. absolut unverhältnismässig sei. 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 IG 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 » (Einheits-

preise) seien leer geblieben. Bei der Spalte « Kosten » seien die Striche bereits im von den Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) unausgefüllt abgegebenen Formular eingetragen. Der Auszug aus der Honorarzusammenstellung Überwachungsmandat zeige, dass die drei Mitkonkurrenten bei diesen 25 Leistungspositionen zwischen Fr. 95'940.– bis Fr. 471'526.– 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.

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. 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 IG 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 IG 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 IG Z. leer gelassenen Positionen zwischen Fr. 95'940.– und Fr. 471'526.– offeriert haben, wobei das Angebot der Zuschlagsempfängerin diesbezüglich auf Fr. 224'900.– 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.– und Fr. 12'125'821.– (exkl. MWSt) liegen, zu berücksichtigen. Demgegenüber ist der Umstand, dass das Angebot der IG Z. um Fr. 2'659'689.– 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 geschwächt, dass sie – im Unterschied zur Ausgangslage im durch das BGer 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 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) 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 be-

gründet, 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 IG 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 (Position 200) deutlich unterteilt gewesen sei, bei den Positionen 326 und 331 entgegen den explizit verlangten automatischen Messungen solche von Hand angeboten. 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 IG 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 Projektingenieuren erstellten Überwachungskonzept Abschnitt 3 vom 27. März 2006 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 Überwachungskon-

zept 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.

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 Projektingenieuren 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 IG 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 IG Z. einerseits auf die unter der Position « Stützmauer Ost (Oerlikon) » bzw. 332.211 « Messstationen für die automatische Erfassung der Messpunkte », wo sie 4 Messstationen 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 Messstationen denn auch nicht vorgegeben. Hingegen bietet die IG Z. im Unterschied zu den anderen Konkurrenten, die unter der Position 331.211 zwischen einer und drei Messstationen 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 Nivelements 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.– gemäss dem Angebot der Beschwerdeführerin und Fr. 185'450.– gemäss demjenigen der Zuschlagsempfängerin auffallend.

5.6 Zunächst ist festzuhalten, dass die zwei weiteren Anbieter die Position 331 zu Fr. 120'674.– bzw. Fr. 53'150.– 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 hervor gehobene Preisunterschied zwischen der IG 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 IG 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 hiervor). 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.

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 IG 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 BVGer 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 BGer 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 miteinzu beziehen. 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 BRK vom 1. Dezember 2006, mit welcher der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, dahin.