



## **Urteil vom 24. September 2018**

---

Besetzung

Richter Hans Urech (Vorsitz),  
Richter Marc Steiner, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiber Reto Finger.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. iur. Fritz Frey und Dr.  
iur. Markus Lanter, Wolfer & Frey,  
Nüscherstrasse 35, Postfach 2474, 8021 Zürich 1,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen – 120049 N01/36 WEST –  
Bauherrenvermessung  
(SIMAP-Meldungsnummer 979417; Projekt-ID 154689).

**Sachverhalt:****A.**

Am 20. April 2017 schrieb das Bundesamt für Strassen ASTRA (nachfolgend: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (<www.simap.ch>) unter dem Projekttitel „120049 N01/36 WEST – Bauherrenvermessung“ Vermessungsarbeiten der Nationalstrasse 1 zwischen dem Anschluss Dietikon und der Verzweigung Limmattal im offenen Verfahren aus.

**B.**

Zu dieser Ausschreibung gingen fristgerecht sieben Angebote ein, darunter auch dasjenige der X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin).

**C.**

Am 16. August 2017 publizierte die Vergabestelle den Zuschlag an die Y. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Zuschlagsempfängerin) auf der Internetplattform SIMAP. Gemäss Ziff. 4.4 der Zuschlagsverfügung wurden mit dem Zuschlag drei von sieben Angeboten ausgeschlossen, unter anderem dasjenige der Beschwerdeführerin. Den Ausschluss der Beschwerdeführerin begründete die Vergabestelle mit Schreiben vom selbigen Tag mit formellen Fehlern des Angebotes: Die aufsteigenden Qualifikationskategorien der SIA Norm 103 mit absteigenden Honoraransätzen sowie die „Verschiebung von Leistungen zu tieferen Honorarkategorien mit höheren Ansätzen“ würden zu versteckten Mehrkosten führen. Dieses Vorgehen sei als unzulässige finanzielle Variante zu betrachten. Die Vergleichbarkeit zu den übrigen Angeboten sei nicht gegeben. Ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin würde das Gebot der Gleichbehandlung verletzen.

**D.**

Gegen diese Zuschlagsverfügung erhob die Beschwerdeführerin innert Frist Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und stellte nachfolgende Anträge:

- „1. Die Zuschlagsverfügung vom 16. August 2017 sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen.
2. Der vorliegenden Beschwerde sei vorerst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
3. Der Beschwerdeführerin sei Einsicht in sämtliche Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren, soweit dem nicht begründete Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.

4. Es sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen und damit der Beschwerdeführerin die Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerde nach Einsicht in die Beschwerdeantwort und die Vorakten zu ergänzen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zulasten der Vergabestelle.“

Zur Begründung ihrer Anträge trug die Beschwerdeführerin zusammenfassend aus, die Vergabestelle habe ohne jeglichen Anlass in die Kalkulationsfreiheit der Beschwerdeführerin eingegriffen. Es könne weder von versteckten Mehrkosten noch von unzulässigen finanziellen Varianten die Rede sein.

Die Vergabestelle habe in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziff. 2.1.3 lediglich vorgeschrieben, dass die Leerstellen im Excel-Dokument „Leistungstabelle“ ausgefüllt werden müssten, was auch geschehen sei. Weitere Preisbildungsregeln habe die Vergabestelle nicht aufgestellt. Insbesondere habe sie nicht festgelegt, dass die Honoraransätze für die Qualifikationsstufen von A bis G absteigend sein müssten.

Es sei deshalb auch nicht ersichtlich, wie es beim Angebot der Beschwerdeführerin zu einer „Verschiebung von Leistungen“ gekommen sein soll. Eine solche Verschiebung sei nur denkbar, wenn gegen Preisbildungsregeln verstossen worden wäre, was bekanntlich nicht passiert sei. Wie und in welchen Positionen nicht stundenabhängige Kosten (Material, Instrumente, Fahrzeuge, Anfahrtswege etc.) eingerechnet werden sollten, habe die Vergabestelle offen gelassen. Die Beschwerdeführerin habe dies in ihrer Offerte konkretisiert und dort eingerechnet, wo die nicht stundenabhängigen Kosten auch tatsächlich anfallen würden, nämlich in den untersten Qualifikationskategorien E, F und G.

Wenn die Vergabestelle von „versteckten Mehrkosten“ spreche, fürchte sie mutmasslich, dass bei den unteren Qualifikationskategorien, bei denen die Beschwerdeführerin höhere Ansätze offeriert habe, schliesslich ein höherer Stundenaufwand anfallen werde als vorgegeben. Dieses Risiko, welches die Vergabestelle eingegangen sei, bedeute aber keinen Ausschlussgrund, vielmehr liege es bei der Vereinbarung von Einheitspreisen in der Natur der Sache. Im Übrigen sei bei einem durch die Vergabestelle seriös geplanten Mengengerüst nicht davon auszugehen, dass es zu höheren Stundenaufwänden komme, weshalb der Ausschluss der Beschwerdeführerin unverhältnismässig erscheine.

Ganz unabhängig davon, dass die Beschwerdeführerin keine Preisbildungsregeln verletzt habe, fehle es damit an einer erheblichen Wahrscheinlichkeit, dass für die Vergabestelle negative Folgen mit Bezug auf die Gesamtvergütung zu erwarten seien.

Sodann sei es Aufgabe der Vergabestelle, die Angebote vergleichbar zu machen. Wenn sie es den Anbietern offen lasse, auf welcher Stufe die nicht stundenabhängigen Kosten eingerechnet würden, könne es nicht sein, dass die Anbieter deswegen – ohne vorher Erläuterungen eingeholt zu haben – ausgeschlossen würden (Beschwerde S. 14).

#### **E.**

Mit Zwischenverfügung vom 5. September 2017 untersagte der Instruktionsrichter der Vergabestelle superprovisorisch weitere Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Verfahrens präjudizieren könnten. Gleichzeitig wurde die Vergabestelle eingeladen, zu den prozessualen Anträgen der Beschwerdeführerin Stellung zu nehmen.

#### **F.**

Mit Vernehmlassung vom 25. September 2017 stellte die Vergabestelle folgendes Rechtsbegehren:

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

Zur Begründung führte die Vergabestelle aus, sie habe gemäss Ziff. 3.3.1 der vorgegebenen Vertragsurkunde Offerten mit Vergütungen nach Zeitaufwand inkl. Nebenkosten verlangt. In Ziff. 2.1.3 der Angebotsunterlagen werde auf das Excel-Dokument „Leistungstabelle“ verwiesen, welches von den Anbietern unter Berücksichtigung der Honoraransätze für die Qualifikationskategorien A, B, C, D E, und F gemäss Art. 6.2.3 und 6.2.5 SIA 103 auszufüllen sei. Aus dieser Aufstellung werde ersichtlich, dass je höher die Qualifikationskategorie ausfalle, desto höher müsse auch der Honoraransatz ausfallen. Daran habe sich die Beschwerdeführerin aber bekanntlich nicht gehalten.

Wenn sich die Beschwerdeführerin auf ihre Kalkulationsfreiheit berufe, sei ihr grundsätzlich beizupflichten. Dies bedeute aber nicht, dass sie an dem

von der Vergabestelle vorgegebenen Entlohnungssystem vorbei offerieren dürfe.

Zudem falle auf, dass die am höchsten qualifizierten Personen – Projektleiter und Stv. Projektleiter – beim Angebot der Beschwerdeführerin am niedrigsten entlohnt würden, was die „Logik des Systems“ auf den Kopf stelle. Insbesondere dann, wenn die Beschwerdeführerin in ihrer Aufgabenanalyse (Ziff. 2.1.2.1 des Angebotes) darauf hinweise, die Gesamtstundenzahl erscheine ihr plausibel, jedoch sei erfahrungsgemäss der proportionale Anteil an Stunden in den unteren Qualifikationskategorien E, F und G – welche aber beim Angebot der Beschwerdeführerin deutlich besser entlohnt würden als die Projektleitung selbst – erfahrungsgemäss deutlich höher. Basierend auf der angebotenen Preisstruktur bestehe die Gefahr für erhebliche Mehrkosten. Zudem werde dadurch auch deutlich, dass die Beschwerdeführerin entgegen den Vorgaben der Vergabestelle beabsichtige, vermehrt das Personal der niedriger qualifizierten Kategorien E, F und G einzusetzen. Die von der Beschwerdeführerin gewählten nicht absteigenden Honoraransätze für die Qualifikationskategorien A bis G seien mit den Grundsätzen der Honorierung nach Art. 6.4 SIA 103 nicht zu vereinbaren.

Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin gemäss ihren eigenen Angaben in die stundenabhängigen Honorarkosten nicht stundenabhängige Kosten (Material, Geräte etc.) eingerechnet, weshalb ein weiterer Verstoss gegen die Vorgaben der Vergabestelle vorliege, welcher ebenfalls zu einem Ausschluss führe.

#### **G.**

Mit Verfügung vom 27. September 2017 gab das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin Gelegenheit, ihre Beschwerde im Rahmen des Gesuches um aufschiebende Wirkung zu ergänzen.

#### **H.**

Mit Eingabe vom 16. Oktober 2017 hielt die Beschwerdeführerin an ihrem ursprünglichen Rechtsbegehren fest. Die SIA Norm 103 würde nicht zwingend vorsehen, dass für höhere Qualifikationen auch höhere Stundenansätze verlangt würden. Immerhin habe es die Vergabestelle selbst ausdrücklich zugelassen, dass die Honorarhöhe für die Projektleitung tiefer zu liegen komme, als für das nachfolgende Personal. Da die Vergabestelle im Übrigen für zusätzliche Nebenkosten eine Pauschale von Fr. 5'000.– vorgegeben habe, sei davon auszugehen, dass sämtliche Offerten die Mate-

rialkosten eingerechnet hätten. Wie diese Kosten jedoch auf die verschiedenen Ansätze zu verteilen gewesen wären, habe die Vergabestelle nicht vorgegeben, weshalb in diesem Punkt keine Kalkulationsfreiheit bestehe.

**I.**

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2017 wurde die Vergabestelle eingeladen, ihre Vernehmlassung vom 25. September 2017 zu ergänzen.

**J.**

Mit Eingabe vom 7. November 2017 ergänzte die Vergabestelle ihre Vernehmlassung. Die Beschwerdeführerin verkenne die Situation. Wenn eine niedriger qualifizierte Person eine teurer zu honorierende Arbeit ausführe, werde die Vergabestelle in doppelter Hinsicht benachteiligt. Dies sei nicht im Interesse der Vergabestelle und würde regelmässig dazu führen, dass sie, die Vergabestelle, ein Interesse daran hätten, Arbeiten in den Qualifikationskategorien C und D hoch zu stufen. Eine Bezifferung der geltend gemachten Kostenanteile für Geräte etc. bei den tieferen Honorarkategorien sei dem Angebot im Übrigen nicht beigelegt worden. Inwieweit es sich bei dem Argument um eine reine Schutzbehauptung handle bzw. es ein spekulatives Element sei, bleibe deshalb offen.

**K.**

Mit Verfügung vom 7. März 2018 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle, den Verweis in Ziff. 1, Spiegelstrich 3, der Selbstdeklaration zu erläutern, was diese mit Schreiben vom 8. März 2018 auch tat. Der Verweis beziehe sich nicht auf die irrtümlich genannte „Vertragsurkunde Planerleistungen“, sondern auf die „Angebotsunterlagen für Dienstleistungen“ beziehungsweise die darin erwähnten Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

**L.**

Mit Zwischenentscheid vom 28. März 2018 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut.

**M.**

Am 17. Mai 2018 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vergabestelle zur Vernehmlassung in der Hauptsache innert Frist und um Einreichung einer geschäftsgeheimnisbereinigten Darstellung der Honoraransätze sämtlicher Anbieter.

**N.**

Mit Vernehmlassung in der Hauptsache vom 5. Juni 2018 beantragte die Vergabestelle die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Die Offerte der Beschwerdeführerin entspreche nicht den in der Branche üblichen Einstufungen der Entschädigung nach Qualifikation gemäss SIA Norm 103. Alle anderen Anbieter hätten Offerten eingereicht, in welchen die Entschädigungen der Qualifikation entsprechen würden. Dabei werde die höhere Qualifikation höher entschädigt, was nicht nur dem Sinne von SIA Norm 103 entspreche, sondern grundsätzlich allen Lohn-, Entschädigungs- und Preisbildungssystemen. Zwar seien auch andere Anbieter der Meinung gewesen, die vorgegebenen Stunden für die Projektleitung seien hoch angesetzt, jedoch hätten diese trotzdem absteigende Honorarkategorien angesetzt. Es ergebe sich auch aus anderen, stichprobeweise durchgeführten Verfahren der Vergabestelle, dass es in der Branche absolut üblich sei, eine höhere Kategorie gemäss SIA Norm 103 auch höher zu entschädigen. Ein Angebot, welches aber diese branchenübliche Praxis nicht einhalte, entspreche nicht den Vorgaben der SIA Norm 103 und sei deshalb ausgeschlossen worden.

**O.**

Am 7. Juni 2018 erhielt die Beschwerdeführerin Einsicht in die geschäftsgeheimnisbereinigten Akten sowie Gelegenheit zur Replik.

**P.**

Auch die Beschwerdeführerin hielt mit Eingabe vom 14. Juni 2018 an ihren bisherigen Anträgen fest. Der SIA Norm 103 liesse sich keine Pflicht zu absteigenden Honoraransätzen entnehmen, schon gar nicht nach dem allgemeinen Sprachverständnis und umso weniger nach der Intervention der WEKO betreffend die Honorarempfehlungen. Im Übrigen treffe es nicht zu, dass alle anderen Anbieter absteigende Ansätze offeriert hätten. So ergebe sich aus der Vernehmlassung der Vergabestelle, dass einzelne Anbieter für verschiedene Kategorien gleich hohe Ansätze offeriert hätten. Die Vergabestelle müsste gemäss ihrer eigenen Logik auch bei gleich hohen Ansätzen für verschiedene Kategorien die Befürchtung hegen, es würden Anreize entstehen, weniger qualifiziertes Personal für die Ausführung anspruchsvoller Leistungen einzusetzen. Indem sie um einen Franken absteigende oder sogar gleiche Ansätze für verschiedene Kategorien, nicht aber um einen Franken ansteigende Honorare zulasse, ziehe die Vergabestelle eine willkürliche Grenze, die das angebliche Problem nicht löse. Vor allem aber verkenne die Vergabestelle, dass nicht über die Honorierung sicher-

gestellt werde, dass die verschiedenen Arbeiten durch hinreichend qualifiziertes Personal ausgeführt werde, sondern aufgrund der Funktion/Leistung im Projekt. Die Vergabestelle vermische somit in unzulässiger Weise die Aspekte Preis und Qualität. Die Beurteilung der Qualität erfolge anhand der übrigen Zuschlagskriterien, im vorliegenden Fall insbesondere anhand des QM-Konzeptes, der Projektorganisation sowie der Referenzen der Projektleitung. Im Übrigen sei erneut darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Angebot der Beschwerdeführerin nicht um eine unzulässige Preisvariante handle. Die Vergabestelle befürchte offensichtlich, dass sich die vorgesehene Stundenverteilung als unrichtig erweisen könne. Diese Befürchtung werde nach Aussage der Vergabestelle auch dadurch genährt, dass andere Anbieter die vorgesehene Stundenzahl für die Projektleitung ebenfalls als zu hoch angesehen hätten. Das Risiko, dass der Zeitaufwand nicht den vorgängigen Schätzungen entspreche und sich damit auch das Honorar verändere, bestehe immer. Im vorliegenden Fall sei dieses Risiko jedoch mit einem maximalen Kostendach aufgefangen worden. Der Vergabestelle habe es im Übrigen freigestanden, die Stundenvorgaben zu überdenken und anzupassen, was sie jedoch unterlassen habe.

#### **Q.**

Am 20. Juni 2018 erhielt die Vergabestelle Gelegenheit zur Duplik, auf die sie mit Schreiben vom 2. Juli 2018 verzichtete.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Akten wird, soweit erforderlich, in den rechtlichen Erwägungen Bezug genommen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

##### **1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und/oder ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1, m.H.).

##### **1.2**

Gegen den Zuschlag in einem Vergabeverfahren ist im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom



16. Dezember 1994 (BöB, SR 172.056.1) die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig (Art. 29 Bst. a i.V.m. Art. 27 Abs. 1 BöB).

### **1.2.1**

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

### **1.2.2**

Die Vergabestelle ist als Bundesamt Teil der allgemeinen Bundesverwaltung und untersteht damit dem BöB (Art. 2 Abs. 1 Bst. a BöB; vgl. Anhang 1 Annex 1 zum GPA).

### **1.2.3**

Die Vergabestelle hat die vorliegende Beschaffung als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben (vgl. Ziffer 1.8 der Ausschreibung). Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BöB bedeutet der Begriff "Dienstleistungsauftrag" ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 GPA bzw. Anhang 1a zur Verordnung vom 11. September 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11). Hierfür wiederum massgeblich ist die Zentrale Produktklassifikation der Vereinten Nationen (CPCprov; Urteil des BVGer B-1773/2006 vom 25. September 2008, auszugsweise publiziert in BVGE 2008/48, E. 3). Die Vergabestelle hat unter der Common Procurement Vocabulary-Referenznummer (CPV-Nummer) 71541000 – Projektmanagement im Bauwesen – aufgeführt (vgl. Ziffer 2.5 der Ausschreibung). Diese entspricht nach der Systematik der CPCprov der Referenznummer 867 (Architectural, engineering and other technical services). Diese Gruppe wird von der Positivliste (vgl. Anhang 1 Annex 4) erfasst und fällt damit in den Anwendungsbereich des BöB (vgl. zum Ganzen auch die Urteile des BVGer B-2297/2017 vom 3. Juli 2017 E. 1.3 und BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2013 E. 1.5.2).

#### **1.2.4**

Der Zuschlag wurde zu einem Preis von Fr. 364'690.– exkl. MwSt. vergeben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. b BöB bzw. Art. 6 Abs. 2 BöB in Verbindung mit Art. 1 Bst. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 (AS 2015 4743) beträgt der Schwellenwert für Dienstleistungen Fr. 230'000.–. Demzufolge ist der Schwellenwert erreicht.

#### **1.2.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung in den Anwendungsbereich des BöB fällt. Ausnahmen im Sinne von Art. 3 BöB sind nicht gegeben. Somit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

### **2.**

#### **2.1**

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind die Vorschriften des VwVG massgebend, soweit des BöB und das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nichts anderes bestimmen (Art. 26 Abs. 1 BöB und Art. 37 VGG). Gemäss Art. 31 BöB kann die Unangemessenheit vor Bundesverwaltungsgericht nicht gerügt werden.

#### **2.2**

Die Beschwerdeführerin beantragt namentlich, die Zuschlagsverfügung sei aufzuheben und zur Neuurteilung unter Berücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen. Damit richtet sie ihre Beschwerde nicht nur gegen den Zuschlag, sondern auch gegen den Ausschluss (vgl. Ziff. 4.4 der Zuschlagsverfügung). Die Vergabestelle hat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 16. August 2017 schriftlich mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Bewertung ausgeschlossen worden sei. Für die Rechtsmittelbelehrung verwies sie auf die elektronische Publikation der Zuschlagsverfügung. Folglich ist das genannte Schreiben nicht als Verfügung, sondern als Orientierungsschreiben der Vergabestelle zu qualifizieren (Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2016 E. 1.4.1; vgl. dazu in Bezug auf den Fristenlauf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1271).

### 2.3

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) und ist durch die angefochtene Verfügung – sie wurde aus dem Verfahren ausgeschlossen und der Zuschlag wurde einer Mitbewerberin erteilt – besonders berührt (Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Aufhebung der Zuschlagsverfügung bzw. die Aufhebung des Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle würde dazu führen, dass die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin zu evaluieren hätte (vgl. zum Ausschluss im offenen Verfahren den Zwischenentscheid des BVGer B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 3.2). Ausserdem ist der Offertpreis der Beschwerdeführerin gemäss dem Offertöffnungsprotokoll das günstigste. Damit kann im vorliegenden Fall offen bleiben, ob die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.4) so zu verstehen ist, dass die im offenen Verfahren im Rahmen des Zuschlags ausgeschlossene Anbieterin geltend machen muss, dass sie für den Fall, dass ihre Offerte in die Bewertung einbezogen wird, eine reelle Chance auf den Zuschlag hat. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist jedenfalls gegeben. Die Beschwerdeführerin hat ausserdem keine Möglichkeit, den Zuschlag in Frage zu stellen, soweit sich der Ausschluss als rechtskonform erweist (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-6327/2016 vom 21. November 2016 E. 1.4, Zwischenentscheid des BVGer B-985/2015 vom 25. März 2015 E. 1.3).

### 2.4

Frist (Art. 30 BöB) und Form (Art. 52 Abs. 1 VwVG) der Beschwerde sind gewahrt. Der Rechtsvertreter hat sich rechtmässig ausgewiesen (vgl. Art. 11 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

## 3.

**3.1** Die Vergabestelle begründet den Ausschluss damit, beim Angebot der Beschwerdeführerin habe es sich um eine unzulässige finanzielle Variante mit einem Zeitmitteltarif gehandelt. Die angebotenen aufsteigenden Honorarkategorien mit absteigenden Ansätzen sowie die Verschiebung von Leistungen zu tieferen Honorarkategorien mit höheren Ansätzen führten zu versteckten Mehrkosten. Die Vergleichbarkeit der Angebote könne nicht gewährleistet werden.

**3.2** Als Varianten gelten Angebote, mit welchen das Ziel der Beschaffung auf andere Art erreicht wird, als von der Auftraggeberin vorgesehen. Damit

wird an die Rechtsauffassung angeknüpft, wonach nur eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung den Begriff der Variante erfüllt (Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, S. 15, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 20. Oktober 2003, publiziert in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2003 S. 278 ff. E. 3 mit Hinweisen). Nicht als Variante gelten demnach unterschiedliche Preisarten (Urteil des BVGer B-6123/2011 vom 6. Dezember 2011). Die Wahl einer anderen Preisart (z.B. Pauschalpreis anstelle des in der Ausschreibung vorgesehenen Abrechnung nach Zeitaufwand) käme aber einem ausschreibungswidrigen Angebot gleich, welches ausgeschlossen werden müsste (Erläuternder Bericht VöB vom 1. Januar 2010, S. 15, vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 768 mit Hinweisen).

**3.3** Die Vergabestelle fragt in ihrem Excel-Dokument „Honorarkalkulation“ Stundenansätze in CHF/h für Projektleiter, Stv. Projektleiter sowie die Honorarkategorien A, B, C, D, E, F und G ab. Die Beschwerdeführerin hat die abgefragten Stundenansätze geliefert. Eine unzulässige Variante nach Massgabe von Art. 22a Abs. 2 VöB liegt nicht vor (vgl. dazu Erläuternder Bericht VöB vom 1. Januar 2010, S. 15).

**3.4** Bleibt zu prüfen, ob die Offerte gegen Ziff. 2.11 der Ausschreibungsunterlagen versties, in dem die Beschwerdeführerin ein Angebot mit Zeitmitteltarif einreichte. Ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch ist dann von einem Zeitmitteltarif auszugehen, wenn für mehrere verschiedene Honorarkategorien durch Bildung von „Durchschnittswerten“, „Mittelwerten“ oder einem „arithmetischen Mittel“ einheitliche Stundenansätze offeriert werden (Zwischenentscheid des BVGer vom 3. Juli 2017, E. 5.6.3). Die Stundenansätze der Beschwerdeführerin lassen sich in absteigender Reihenfolge wie folgt auflisten: A > B > E > F > G > D > C = Projektleitung = Stv. Projektleitung, wobei für Projektleitung und Stv. Projektleitung keine Honorarkategorien vorgegeben waren. Die Kategorie A wurde mit dem höchsten Ansatz und die Kategorie C mit dem niedrigsten Ansatz offeriert. Für die ausgeschriebenen Honorarkategorien von A bis G hat die Beschwerdeführerin somit sieben verschiedene Stundenansätze offeriert. Ein Angebot mit Zeitmitteltarif ist nicht zu erkennen.

**3.5** Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin weder eine unzulässige Variante nach Art. 22 Abs. 2 VöB darstellt, noch mit einem Zeitmitteltarif offeriert wurde.

#### 4.

**4.1** Die Vergabestelle stellt sich zusätzlich sinngemäss auf den Standpunkt, mit dem Verweis auf Art. 6.2 SIA 103 habe sie in den Ausschreibungsunterlagen eine weitere Preisbildungsregel definiert, wonach degressive Honorarsätze für die Honorarkategorien von A bis G zu offerieren seien. Dies ergebe sich aus der SIA Norm 103 selbst, auf welche in der Ausschreibung verwiesen werde, und sei auch branchenüblich. Der Verstoss dagegen entspreche einem wesentlichen Formfehler im Sinne von Art. 19 Abs. 3 BöB, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschliessen sei.

**4.2** Die Beschwerdeführerin widerspricht dieser Darstellung und hält dem entgegen, der SIA Norm 103 könne keine Pflicht zu absteigenden Honorarsätzen entnommen werden.

**4.3** Zur Frage der möglichen Formfehler ist zunächst losgelöst vom zu beurteilenden Sachverhalt festzuhalten, dass sich Art. 19 Abs. 3 BöB auf Art. 19 Abs. 1 BöB bezieht, wonach die Anbieter ihr Angebot schriftlich, vollständig und fristgerecht einzureichen haben. Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle aufgrund der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4, BVGE 2007/13 E.3.1 mit Hinweisen). Aus Art. 19 Abs. 3 BöB wird ersichtlich, dass den Formvorschriften im Submissionsrecht ein hoher Stellenwert zukommt (Zwischenentscheid des BVGer B-6876/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.3.1; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 456 mit Hinweisen auf die BRK-Rechtsprechung). Die Rechtsprechung hat stets betont, dass die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorschriften der Ausschreibung und der betreffenden Vergabeunterlagen nicht entspricht, im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter wie auch dasjenige der Transparenz problematisch ist (Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011, E. 3.1; BVGE 2007/13 E. 3.1; Entscheidung der BRK vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in VPB 70.33, E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot, unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus, grundsätzlich auszuschliessen (Zwischenentscheid B-6876/2013 E. 3.3.1; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 457 mit Hinweisen).

**4.4** Gemäss Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren

rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt. Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (BGE 135 I 6 E. 2.1 und BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a mit Hinweisen, vgl. Entscheid der BRK 2005-017 vom 23. Dezember 2005, publiziert in VPB 70.33, E. 2b mit Hinweisen). Der Offerent darf nicht schon wegen unbedeutender Mängel der Offerte oder eines Verhaltens mit Bagatelldarakter ausgeschlossen werden (BVGE 2007/13 E. 3.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 444 mit Hinweisen). Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, um den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben. In diesem Sinn kann der Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen, wenn beispielsweise lediglich Bescheinigungen (etwa betreffend Bezahlung der Steuern) fehlen, deren Nachreichung sich nicht auf das Preis-/Leistungsverhältnis der Offerte auswirkt (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.2, Urteil des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.2.3; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 447 mit Hinweisen). Demgegenüber sind Offerten, die unvollständig sind in Bezug auf Angaben, die sich auf das Preis-/Leistungsverhältnis auswirken, grundsätzlich auszuschliessen (vgl. zu den Grenzen der Offertbereinigung insbesondere BVGE 2007/13 E. 3.4). Von überspitztem Formalismus ist nur auszugehen, wenn der Mangel auf eine Unklarheit der Ausschreibungsunterlagen oder ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist, nicht aber, wenn er von diesem bewusst in Kauf genommen wurde (Zwischenverfügung des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 11.10.5 mit Hinweisen; CLAUDIA SCHNEIDER HEUSI, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, 1. Aufl. 2016, S. 393-427).

**4.5** Zusammenfassend lässt sich sagen, dass drei Kategorien von Offerten, die den Anforderungen nicht entsprechen, zu unterscheiden sind: Eine erste Kategorie umfasst Angebote, welche die Vergabestelle aufgrund ihrer

Mängel nicht ohne Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgebots in die Bewertung einbeziehen kann, also ausschliessen muss. Eine zweite Kategorie von Offerten ist dadurch gekennzeichnet, dass die Vergabestelle sie durch Rückfragen auf den verlangten Stand bringen darf, aber nicht muss. Die Vergabestelle verfügt demnach in diesem Rahmen über einen gewissen Ermessensspielraum (BVGE 2007/13 E. 6.2). Die dritte und letzte Kategorie lässt sich so umschreiben, dass die Mängel des Angebots derart geringfügig sind, dass die Vergabestelle zur Bereinigung derselben Hand bieten muss (Zwischenentscheid des BVGer B-3644/2017 vom 23. August 2017 E. 6.4.3; Zwischenentscheid des BVGer B-6123/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 3.2; Urteil des BVGer B-8061/2010 vom 18. April 2011 E. 6.1).

## 5.

**5.1** Die von der Vergabestelle zusätzlich geltend gemachte Preisbildungsregel knüpft ihrer Ansicht nach an Ziff. 2.1.3 der Ausschreibungsunterlagen. Darin wird für die Preis/Honorarkalkulation auf das Excel-Dokument „Honorarkalkulation“ verwiesen. Das Dokument „Honorarkalkulation“ besteht aus der Tabelle 1 (Stundenverteilung und Honorarabrechnung), der Tabelle 2 (Honorarzuschläge) sowie „Bemerkungen“.

**5.2** In Tabelle 1 sind Honoraransätze für die Qualifikationskategorien von A bis G in die jeweils grau markierten Felder einzufügen. Die Anzahl Stunden der jeweiligen Kategorien sind von der Vergabestelle vorgegeben:

Tabelle 1 (Ausschnitt aus der Stundenverteilung und Honorarabrechnung):

Funktion	Name	Kat. SIA	Vorgabe in h	Ansatz in CHF/h	TOTAL
<b>Schlüsselpositionen</b>					
Projektleiter			1000		0
Stv. Projektleiter			1000		0
<b>Weiteres Personal</b>					
Diverse		A	0		0
Diverse		B	10		0
Diverse		C	350		0
Diverse		D	550		0
Diverse		E	550		0
Diverse		F	190		0
Diverse		G	50		0
<b>Total</b>			<b>3700</b>		<b>0</b>

**5.3** Die Stundenansätze haben nach Art. 6 SIA 103 zu erfolgen, wobei die Qualifikationskategorien in der SIA Norm von A (höchste Qualifikation) bis G (niedrigste Qualifikation) eingeteilt werden (Abbildung 2).

Tabelle 2 (Zuordnung der Qualifikationskategorien nach Art. 6.2.5 SIA 103):

SIA 103	Funktion	Anforderung	Stufe 1	Stufe 2	Stufe 3
<b>Projekt</b>	Chefingenieur, Experte, Prüfungsingenieur	Gesamtleitung und –koordination, löst Probleme mit hohen Anforderungen	-	B	A
	Leitender Ingenieur	Verantwortlich für den Auftrag, löst anspruchsvolle Einzelprobleme	-	C	B
	Ingenieur	Bearbeitet Teilaufträge bzw. Einzelprobleme	D	D	C
	Techniker, Zeichner-Konstrukteur	Löst konstruktive Aufgaben, fähig zu devisieren, Plan- und Sachbearbeitung	F	E	D
	Zeichner	Planbearbeitung nach Vorlage	G	F	E
<b>Bauleitung</b>	Chefbauleiter	Gesamtleitung und –koordination einer umfangreichen Baustelle	-	C	B
	Bauleiter	Leiter einer Baustelle, für Ausmass und Abrechnung verantwortlich	E	D	C
	Hilfsbauleiter, Bauaufseher	Mitarbeiter des Bauleiters	G	F	E
<b>Administration</b>	Leitendes Administrationspersonal		F	E	D
	Sekretariatspersonal		G	F	E
<b>Hilfsfunktion</b>	Hilfspersonal		G	F	F
	Lehrling	3. u. 4. Lehrjahr 0.75 G 1. u.2. Lehrjahr 0.5 G			

**5.4** Neben dem eigentlichen Verweis auf Art. 103 SIA sind in der „Leistungstabelle“ weitere „Bemerkungen“ aufgeführt, u.a. Ausführungen zu den Mitarbeiterlisten (Ziff. 3 der Bemerkungen zur „Leistungstabelle“):

„Mitarbeiterlisten

Dem Angebot sind aktuelle Mitarbeiterlisten beizulegen (Stand 2017). Darauf sind die für diesen Auftrag zum Einsatz kommenden Mitarbeitenden aufzuführen. Es dürfen die firmeneigenen Dokumente verwendet werden. Sie sollen eine Firmenbezeichnung sowie eine tabellarische Aufstellung mit Kolonnen mindestens für folgende Angaben enthalten:



- a) Name, Vorname
- b) Jahrgang
- c) Berufsausbildung, Abschlussjahr
- d) Anzahl Praxisjahre (seit Berufsabschluss)
- e) Fachgebiet und Tätigkeit/Funktion
- f) Vorgesehene Funktion im Projekt
- g) Vorgesehene KBOB-Honorarkategorie 2017 (Einstufung gemäss SIA 103)

Mit der Mitarbeiterliste abgegebene Einstufungen in Funktion/Kategorie sind nicht automatisch durch den Auftraggeber akzeptiert. Die Einstufung wird spätestens mit der Rechnung durch das ASTRA überprüft und abschliessend festgelegt. Die Einstufung erfolgt gemäss Ordnung SIA 103, Artikel 6, also explizit aufgrund der Funktion/Leistung im Projekt und nicht aufgrund der Funktion in der Stammunternehmung oder der möglichen Funktion gemäss Ausbildung oder Berufserfahrung. Bei Schlüsselpersonen besteht grundsätzlich kein Recht auf Hochstufung in eine höhere Kategorie aufgrund Erfahrungszuwachs. Die Angabe einer Honorarkategorie ist bei der Schlüsselperson nicht notwendig, da es sich beim offerierten Ansatz um einen Mischansatz handelt, der über die komplette Dauer des Projektes gültig ist. Da die Projektdauer mit Angebotsabgabe bekannt ist, ist der Erfahrungszuwachs im Ansatz zu berücksichtigen. Eine Hochstufung von Schlüsselpersonal ist nur in Verbindung mit einer Funktionsänderung möglich.“

Aus der „Leistungstabelle“, welche Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen ist, geht hervor, dass nach effektivem Zeitaufwand entschädigt wird, wobei die Gesamtstundenzahl auf 3'700 Stunden beschränkt ist. Davon sind 2'000 Stunden durch die Schlüsselpersonen (Projektleiter und stellvertretender Projektleiter) zu leisten. Die weiteren Stundenzahlen sind den jeweiligen Qualifikationskategorien A (0 Stunden), B (10 Stunden), C (350 Stunden), D (550 Stunden), E (550 Stunden), F (190 Stunden) und G (50 Stunden) zugeteilt. Die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen sind unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

## 6.

**6.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, eine rechtliche Grundlage für absteigende Honoraransätze, wie das der Vergabestelle offensichtlich vorschwebt, sei nicht zu erkennen und als Preisbildungsregel auch nicht in den Ausschreibungsunterlagen oder in Art. 6 SIA 103 zu finden. Dieser angebliche Sinn könne der SIA Norm 103 nicht beigemessen werden, schon gar nicht nach dem allgemeinen Sprachverständnis und umso weniger nach der Intervention der WEKO: Die Kalkulationsfreiheit ergebe sich insbesondere auch aus Art. 2.1 der mittlerweile auf Intervention der WEKO teilweise überarbeiteten Honorarempfehlung der KBOB (Koordinationskonferenz der Bau und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren).

Demnach würden im offenen, selektiven sowie im Einladungsverfahren Honorare ausschliesslich im wirtschaftlichen Wettbewerb unter den Anbietern ermittelt (KBOB, Empfehlung zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren, revidiert: Stand Juli 2017, S. 5, <<https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home.html>>, abgerufen am 26. Juli 2018). Die Vorinstanz verkenne, dass nicht über Honorierung, sondern über die Funktion/Leistung im Projekt sichergestellt werde, dass die verschiedenen Arbeiten durch hinreichend qualifiziertes Personal geleistet würden. Zudem mache die Ausschreibung klar, dass die von den Anbietern vorgenommene Einstufung der Mitarbeiter in Funktion/Kategorie vom Auftraggeber nicht automatisch akzeptiert werde. Spätestens mit Stellung der Rechnung werde die Funktion/Kategorie überprüft und abschliessend festgelegt. Die Vergabestelle vermische deshalb in unzulässiger Weise die verschiedenen Aspekte Qualität und Preis. Die Beurteilung der Qualität erfolge anhand anderer Zuschlagkriterien, im vorliegenden Fall über das QM-Konzept, die Projektorganisation sowie die Referenzen der Projektleitung.

**6.2** Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, ohne degressive Honoraransätze könne nicht sichergestellt werden, dass die bestellten Leistungen durch das entsprechende Personal erfüllt würden. Wenn aber, wie im Fall der Beschwerdeführerin, eine niedrigere Qualifikationskategorie mit höheren Ansätzen entlohnt würde, entstünde der gegenteilige Anreiz, nämlich weniger qualifiziertes Personal – da höher entlohnt – für die Ausführungen der durch die Vergabestelle als anspruchsvoll eingeschätzte Leistungen einzusetzen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin in Ziff. 2.1.2.1 ihrer Aufgabenanalyse konkretisiere diese Befürchtung. Demnach gehe sie, die Beschwerdeführerin, davon aus, dass bei den niedrigsten Kategorien E, F und G – welche gemäss der Offerte aber nicht die niedrigsten Honorare aufweisen würden – deutlich mehr Stunden einzusetzen seien. Dadurch könnten anspruchsvollste Leistungen durch weniger qualifiziertes Personal erbracht werden, wodurch die von der Vergabestelle gewünschte Qualität gefährdet sei.

**6.3** Die Anbieter dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 861 mit Hinweisen). Umgekehrt ist der Anbieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verpflichtet, bei unklaren Ausschreibungsunterlagen bei der Vergabestelle nachzufragen (Urteil des Bundesgerichts 2P.1/2004 vom 7. Juli 2004 E.3.3). In der Lehre ist dazu kritisch angemerkt worden, dass die Fragepflicht nicht so weit gehen darf, dass die Vergabestelle im Ergebnis von

ihrer Pflicht entlassen wird, die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen klar zu formulieren. Eine Fragepflicht kann nach dieser Auffassung nur dann bestehen, wenn der Anbieter bei Unterlassen der Anfrage und anschliessender Berufung auf den Mangel der Ausschreibungsunterlagen gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen würde (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 387 f.; vgl. dazu auch den Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-369/2014 vom 10. Juni 2014 E. 6.2.2).

**6.4** In Ziff. 3 der Bemerkungen der „Leistungstabelle“ wird sowohl unter lit. g („notwendige Angaben zu den einzelnen Mitarbeitern“) wie auch im Zusammenhang mit der Einstufung der vorgesehenen Mitarbeiter während der Rechnungsprüfung durch die Vergabestelle rechtsgültig auf die Norm SIA 103 verwiesen: Demnach hat die Einstufung „gemäss Art. 6 SIA 103 explizit aufgrund der Funktion/Leistung im Projekt [...] zu erfolgen.“

**6.4.1** In der Zuordnungstabelle nach Art. 6.2.5 SIA 103 (vgl. dazu E. 5.3 hiavor) werden zahlreiche Funktionen in hierarchisch jeweils absteigender Reihenfolge aufgelistet: Für die Projektarbeit sind dies beispielsweise Chefingenieur, leitender Ingenieur, Ingenieur, Zeichenkonstrukteur und Zeichner. Zusätzlich operiert die SIA 103 mit drei Stufen (1 als niedrigste, 3 als höchste Stufe), welche der Gewichtung von Erfahrung und Können auf der jeweiligen Funktionsstufe Rechnung tragen. Jeder beruflichen Funktion sind somit zwei oder drei Honorarkategorien zugeordnet. So stehen beispielsweise, in jeweils absteigender Reihenfolge, dem Chefingenieur die Qualifikationskategorien A oder B und dem Zeichner die Qualifikationskategorien E, F oder G zur Verfügung. Wer schlussendlich in welche Qualifikationskategorie fällt, hängt zunächst von der Funktion und innerhalb der Funktion von der Erfahrung und dem Können des Funktionsträgers ab (vgl. zum Ganzen ANTON EGLI/HUBERT STÖCKLI, Das Planerhonorar, Rz. 7.2, 7.82, 7.85, in STÖCKLI/THOMAS SIEGENTHALER [HRSG.], Die Planerverträge, Verträge von Architekten und Ingenieuren, Zürich, 2013).

**6.4.2** Weiter ist für die Funktion „Projektleitung/Stv. Projektleitung“ mit einer Gesamtstundenzahl von 2'000 gemäss Ausschreibung keine Angabe einer Qualifikationskategorie notwendig (Ziff. 3 der „Leistungstabelle“).

**6.4.3** Schlussendlich wird in Ziff. 3.1 der Vertragsurkunde für Dienstleistungen in Verbindung mit den AGB ein Kostendach als Maximalhonorar durch die Vergabestelle festgesetzt. Anders als bei einseitigen Honorarschätzun-

gen der Planer ist vorliegend von einer für den Anbieter verbindlichen Aufgabenverteilung innerhalb der verschiedenen Qualifikationskategorien und einem dafür zu entrichtenden Maximalhonorar auszugehen (vgl. zum Ganzen ANTON EGLI/HUBERT STÖCKLI, a.a.O., Rz. 7.21).

**6.5** Innerhalb dieser Vorgaben steht es der Beschwerdeführerin grundsätzlich zu, den Preis ihres Angebotes nach eigenem Gutdünken zu kalkulieren (BGer 2D\_34/2010 E. 2.4 mit Hinweisen, vgl. zum Ganzen auch MARTIN BEYELER, a.a.O., S. 888 Rz. 1692 ff.). Die Stundenansätze werden auch nach SIA Norm 103 im wirtschaftlichen Wettbewerb unter den Anbietern ermittelt (KBOB, Empfehlung zur Honorierung von Architekten und Ingenieuren, 2018, S. 5, <https://www.kbob.admin.ch/kbob/de/home.html>, abgerufen am 29. Juli 2018). Selbst ein ungewöhnlich niedriges oder ein spekulatives Angebot ist dabei grundsätzlich zulässig (BVGE 2011 E. 4 und 5, vgl. zum Ganzen GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 ff., DANIELA LUTZ, Angebotspreis: Kalkulationsfreiheit und die Schranken, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 281 ff.). Bestehen am Angebot Zweifel, kann die Vergabestelle zusätzliche Abklärungen einholen (Artikel XV Absatz 6 GPA 2012, Art. 25 Abs. 4 VöB, Art. 38 Abs. 3 E-BöB). Sollte sich aufgrund dieser Abklärungen aber zeigen, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, so wäre es wegen dieser Mängel und nicht aufgrund des niedrigen Preises auszuschliessen (BGE 143 II 553 E. 7.1.).

**6.6** Darüber hinaus sind weder in den Ausschreibungsunterlagen noch in Art. 6.2.4 SIA 103 weiterführende Preisbildungsregeln für degressive Honoraransätze vorgegeben. Vor diesem Hintergrund kann sich die Vergabestelle nicht auf ein stillschweigendes und gemeinsames Verständnis in Bezug auf eine entsprechende branchenübliche Preisbildungsregel berufen. Eine solche Annahme steht im Widerspruch zum vergaberechtlichen Transparenzgebot nach Art. 1 lit. a BöB.

**6.7** Losgelöst von der Konstellation des vorliegenden Falls mag es gute Gründe geben, bei der Honorierung nach Qualifikationskategorien degressive Honoraransätze als Preisbildungsregel zu verlangen. Dies umso mehr, als auch die Beschwerdeführerin darauf hinweist, dass die Vergleichbarmachung von Offerten die Vergabestelle regelmässig vor eine schwierige Aufgabe stellt (Beschwerde Rz. 36, mit Hinweis auf GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 678). Indessen sind entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung bzw. zumindest in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben.

## 7.

**7.1** Die Vergabestelle begründete den Ausschluss weiter damit, die Kalkulation der Beschwerdeführerin sei hinsichtlich der Honorarzuschläge nicht nachvollziehbar gewesen und hätte korrigiert werden müssen. Eine solche Korrektur wäre aber einem bedeutenden Eingriff in die Offerte gleichgekommen.

**7.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet dies. Die Vergabestelle habe in ihren Ausschreibungsunterlagen offen gelassen, wie die Anbieter Kosten für Instrumente, Anfahrtswege etc., unter den verschiedenen Stundenansätzen aufteilen würden. Es gehe nicht an, dass unklare Ausschreibungsunterlagen den Anbietern zum Nachteil reichen würden.

**7.2.1** Die Offerten der Anbieter müssen nach ihrem Eingang soweit nötig in technischer und gegebenenfalls in rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, so dass die verschiedenen Angebote vergleichbar und für die weitere Prüfung der Zuschlagskriterien bereit sind. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet es, Angebote im Rahmen der Bereinigung zu ergänzen oder zu verändern. Die Durchführung einer genügenden Offertbereinigung ist eine Rechtspflicht der Vergabestelle nach Art. 25 Abs. 1 VöB (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 663 ff., mit Hinweisen).

**7.2.2** Die Beschwerdeführerin hat für sämtliche Funktionen gemäss Tabelle 1 der „Leistungstabelle“ einen bestimmten Honoraransatz offeriert. Zusätzlich hat sie die Honorarzuschläge in Tabelle 2 (Abend-, Nacht- und Wochenendarbeit) vollständig ausgefüllt. Auch hält sie sich an den Maximalbetrag von Fr. 5'000. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist hinsichtlich Preis mit den anderen Angeboten vergleichbar.

## 8.

**8.1** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin weder eine unzulässige Variante, noch einen Zeitmitteltarif enthält. Die nichtdegressiven Honoraransätze haben keine vorgegebene Preisbildungsregel der Ausschreibung bzw. der SIA Norm 103 verletzt. Soweit die Vergabestelle ausschliesslich degressive Honoraransätze vorschreiben wollte, hätte sie dies mit einer klaren Preisbildungsregel in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen tun müssen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen.

**8.2** Gemäss Art. 32 Abs. 1 BöB entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an den Auftraggeber oder die Auftraggeberin zurück. Ersteres wäre vorliegend nur dann am Platz, wenn die Sache nach Aufhebung des angefochtenen Zuschlags als offenkundig spruchreif erschiene (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011 E. 6.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1396). Dies ist jedoch zu verneinen, da die Vergabestelle die Offerte der Beschwerdeführerin bisher nicht vollständig evaluiert hat. Vor diesem Hintergrund ist die Sache zur Neu Beurteilung unter Berücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückzuweisen.

## **9.**

**9.1** Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der Vergabestelle werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Sowohl beim Entscheid in der Hauptsache als auch beim Zwischenentscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Ihr sind deshalb keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

**9.2** Die obsiegende, anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 VGKE Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Verwaltung. Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE). Bei der Festlegung der Parteientschädigung sind der Verfahrensausgang, der gebotene und aktenkundige Aufwand, die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des vorliegend zu beurteilenden Verfahrens sowie die in vergleichbaren Fällen gesprochenen Entschädigungen zu berücksichtigen. Angesichts des vollständigen Obsiegens der Beschwerdeführerin sowohl im Hauptverfahren als auch im Zwischenentscheid betreffend aufschiebende Wirkung erscheint daher eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 14'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als gerechtfertigt (Art. 9 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 VGKE).

Die Vergabestelle hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Der am 16. August 2017 publizierte Zuschlag betreffend die Ausschreibung "120049 N01/36 WEST – Bauherrenvermessung" wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung unter Berücksichtigung des Angebotes der Beschwerdeführerin an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**3.**

**3.1** Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der einbezahlte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**3.2** Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 14'000.– zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 154689; Gerichtsurkunde)
- Zuschlagsempfängerin (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Urech

Reto Finger

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. September 2018