



## Urteil vom 29. März 2022

---

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter Ronald Flury, Richter Christian Winiger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch lic. iur. Lorenzo Marazzotta, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Eidgenössische Technische Hochschule Zürich ETH,**  
Abteilung Immobilien,  
Binzmühlestrasse 130, 8092 Zürich,  
Vergabestelle.

---

Gegenstand

Öffentliches Beschaffungswesen,  
Projekt "7000.0849.EE\_OAT\_Mieterausbau  
Andreasturm\_BKP 377.1\_Elementwände",  
SIMAP-Meldungsnummer 1215887,  
SIMAP-Projekt-ID 223624.

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

Am 8. Juli 2021 schrieb die Eidgenössische Technische Hochschule (ETH) Zürich, Abteilung Immobilien (im Folgenden: Vergabestelle), auf der Internetplattform Simap (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) einen Lieferauftrag unter dem Projekttitel "7000.0849.EE\_OAT\_Mieterausbau Andreasturm\_BKP 377.1\_Elementwände" im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1207235; Projekt-ID 223624). Der Auftrag betrifft den Innenausbau der Mietfläche 14.-21. OG (moderne Büroarbeitsplätze und Sitzungszimmer) im Andreasturm an zentralem Arbeitsort des Departements Informatik in Zürich Oerlikon (Ausschreibung, Ziff. 2.6). Der Auftrag sollte am 1. September 2021 beginnen und am 30. Juni 2022 enden (Ausschreibung, Ziff. 2.8). Die Angebote waren bis zum 17. August 2021 einzureichen (Ausschreibung, Ziff. 1.4).

**B.**

In der Folge gingen zwei Angebote ein, wovon eines das Angebot der X. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Beschwerdeführerin) war.

**C.**

Mit Schreiben vom 27. August 2021 teilte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit, dass ihr Angebot vom Verfahren ausgeschlossen werde, da es in Position 1.3 (Elementwand Vollwand) eine Wandstärke von 100 mm anstelle der ausgeschriebenen 125 mm vorsehe und daher als Unternehmervariante einzustufen sei. Gemäss den Submissionsbestimmungen (Teil A / Ziff. 2.11) seien keine Varianten zugelassen.

**D.**

Am 27. August 2021 erteilte die Vergabestelle der Y. \_\_\_\_\_ AG (im Folgenden: Zuschlagsempfängerin), den Zuschlag zum Preis von Fr. 1'505'851.25 (exkl. MwSt.) und teilte dies der Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 30. August 2021 mit.

**E.**

Die Vergabestelle veröffentlichte die Zuschlagsverfügung am 31. August 2021 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1215887). Zur Begründung führte sie aus, ausschlaggebend für den Zuschlag an die Firma Y. \_\_\_\_\_ AG sei die beste Bewertung in den genannten Zuschlagskriterien gewesen. Insgesamt habe es das vorteilhafteste Angebot dargestellt (SIMAP-Zuschlagsverfügung, Ziff. 3.2 f.).

**F.**

Die Beschwerdeführerin wandte sich mit Schreiben vom 16. September 2021 an die Vergabestelle und ersuchte sie, ihren Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen. Sie habe das preisgünstigste Angebot eingereicht. Sie könne die Position 1.3 (Elementwand Vollwand) standardgemäss mit der Wandstärke 100 mm oder 125 mm anbieten und wolle im Rahmen eines mündlichen Debriefings darlegen, dass auf ihren Ausschluss zurückzukommen sei.

**G.**

Mit Schreiben vom 17. September 2021 wies die Vergabestelle darauf hin, dass sie in der Ausschreibung in Position 1.3 explizit eine Wandstärke von 125 mm verlangt habe. Diese bautechnische Vorgabe habe die Beschwerdeführerin nicht erfüllt. Nachträglich könne die Vergabestelle aus Gründen der Gleichbehandlung aller Anbieter keine Angebote mehr entgegennehmen und auch nicht den erfolgten Zuschlag zurücknehmen. Die Ausschreibung sei von keiner Partei innert Rechtsmittelfrist angefochten worden.

**H.**

Mit E-Mail vom 20. September 2021 teilte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle mit, dass sie Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht habe und an einer mündlichen Besprechung interessiert sei.

**I.**

Am 23. September 2021 fand ein Debriefing bei der Vergabestelle statt.

**J.**

Gegen die SIMAP-Zuschlagsverfügung vom 31. August 2021 erhebt die Beschwerdeführerin am 20. September 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Ausschlussentscheid der Vergabestelle vom 27. August 2021 und der am 31. August 2021 auf SIMAP publizierte Zuschlagsentscheid der Vergabestelle seien aufzuheben und die Vergabestelle sei anzuweisen, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter sei festzustellen, dass der verfügte Ausschluss der Beschwerdeführerin und die Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte bundesrechtswidrig seien, und es sei der Beschwerdeführerin nach Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts Schadenersatz zuzusprechen.

In prozessualer Hinsicht beantragt sie, der Beschwerde sei superprovisorisch die aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Vergabestelle sei demgemäss zu verbieten, mit der Mitbeteiligten den Vertrag betreffend die

zu beschaffenden Elementwände abzuschliessen, und es sei nach Anhörung der übrigen Verfahrensbeteiligten die Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu bestätigen. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin, es sei ihr Einsicht in die Akten des Vergabeverfahrens zu gewähren.

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, aufgrund von Widersprüchen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen und mit Blick auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Anbietenden könne es nicht angehen, eine geringfügige funktional beziehungsweise technisch begründete Abweichung vom Baubeschrieb als unzulässige Variante zu qualifizieren. Mit einer Ausnahme entspreche das Angebot der Beschwerdeführerin vollumfänglich dem Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb. Die zu beschaffende Leistung gemäss Angebot optimiere lediglich die zu beschaffende Leistung, ohne dass eine andere Art der Leistungserfüllung vorliege. Der Wanddicke komme keine eigenständige Funktion zu, weshalb es widersinnig sei, für die drei Elementwände gemäss den Positionen 1.1-1.3 unterschiedliche Wanddicken zu verlangen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot das "X. \_\_\_\_\_ System 100" mit einer Wandstärke von 100 mm offeriert, da diese Elementwand einen Schalldämmwert von 51 dB aufweise. Es handle sich hierbei nicht um eine Variante, sondern um ein technisch, funktional und optisch optimales Angebot, in welchem von den Anforderungen in der Ausschreibung in keiner Weise abgewichen werde.

Die Beschwerdeführerin beanstandet überdies, dass auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin vom Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb abweiche. Bei der Elementwand Position 1.2 und Position 1.3 dürfe eine Stossfuge von 2-3 mm sichtbar sein. Die Systemwand der Zuschlagsempfängerin weise indessen eine Fugenausbildung von 6 mm auf. Die Vergabestelle verstosse damit gegen das Gleichbehandlungsgebot und das spezifische vergaberechtliche Diskriminierungsverbot. Es sei rechtswidrig, das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschliessen und der Mitbeteiligten den Zuschlag zu erteilen, obschon auch deren Angebot vom Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb abweiche.

#### **K.**

Mit superprovisorischer Verfügung vom 21. September 2021 ordnete die Instruktionsrichterin an, dass bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts über den Antrag betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung

alle Vollzugsvorkehrungen, welche den Ausgang des hängigen Beschwerdeverfahrens präjudizieren könnten, namentlich der Vertragsabschluss mit der Zuschlagsempfängerin, zu unterbleiben hätten.

**L.**

Mit Stellungnahme vom 30. September 2021 beantragt die Vergabestelle, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, die Beschwerde vom 20. September 2021 sei abzuweisen und der Zuschlag vom 31. August 2021 sei zu bestätigen.

Die Vergabestelle legt dar, im Leistungsverzeichnis sei explizit vermerkt gewesen, dass der Ausschreibungstext und sämtliche auf den beiliegenden Plänen dargestellten Abmessungen und Ausführungsdetails zwingend einzuhalten seien. Die Beschwerdeführerin habe ihr Angebot mit einer Abweichung in der Abmessung von 100 mm Wandstärke anstelle der verlangten 125 mm eingereicht. Die Abweichung in den Abmessungen entspreche nicht der technischen Spezifikation der Ausschreibung. Deshalb sei die Vergabestelle gezwungen gewesen, die Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen. Sie habe das Angebot auch nicht als Unternehmervariante entgegennehmen können, da Varianten gemäss Ausschreibung ausgeschlossen seien und die Beschwerdeführerin kein ausschreibungskonformes Grundangebot mit 125 mm Wandstärke eingereicht habe. Daher sei auch eine Bereinigung des Angebots mit der Beschwerdeführerin von vornherein nicht möglich gewesen. Auch eine Nachfrage wäre nicht zulässig gewesen.

**M.**

Die Zuschlagsempfängerin liess sich innert der ihr gesetzten Frist nicht vernehmen und beantragte nicht, als Beschwerdegegnerin am Beschwerdeverfahren teilzunehmen.

**N.**

Mit Zwischenentscheid vom 9. November 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung gut.

**O.**

Mit Vernehmlassung vom 9. Dezember 2021 hält die Vergabestelle an ihrem Antrag auf Beschwerdeabweisung fest.

Zur Begründung führt sie aus, bei der Vorgabe bei den Stossfugen in den Positionen 1.2 und 1.3 von 2-3 mm habe es sich um eine rein ästhetische

Zielvorgabe gehandelt. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin habe eine Stossfuge von 6 mm und jenes der Beschwerdeführerin eine Stossfuge von 5 mm aufgewiesen. Die Vergabestelle habe beide Angebote deswegen nicht ausgeschlossen und damit die beiden Anbieterinnen gleichbehandelt. Es wäre der Zuschlagsempfängerin konstruktiv möglich, ihre Leistungen mit einer Stossfuge von 2-3 mm zu erbringen. Die Vergabestelle beantragt in diesem Zusammenhang eine Befragung der Zuschlagsempfängerin. Die Vergabestelle habe aus technischen (akustischen) und nutzerspezifischen Gründen in der Position 1.3 eine Wandstärke von 125 mm ausgeschrieben. Gemäss den Angaben des Bauakustikers träten bei einer 125 mm-Wand im Vergleich zu einer 100 mm-Wand deutlich bessere Schalldämmwerte im hohen Frequenzbereich, beispielsweise bei Telefongesprächen, auf. Die im Bauakustikkonzept vorgegebenen Di-Werte entsprächen den Schallpegeldifferenzen, dies im Unterschied zu den vorausgesetzten Schalldämmmassen "Rw" im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung. Es handle sich dabei um zwei verschiedene Werte, die jedoch nicht im Widerspruch zueinander stünden, und die sich aus der SIA Norm 181 Schallschutz im Hochbau (Ausgabe 2020) ergäben. Die Vergabestelle beantragt diesbezüglich eine Befragung des Bereichsleiters Bauphysik und Akustik. Würde die dünnere 100 mm-Elementwand verwendet, wären auch die Fassadenanschlüsse des Gipsers aus optischen und möblierungstechnischen Gründen auf 100 mm zu reduzieren, ansonsten es einen Versatz vom Fassadenanschluss zur daran anschliessenden Elementwand gebe. Dies hätte eine Reduktion des Schalldämmwertes im Bereich des Fassadenanschlusses zur Folge. Die Fassadenanschlüsse seien aber mit einem Mass von 125 mm geplant und ausgeschrieben und im Andreasturm auch schon so ausgeführt worden. Eine nachträgliche Reduktion der Elementwand in der Stärke von nur 100 mm hätte verschiedene Arbeiten zur Folge. Auch sei die Beschwerdeführerin nicht zu hören, wenn sie vorbringe, sie habe zu einem günstigeren Preis als die Zuschlagsempfängerin offeriert. Würde eine solche Unternehmervariante zugelassen, hätte die Zuschlagsempfängerin die Elementwand in Pos. 1.3 ebenfalls offeriert, und zwar zu einem günstigeren Preis als die Beschwerdeführerin. Die Vergabestelle habe in Bezug auf technische Kriterien in der Vorbereitung der Ausschreibung und der entsprechenden Darstellung in den Plänen einen Ermessensspielraum, in den das Gericht nicht eingreifen dürfe.

**P.**

Mit Replik vom 26. Januar 2022 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Es sei in keiner Weise zwingend gewesen, sie vom Verfahren auszuschliessen. Die massgebende Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen laute, dass abweichende Angebote nicht berücksichtigt werden "müssten". Die Vergabestelle hätte das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss den Zuschlagskriterien bewerten müssen. Die Wanddicke stelle entgegen der Behauptung der Vergabestelle keine zwingende technische Anforderung dar, und das Angebot der Beschwerdeführerin keine Abweichung von den technischen Spezifikationen, sondern ein technisch, funktional und optisch optimales Angebot dar. Es stelle entsprechend auch keine Variante dar. Die von der Beschwerdeführerin offerierte Elementwand weise einen Schalldämmwert von 51 dB auf und erfülle damit die Schalldämmanforderungen. Die Aussage der Vergabestelle über die Messungen eines Akustikers sei grundfalsch. Die Aussagen des Bauakustikers bezögen sich ausschliesslich auf einen Vergleich einer 100 mm und einer 125 mm starken Wand, welche den gleichen Aufbau und das gleiche Innenleben aufwiesen. Die ausgeschriebenen Elementwandsysteme seien aber Systeme, die sich von den jeweiligen Anbietern konstruktiv und optisch unterschieden. Die Zuschlagsempfängerin führe zwar eine Elementwand in der Stärke von 100 mm, welche den geringeren Anforderungen von 44 dB gemäss Position 1.2 entspreche, nicht aber eine Elementwand in der Stärke von 100 mm, welche der Anforderung 50 dB gemäss Position 1.3 entspreche. Zudem sei in der Ausschreibung für Position 1.3 eine Zusatzeinlage mit einer Gipskarton- oder Fermacellplatte gefordert worden. Das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle diese Voraussetzung vollumfänglich. Demgegenüber verfüge die Zuschlagsempfängerin gemäss ihrer Homepage über kein Wandsystem mit einer zusätzlichen Gipskarton- oder Fermacellplatte als Zusatzeinlage in der Stärke 125 mm. Es bestehe die begründete Vermutung, dass die Zuschlagsempfängerin diesen Punkt nicht erfülle und ebenfalls hätte ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdeführerin habe eine Ausführung mit beidseitiger Spannplatte und einseitig zusätzlicher Gipsplatte angeboten. Mit der Verbesserung der Masse durch den Einbau der zusätzlichen Gipsplatte könne dem Einbruch im hohen Frequenzbereich vollumfänglich entgegengewirkt werden und schalldämmtechnisch die gleichen beziehungsweise die besseren Eigenschaften im Vergleich zu einer Wandstärke von 125 mm erzielt werden. Die Vergabestelle habe nicht nachvollziehbar dargelegt, weshalb sie betreffend die Wandstärke auf der Einhaltung des Leistungsverzeichnisses insistiere, im Fall der Stossfuge aber darauf verzichtet habe. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Stossfugen eine rein ästhetische Zielvorgabe sein sollten, die angepasst werden könne, während die Wandstärke der Elementwände ein

Ausschlusskriterium darstelle, obwohl die Beschwerdeführerin die Schall-dämm Anforderung erfülle. Schliesslich sei das Angebot der Beschwerdeführerin günstiger als jenes der Zuschlagsempfängerin. Ihr Angebot sei technisch, funktional und optisch optimal und stelle keine Variante dar. Beide Angebote seien zulässig, weshalb die Vergleichbarkeit auch hinsichtlich des Preises gewährleistet sei. Daher sei klar, dass die Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Preis, das mit 70% gewichtet worden sei, ein besseres Angebot als die Zuschlagsempfängerin offeriert habe. Unzutreffend sei, dass die Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot einer 100 mm starken Elementwand günstiger gewesen wäre, da auch sie ihre Wandkonstruktion mit einer zusätzlichen Gipsplatte hätte versehen müssen, um die geforderten 50 dB zu gewährleisten.

**Q.**

Mit Duplik vom 4. Februar 2022 hält die Vergabestelle an ihren Anträgen fest.

Sie habe aufgrund des von einem Bauakustiker erstellten Bauakustikkonzepts in der Position 1.3 des Leistungsverzeichnisses eine Elementwand mit Wandstärke 125 mm gefordert. Auch die Nebengewerke der Elementwand (Fassadenanschlüsse, Deckenanschlüsse, Konvektorengitter, usw.) seien auf die Wandstärke von 125 mm geplant und ausgeführt worden.

**R.**

Mit Eingabe vom 25. Februar 2022 präzisierte die Beschwerdeführerin ihren Akteneinsichtsantrag.

**S.**

In der Folge lud die Instruktionsrichterin die Zuschlagsempfängerin und die Vergabestelle mit Verfügung vom 28. Februar 2022 ein, darzulegen, wo genau auf den Detailplänen ersichtlich sei, dass die Zuschlagsempfängerin die in Position 1.3 verlangte Zusatz-Einlage aus Gipskarton-/Fermacell-Platten vorgesehen habe.

**T.**

Die Zuschlagsempfängerin teilte mit Eingabe vom 7. März 2022 mit, dass ihr Angebot sämtliche technischen Anforderungen und Spezifikationen der Ausschreibung erfülle, insbesondere auch, was den Aufbau der Wand inklusive ihr "Innenleben" betreffe. Die Position 1.3 (Vollwand 125 mm) sei in der Ausschreibung bezüglich Trennwandinhalt klar beschrieben worden.

Für die Zuschlagsempfängerin habe es keinen Grund gegeben, ihre Standarddetails gemäss dem Positionsbeschreibung der Ausschreibung anzupassen, da die Leitdetails der Ausschreibung keinen detaillierten Aufbau der Wand aufgezeigt hätten. Eine detaillierte Darstellung des Aufbaus der Position 1.3 hätte sie erst nach der Angebotsphase in den Freigabedetails aufzeigen müssen. Die in Position 1.3 ausgeschriebene Trennwandeinlage sei in ihrer Kalkulation enthalten.

#### **U.**

Die Vergabestelle hält mit Stellungnahme vom 7. März 2022 an ihren bisherigen Anträgen fest. Allfällige Änderungen oder Ergänzungen hätten ausdrücklich vermerkt werden müssen. Die Zuschlagsempfängerin habe in keiner Position eine Abweichung von der Ausschreibungsvorlage vermerkt. Somit habe sie explizit die Ausschreibungsbedingungen bestätigt. Der Verdacht der Beschwerdeführerin, wonach die Zuschlagsempfängerin die "zusätzliche Gipsplatte bei ihrem Angebot aus dem Text gestrichen" habe, sei also falsch. Demgegenüber habe die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot in Position Ziffer 1.3 auf eine Abweichung der Wandstärke von 100 mm anstatt der verlangten 125 mm hingewiesen. Mit dem Angebot in der Submissionsphase hätten noch keine ausführungsfähigen Detailpläne eingereicht werden müssen. Die Zuschlagsempfängerin habe diese Gipskarton-/Fermacell-Platte im Angebot denn auch noch nicht zeichnerisch dargestellt. Im Vergleich dazu habe die Beschwerdeführerin zwar "symbolisch" eine Gips-/Fermacell-Platte einseitig eingezeichnet. Diese sei aber planarisch einfach über das Dämmmaterial im Kern der Elementwand eingezeichnet worden und sei so nicht ausführbar, sondern müsse noch in einem Detailplan gezeichnet werden.

#### **V.**

Die Vergabestelle wies mit Stellungnahme vom 9. März 2022 darauf hin, dass im Register "B2(...)" alle Pläne der Zuschlagsempfängerin, was die Position 1.3 betreffe, einzusehen seien. Dort sei ersichtlich, dass diese alle ausdrücklich mit einer Wandstärke von 125 mm vermasst seien (Bezeichnung "Systemwand Y. \_\_\_\_\_ 125").

#### **W.**

Die Beschwerdeführerin legt mit Stellungnahme vom 15. März 2022 dar, die Vergabestelle vermöge nicht darzutun, dass die Zuschlagsempfängerin in ihrem Detailplan die in Position 1.3 explizit geforderte Gips-/Fermacellplatte dargestellt habe und diese damit im Angebot enthalten sei. Demge-

genüber sei die zusätzliche Gips-Fermacellplatte in der Planbeilage zu ihrem eigenen Angebot eindeutig dargestellt. Sie werde vor Ort auf das entsprechende Mass der äusseren Platte zugeschnitten und kraftschlüssig auf diese geklebt. Auch sei die von der Zuschlagsempfängerin aufgestellte Kalkulation falsch. Weder erfülle die unter Position 1.2 aufgeführte Trennwand in der Stärke von 100 mm den in der Position 1.3 geforderten Schalldämmwert von 50 dB, noch verfüge sie über eine Gips-Fermacellplatte. Daher könne die in der Position 1.3 beschriebene Ausführung mit den geforderten 50 dB gar nicht mit der von der Zuschlagsempfängerin unter Position 1.2 beschriebenen Ausführung angeboten werden. Das Vorbringen der Zuschlagsempfängerin, dass die Stützen und Profilstärken der preistreibende Faktor seien zwischen der Ausführung mit 100 mm (Pos. 1.2) und der Ausführung mit 125 mm (Pos. 1.3), lasse einzig den Schluss zu, dass ihr Angebot keine zusätzliche Gips-Fermacellplatte enthalte. Die zusätzlichen insgesamt circa 305 Stück Gips-Fermacellplatten würden zu erheblichen Mehrkosten zwischen der Trennwand mit 100 mm und der Trennwand mit 125 mm führen. Die Zuschlagsempfängerin mache indessen für die gesamten Mehrkosten für die 125 mm-Wand gegenüber der 100 mm-Wand inklusive der Stützen und Stahlprofile, Transport und Montage Fr. (...) geltend, was einem Mehrpreis von circa (...) Fr./lfm entspreche. Es sei schlicht unmöglich, dass diese auch die zusätzliche Gips-Fermacellplatte enthalten würden. Im Angebot der Beschwerdeführerin betrage der Preisunterschied alleine für die Gips-Fermacellplatte (...) Fr./lfm. Damit sei erstellt, dass die Zuschlagsempfängerin keine solchen Platten angeboten habe. Aus dem Angebot und den Detailplänen sei dies nicht ersichtlich und die Zuschlagsempfängerin behaupte es in ihrer Eingabe vom 7. März 2022 auch nicht. Die Vergabestelle müsse demnach bei einer rechtsgleichen Behandlung die Zuschlagsempfängerin vom Verfahren ausschliessen oder das Angebot der Beschwerdeführerin zulassen.

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

#### **1.**

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

**1.1** Am 1. Januar 2021 traten das totalrevidierte Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1), die dazugehörige Verordnung vom 12. Februar 2020

über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11) sowie das revidierte WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (Government Procurement Agreement [GPA; SR 0.632.231.422], Fassung gemäss Ziff. 1 des Protokolls vom 30. März 2012, BBl 2017 2175 ff.) in Kraft. Gemäss der in Art. 62 BöB enthaltenen Übergangsbestimmung werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt.

Vorliegend wurde das Vergabeverfahren mit Ausschreibung vom 8. Juli 2021 eingeleitet, weshalb das revidierte Beschaffungsrecht anzuwenden ist.

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen die Erteilung eines Zuschlags, der in den Anwendungsbereich des BöB fällt (vgl. Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 53 Abs. 1 Bst. e BöB).

Das BöB findet auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch unterstellte Auftraggeberinnen innerhalb und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Art. 1 BöB). Das BöB ist anwendbar, wenn die Auftraggeberin dem Gesetz untersteht (Art. 4 BöB), wenn der Beschaffungsgegenstand sachlich erfasst ist (Art. 8 BöB), der geschätzte Wert des zu vergebenden öffentlichen Auftrags den entsprechenden Schwellenwert von Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Art. 16 BöB i.V.m. Anhang 4 erreicht und keiner der Ausnahmetatbestände von Art. 10 BöB gegeben ist.

Die Vergabestelle untersteht als Teileinheit der allgemeinen Bundesverwaltung dem BöB (Art. 4 Abs. 1 Bst. a BöB).

Die Vergabestelle geht in Ziffer 1.8 der Ausschreibung vom 8. Juli 2021 von einem "Bauftrag" aus. Art. 8 Abs. 4 BöB sieht vor, dass im Staatsvertragsbereich die Leistungen nach Massgabe der Anhänge 1-3 dem BöB unterstehen, soweit sie den Schwellenwert nach Anhang 4 Ziffer 1 erreichen. Der Schwellenwert für Bauleistungen (Gesamtwert) beträgt 8,7 Mio. Fr. (Ziff. 1.1 Anhang 4 zum BöB). Gemischte Aufträge setzen sich aus unterschiedlichen Leistungen zusammen und bilden ein Gesamtgeschäft. Die Qualifikation des Gesamtgeschäfts folgt der finanziell überwiegenden Leistung. Leistungen dürfen nicht mit der Absicht oder Wirkung gemischt oder gebündelt werden, die Bestimmungen dieses Gesetzes zu umgehen (Art. 8

Abs. 3 BöB). Erreicht der Gesamtwert mehrerer Bauleistungen nach Anhang 1 Ziffer 1 für die Realisierung eines Bauwerks den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs, so finden die Bestimmungen dieses Gesetzes für Beschaffungen im Staatsvertragsbereich Anwendung. Erreichen jedoch die Werte der einzelnen Leistungen nicht zwei Millionen Franken und überschreitet der Wert dieser Leistungen zusammengerechnet nicht 20 Prozent des Gesamtwerts des Bauwerks, so finden für diese Leistungen die Bestimmungen für Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung (Bagatellklausel) (Art. 16 Abs. 4 BöB).

Im vorliegenden Fall beträgt der Zuschlagspreis Fr. 1'505'851.25 (exkl. MwSt.), weshalb davon auszugehen ist, dass der geschätzte Wert des in Frage stehenden Auftrags unter dem Schwellenwert für Bauleistungen (8.7 Mio. Fr.), aber über dem Schwellenwert für Lieferaufträge (Fr. 230'000.–) liegt (Art. 8 Abs. 4 BöB i.V.m. Anhang 4 Ziff. 1.1 zum BöB).

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, bei gemischten Aufträgen gelte, dass derjenige Schwellenwert einschlägig sei, der den gewichtigsten Auftragsteil betreffe. Die vorliegende Beschaffung müsse daher wegen der Lieferung der Elementwände als Lieferauftrag qualifiziert werden.

Gemäss den Ausführungen der Vergabestelle liegen die Gesamtprojektkosten bei rund 16 Mio. Fr., verteilt auf total 30 Submissionen mit Werten von Fr. 20'000.– bis 1,6 Mio. Fr.

Die Frage, ob die vorliegende Beschaffung als Lieferung oder als Bauleistung einzustufen ist, kann daher offengelassen werden, da der massgebliche Schwellenwert auf jeden Fall erreicht ist.

Da auch kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 10 BöB vorliegt, fällt die vorliegend angefochtene Beschaffung in den sachlichen Anwendungsbereich des BöB.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig.

**1.3** Zur Beschwerde ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Die Beschwerdeführerin ist formell beschwert, denn sie hat am Verfahren vor der Vergabestelle teilgenommen, und sie ist durch die angefochtene Verfügung auch offensichtlich besonders berührt, weil der Zuschlag nicht ihr erteilt wurde.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt der Umstand, dass jemand am Offertverfahren teilgenommen hat und nicht berücksichtigt worden ist, nicht, um die Legitimation zu bejahen. Der unterlegene Anbieter ist zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht nur legitimiert, wenn er eine reelle Chance besitzt, den Zuschlag selber zu erhalten (BGE 141 II 14 E. 4 ff. "Monte Ceneri").

Die Frage, ob der Beschwerdeführer eine derartige reelle Chance besitzt, ist aufgrund der von ihm gestellten Anträge und vorgebrachten Rügen zu beantworten. Ob die entsprechenden Rügen begründet sind, ist insofern sowohl Gegenstand der materiellen Beurteilung als auch bereits vorfrageweise von Bedeutung für das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen (BGE 141 II 14 E. 5.1 "Monte Ceneri"; 137 II 313 E. 3.3.3 "Microsoft"). Für derartige doppelrelevante Sachverhalte gilt, dass es im Stadium der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen genügt, wenn der Beschwerdeführer glaubhaft macht ("mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit geltend macht", "rende vraisemblable"), dass seine Aussichten, nach einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung den Zuschlag zu erhalten, intakt sind (BGE 141 II 14 E. 5.1 m.H. "Monte Ceneri").

Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin geltend, der Ausschluss ihrer Offerte, weil sie bei Position 1.3 (Elementwand Vollwand) eine Wandstärke von 100 mm anstelle der ausgeschriebenen 125 mm angeboten habe, sei unverhältnismässig gewesen. Da die Vergabestelle ihr Angebot nicht bewertet hat, ist die Punktzahl, die ihre Offerte erhalten hätte, nicht bekannt. Die Beschwerdeführerin weist indessen darauf hin, dass die Zuschlagsempfängerin zu einem Preis von Fr. 1'505'851.25 (exkl. MwSt.) offeriert habe, die Beschwerdeführerin dagegen zu einem Preis von Fr. 1'488'553.– (exkl. MwSt.). Der Preis werde bei den Zuschlagskriterien mit 70 % gewichtet. Würde das Gericht der Auffassung der Beschwerdeführerin folgen, dass ihre Offerte zu Unrecht ausgeschlossen worden sei, wäre daher nicht auszuschliessen, dass sie reelle Chancen auf einen Zuschlag hätte.

Hinzu kommt, dass auch ein ausgeschlossener Anbieter legitimiert sein kann, einen Zuschlag anzufechten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er die

Eignung des Zuschlagsempfängers und einzigen anderen Anbieters bestritten, weil bei einem Ausschluss auch dieser Offerte die Aufhebung des ganzen Verfahrens und eine Neuausschreibung des Auftrags erfolgen könnte, was ihm allenfalls die Möglichkeit eines neuen Angebots eröffnen würde. Auch wenn der ausgeschlossene Anbieter keinen direkten Zuschlag an sich selbst, sondern lediglich eine Neuausschreibung erwirken könnte, gilt dieses Interesse als schutzwürdig. Der Anspruch eines ausgeschlossenen Anbieters auf gerichtliche Prüfung der Frage, ob nicht auch der einzige andere Anbieter hätte ausgeschlossen werden müssen, darf daher nicht vereitelt werden, indem ihm die Legitimation abgesprochen wird (BGE 141 II 14 E. 4.7 "Monte Ceneri", vgl. auch Urteile des EuGH vom 4. Juli 2013 C-100/12 Fastweb und vom 5. April 2016 C-689/13 PFE; Urteile des BVGer B-4637/2016 vom 17. März 2017 E. 1.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basis-tunnel" und B-6366/2020 vom 9. Juni 2021 E. 1.5.4 "Erneuerung Weissensteintunnel").

Im vorliegenden Fall liegt in Bezug auf die Eventualvorbringen der Beschwerdeführerin eine derartige Konstellation vor. Die Beschwerdeführerin rügt, auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin weiche vom Leistungsverzeichnis ab. Gemäss Leistungsverzeichnis dürfe bei der Elementwand Position 1.2 und Position 1.3 eine Stossfuge von höchstens 2-3 mm sichtbar sein, doch weise die Systemwand der Zuschlagsempfängerin eine Fugenausbildung von 6 mm auf. In ihrer Replik vom 26. Januar 2022 bringt die Beschwerdeführerin überdies vor, in der Ausschreibung für Position 1.3 sei eine Zusatzeinlage mit einer Gipskarton- oder Fermacellplatte zwingend gefordert worden. Mit diesem in Position 1.3 geforderten Einbau einer zusätzlichen Gips- oder Fermacellplatte als Zusatzeinlage könne der Massenverlust des Absorbers kompensiert werden. Ihr eigenes Angebot erfülle diese Voraussetzung. Demgegenüber verfüge die Zuschlagsempfängerin gemäss ihrer Homepage über kein Wandsystem mit einer zusätzlichen Gipskarton- oder Fermacellplatte als Zusatzeinlage in der Stärke 125 mm. Es bestehe die begründete Vermutung, dass die Zuschlagsempfängerin diesen Punkt nicht erfülle und ebenfalls hätte ausgeschlossen werden müssen. Es sei rechtswidrig, das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschliessen, nicht aber dasjenige der Zuschlagsempfängerin, obschon auch deren Angebot vom Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb abweiche.

Würde die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge durchdringen, dass die Vergabestelle gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen habe, in-

dem sie die Offerte der Beschwerdeführerin, nicht aber diejenige der Zuschlagsempfängerin ausgeschlossen habe, obwohl auch Letztere nicht alle technischen Spezifikationen eingehalten habe, so könnte die Beschwerdeführerin einen Einbezug ihrer Offerte in die Evaluation oder allenfalls einen Abbruch und eine mögliche Neuausschreibung erwirken.

Die Beschwerdelegitimation ist daher gegeben.

**1.4** Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 56 Abs. 1 BöB und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabestelle habe ihr Angebot zu Unrecht als unzulässige Variante eingestuft und vom Verfahren ausgeschlossen.

Angesichts von Widersprüchen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen und mit Blick auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Anbietenden könne es nicht angehen, eine geringfügige funktional beziehungsweise technisch begründete Abweichung vom Baubeschrieb als unzulässige Variante zu qualifizieren. Mit einer Ausnahme entspreche das Angebot der Beschwerdeführerin vollumfänglich dem Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb. Der Wanddicke komme keine eigenständige Funktion zu, weshalb es widersinnig sei, für die drei Elementwände gemäss den Positionen 1.1-1.3 unterschiedliche Wanddicken zu verlangen. Aus technischer Sicht gebe es bezüglich Anschlusswerke keinen Grund, zwei verschiedene Wandstärken auszuschreiben. Vielmehr werde dadurch die für Elementwände typische vollumfängliche Flexibilität unterlaufen. Sie habe in ihrem Angebot das "X. \_\_\_\_\_ System 100" mit einer einheitlichen Wandstärke von 100 mm offeriert, da diese Elementwand den verlangten Schalldämmwert von 51 dB aufweise. Es handle sich daher nicht um eine Variante, sondern um ein technisch, funktional und optisch optimales Angebot, in welchem von den Anforderungen in der Ausschreibung in keiner Weise abgewichen werde.

Auch das Angebot der Zuschlagsempfängerin weiche vom Leistungsverzeichnis beziehungsweise Baubeschrieb ab. Bei der Elementwand Position 1.2 und Position 1.3 dürfe eine Stossfuge von 2-3 mm sichtbar sein.

Die Systemwand der Zuschlagsempfängerin weise indessen eine Fugenausbildung von 6 mm auf. Weiter habe die Zuschlagsempfängerin bei der Position 1.3 die geforderte Gips-Fermacellplatte nicht angeboten. Diese müsste in den zwingend beizulegenden Plandetails im Schnitt ersichtlich sein, was aber offenbar nicht der Fall sei. Die im Angebot der Zuschlagsempfängerin unter der Position 1.2 aufgeführte Trennwand mit der Stärke von 100 mm erfülle den in der Position 1.3 geforderten Schalldämmwert von 50 dB nicht und verfüge nicht über eine Gips-Fermacellplatte. Daher könne die in der Position 1.3 beschriebene Ausführung mit den geforderten 50 dB nicht mit der von der Zuschlagsempfängerin unter der Position 1.2 beschriebenen Ausführung angeboten werden, weil diese die 50 dB nicht erfülle. Die Argumentation der Zuschlagsempfängerin, dass die Stützen und Profilstärken der preistreibende Faktor seien zwischen der Ausführung mit 100 mm (Position 1.2) und derjenigen mit 125 mm (Position 1.3), lasse einzig den Schluss zu, dass ihr Angebot keine zusätzliche Gips-Fermacellplatte enthalte. Die Vergabestelle verstosse gegen das Gleichbehandlungsgebot und das spezifische vergaberechtliche Diskriminierungsverbot, wenn sie das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund einer Abweichung vom Leistungsverzeichnis ausschliesse, nicht aber dasjenige der Zuschlagsempfängerin, das ebenfalls davon abweiche.

Die Vergabestelle macht dagegen geltend, im Leistungsverzeichnis sei explizit vermerkt gewesen, dass der Ausschreibungstext und sämtliche auf den beiliegenden Plänen dargestellten Abmessungen und Ausführungsdetails zwingend einzuhalten seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin enthalte eine Abweichung von diesen Abmessungen. Gemäss den technischen Spezifikationen sei vorgesehen gewesen, dass die Trennwände zwischen zwei Büros eine Wandstärke von 125 mm aufweisen müssten (LV Pos. 1.3), diejenigen zum Korridor und offener Bürofläche dagegen eine Wandstärke von 100 mm (LV Pos. 1.1 und 1.2). Die Beschwerdeführerin habe indessen auch für die Position 1.3 eine Wandstärke von 100 mm anstelle der verlangten 125 mm vorgesehen. Diese Abweichung in den Abmessungen entspreche nicht der technischen Spezifikation der Ausschreibung, weshalb sie gezwungen gewesen sei, das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen. Sie habe das Angebot auch nicht als Unternehmervariante entgegennehmen können, da Varianten gemäss Ausschreibung nicht zulässig seien und die Beschwerdeführerin kein ausschreibungskonformes Grundangebot mit 125 mm Wandstärke eingereicht habe. Daher sei auch eine Bereinigung des Angebots oder eine Nachfrage bei der Beschwerdeführerin von vornherein nicht möglich gewesen.

Was die Stossfugen betreffe, so weiche auch die Offerte der Beschwerdeführerin diesbezüglich vom Leistungsverzeichnis ab, denn sie biete eine Stossfuge von 5 mm an. Die ausgeschriebenen Stossfugen seien aber rein ästhetische Zielvorgaben und könnten bei überwiegenden konstruktiven Begründungen angepasst werden. Gegen das Gleichbehandlungsgebot würde die Vergabestelle nur verstossen, wenn sie die technische Vorgabe von 125 mm Wandstärke nicht berücksichtigen und das Angebot der Beschwerdeführerin mit 100 mm Wandstärke zulassen würde, denn eine dünnere Wand sei günstiger und auch die Zuschlagsempfängerin hätte eine dünnere Wand zu einem günstigeren Preis als dem Zuschlagspreis anbieten können.

**2.1** Die Anbieter müssen ihre Offerte schriftlich, vollständig und fristgerecht einreichen (vgl. Art. 34 Abs. 1 BöB). Die Auftraggeberin kann ein Angebot vom Vergabeverfahren ausschliessen, wenn es wesentliche Formfehler aufweist oder wesentlich von den verbindlichen Anforderungen der Ausschreibung abweicht (vgl. Art. 44 Abs. 1 Bst. b BöB). Dieser Regel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vergabestelle anhand der eingereichten Offerten direkt zur Vergabe des Auftrags schreiten können soll (Urteil des BGer 2C\_241/2012 vom 28. Juni 2012 E. 4.1 "Bioggio"; vgl. auch Urteile des BVGer B-985/2015 vom 12. Juli 2015 E. 4.3.1 "Studie Schienengüterverkehr" und B-2431/2020 vom 7. September 2020 E. 2.1 m. H. "Rechenleistungen ZEM"). Dementsprechend sind die Offerten grundsätzlich aufgrund der innert Frist eingereichten Angaben und Nachweise zu prüfen (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-7479/2016 vom 8. Mai 2017 E. 6.4.2 "Gittermasten"; Urteile des BVGer B-4637/2016 E. 3.15.2 "Tunnelreinigung Gotthard-Basistunnel" und B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 7.3 "Neubau Galgenbucktunnel"). Die Entgegennahme eines Angebots, das den Vorgaben der Ausschreibung beziehungsweise der Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht, ist im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter und dasjenige der Transparenz problematisch (vgl. BVGE 2007/13 E. 3.1 "Vermessung Durchmesserlinie", mit Verweis auf den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-017 vom 23. Dezember 2005, veröffentlicht in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 70.33 E. 2a/aa). Deshalb ist ein solches Angebot unter dem Vorbehalt des Verbots des überspitzten Formalismus grundsätzlich auszuschliessen (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 456 f.). Dies gilt auch dann, wenn in der Folge das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht berücksich-

tigt werden kann (Zwischenentscheid des BVGer B-3374/2019 vom 2. September 2019 E. 5.8 "Produkte zur Innenreinigung III"; BVGE 2007/13 E. 3.3 "Vermessung Durchmesserlinie").

**2.2** Die Auftraggeberin bezeichnet in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die erforderlichen technischen Spezifikationen. Diese legen die Merkmale des Beschaffungsgegenstands wie Funktion, Leistung, Qualität, Sicherheit und Abmessungen oder Produktionsverfahren fest und regeln die Anforderungen an Kennzeichnung und Verpackung (Art. 30 Abs. 1 BöB). Die Ausschreibungsunterlagen haben unter anderem Aufschluss über den Gegenstand der Beschaffung, einschliesslich technischer Spezifikationen und Konformitätsbescheinigungen, Pläne, Zeichnungen und notwendige Instruktionen sowie Angaben zur nachgefragten Menge zu geben (Art. 36 Bst. b BöB). Die Auftraggeberin beschreibt die Anforderungen an die Leistung, insbesondere deren technische Spezifikationen nach Art. 30 BöB so ausführlich und klar wie nötig (Art. 7 Abs. 1 VöB). Der Leistungsbeschreibung (Beschreibung des Beschaffungsgegenstands) enthält alle notwendigen Anforderungen an den Leistungsgegenstand und bildet zusammen mit den technischen Spezifikationen (Formulierung der Detailanforderungen) das Kernstück der Ausschreibung (HANS RUDOLF TRÜEB, in: Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Wettbewerbsrecht II, Kommentar, 2011, Art. 12 BöB N. 1 f., Art. 18 BöB N. 13 f.; BARBARA OECHSLIN/THOMAS LOCHER, in: Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, Art. 30 BöB N. 7 f.). Produktanforderungen sind – soweit sich aus der Ausschreibung nichts anderes ergibt – absolute Kriterien. Ihre Nichterfüllung führt grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung des Angebots (Zwischenentscheid des BVGer B-6295/2017 vom 18. Juni 2018 E. 4.7 "Produkte zur Aussenreinigung"; OECHSLIN/LOCHER, a.a.O., Art. 30 N. 7 f.).

**2.3** Im vorliegenden Fall verwies die Ausschreibung bezüglich aller Zuschlagskriterien pauschal auf die Ausschreibungsunterlagen (Ziff. 2.10).

Das Leistungsverzeichnis "Gewerk: 377.1 Element-Trennwände", welches Teil der Ausschreibungsunterlagen bildet, enthält die folgende allgemeine Vorgabe:

"Allgemein

Es ist für alle unten beschriebenen Teilbereiche ein durchgängiges System anzubieten, welches technisch, funktional sowie optisch optimal abgestimmt ist und ein einheitliches Erscheinungsbild garantiert.

Der Ausschreibungstext ist wie sämtliche auf den beiliegenden Plänen dargestellten Abmessungen und Ausführungsdetails etc. zwingend einzuhalten.

Es ist die exakt beschriebene Ausführung anzubieten. Auf allfällige Änderungen und Ergänzungen dazu, ist ausdrücklich hinzuweisen. Abweichende Angebote müssen nicht berücksichtigt werden." (Leistungsverzeichnis, S. 2)

Sodann hielt die Vergabestelle in den "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A", Ziffer 4.6.8 Besondere Produkt- Fabrikat- und Materialbestimmungen, Folgendes fest:

"Sofern mit dem Angebot andere als in der Projektierung berücksichtigte und in der Ausschreibung vorgesehene Fabrikate und Materialien offeriert werden, so müssen diese zwingend der geforderten Gleichwertigkeit entsprechen. Ein vollständiger Nachweis zur Gleichwertigkeit der von der Bauherrschaft vorgegebenen Produkte hat der Anbieter zu erbringen und zu dokumentieren. Dieser Nachweis wird durch den Projektverfasser geprüft und gegebenenfalls bestätigt. Der endgültige Entscheid über das Erfüllen des Gleichwertigkeitsnachweises verbleibt bei der Bauherrschaft." (Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A, Ziffer 4.6.8 S. 13)

Weiter verlangte die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen, dass die Anbieter ein "vollständig ausgefülltes, insbesondere mit Preisen ergänztes Leistungsverzeichnis/Baubeschrieb" einreichen (vgl. "Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A", Ziff. 5 Einzureichende Angebotsunterlagen). Sie brachte hierbei den folgenden Vermerk an:

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

Varianten, falls gemäss Ausschreibungstext zulässig, sind ausdrücklich als solche zu bezeichnen und zusätzlich zum Grundangebot gesondert einzureichen." (Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Werkleistungen, Teil A, Ziff. 5 S. 15)

Gemäss der Ausschreibung waren Varianten nicht zugelassen (vgl. Ausschreibung, Ziff. 2.11).

**2.4** Die umstrittene Position 1.3 ist im Leistungsverzeichnis "Gewerk: 377.1 Element-Trennwände" wie folgt definiert:

**"Pos. 1.3 Elementwand Vollwand**

Systemwand, Wanddicke 125 mm;

Profilhöhe 35-40 mm,

Rahmenmaterial Aluminium, Farbe RAL 9016;

Unteres Profil zur Aufnahme von Unebenheiten im Doppelboden geeignet.  
Möglicher Wandaufbau siehe Detailpläne;

Beplankung Spanplatte mit Belegung Melaminharzplatte

Feinhammerschlag, RAL 9016;

Stossfuge sichtbar 2-3 mm;

Schalldämmwert mind.  $(R_w+C) \geq 50$  dB (Laborwert);

Zusatz-Einlage: Gipskarton-/Fermacell-Platten;

Brandschutzanforderungen: keine

Elementhöhe: OK Doppelboden bis UK Betondecke;

genaue Höhe siehe entsprechende Pos."

**2.5** Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bei dieser Position 1.3 eine Wandstärke von 100 mm angeboten hat und nicht von 125 mm, wie es gefordert war (vgl. Offerte der Beschwerdeführerin, Leistungsverzeichnis vom 16. August 2021). Als Produkt nannte sie "X. \_\_\_\_\_ System 100".

**2.6** Andererseits ergibt sich aus der Offerte der Zuschlagsempfängerin, dass diese eine Wandstärke von 125 mm angeboten hat. Als Produkt führte sie dabei aber "Y. \_\_\_\_\_ System 100" an. Die genauen Ausmasse dieses Produkts ergeben sich aus den der Offerte beigelegten Detailplänen: Das "Y. \_\_\_\_\_ System 100" weist, wie bereits der Name indiziert, eine Wandstärke von 100 mm auf.

Die Vergabestelle bezieht sich in ihrer Argumentation, in der sie die Offerte der Zuschlagsempfängerin verteidigen will, auf das von der Zuschlagsempfängerin ebenfalls offerierte "Y. \_\_\_\_\_ System 125" mit einer Wandstärke von 125 mm. Dieses System wurde von der Zuschlagsempfängerin indessen nicht in Bezug auf die Position 1.3, sondern in Bezug auf andere Positionen angeboten.

**2.7** Zwar kann der Beschwerdeführerin insofern nicht gefolgt werden, als sie offenbar davon ausgeht, dass die angebotene Elementwand zwingend

mit ausgearbeiteten Detailplänen darzustellen war. Der Umstand, dass sich aus den beigelegten Plänen nicht entnehmen lässt, dass und wo die Zuschlagsempfängerin die verlangte Zusatzeinlage einer Gipskarton-/Fermacell-Platte vorgesehen hatte, belegt daher noch nicht, dass eine derartige Platte von ihr nicht angeboten worden war.

Die Offerte der Zuschlagsempfängerin ist aber in Bezug auf die Position 1.3 insofern offensichtlich widersprüchlich, als sie diesbezüglich versichert, eine Wandstärke von 125 mm anzubieten, aber unter Verwendung eines Systems, das lediglich eine Wandstärke von 100 mm aufweist. Eine Erklärung, wie dieser Widerspruch aufzulösen wäre, hat die Vergabestelle nicht vorgebracht. Es ist zwar – jedenfalls für die nicht fachkundige Rechtsmittelinstanz – vorstellbar, dass eine Wandstärke von 125 mm erzielt werden könnte, indem die verlangte zusätzliche Gipskarton-/Fermacell-Platte auf die 100 mm dicke Systemwand aufgeklebt würde. Da indessen auch die Beschwerdeführerin dies bei ihrer gleich dicken Systemwand vorgesehen hatte, ist nicht ersichtlich, warum das "Y. \_\_\_\_\_ System 100" der Zuschlagsempfängerin die technischen Vorgaben erfüllen sollte, das "X. \_\_\_\_\_ System 100" der Beschwerdeführerin dagegen nicht.

**2.8** Die zitierten Passagen in den Ausschreibungsunterlagen ("Der Ausschreibungstext ist wie sämtliche auf den beiliegenden Plänen dargestellten Abmessungen und Ausführungsdetails etc. zwingend einzuhalten. Es ist die exakt beschriebene Ausführung anzubieten. [...] Abweichende Angebote müssen nicht berücksichtigt werden", "Abänderungen der vom Bauherrn abgegebenen Unterlagen sind nicht zulässig; entsprechende Angebote können vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden") sehen vor, dass von den technischen Vorgaben abweichende Angebote nicht berücksichtigt werden müssten. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle lässt sich diesen Passagen nicht entnehmen, dass sie gezwungen wäre, Offerten mit auch nur geringfügigen Abweichungen vom Verfahren auszuschliessen. Vielmehr gestehen diese Formulierungen der Vergabestelle ein gewisses Ermessen zu, ob sie Angebote, die Abweichungen von den technischen Vorgaben aufweisen, ausschliessen oder in die Evaluation einbeziehen will. Zwingend ist indessen, dass die Vergabestelle dieses ihr zustehende Ermessen unter Berücksichtigung des Gebots der Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. Art. 2 Bst. c BöB) wahrnimmt.

**2.9** Wie dargelegt, ergibt sich aus den Akten, dass beide Anbieterinnen die Verwendung eines Systems vorgesehen hatten, das eine Wandstärke von

lediglich 100 mm aufweist. Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen – offenbar ohne Rückfragen – das eine Angebot ausgeschlossen und das andere berücksichtigt hat, hat sie das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieter verletzt.

### **3.**

In Bezug auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin macht die Vergabestelle geltend, es wäre der Zuschlagsempfängerin konstruktiv möglich, ihre Leistungen mit einer Stossfuge von 2-3 mm zu erbringen, und beantragt in diesem Zusammenhang die Befragung der Zuschlagsempfängerin. Weiter führt die Vergabestelle aus, sie habe mit Blick auf die Anforderungen an die Elementwände den Bereichsleiter Bauphysik und Akustik beigezogen. Dieser habe vor der Ausschreibung der Elementwände ein Bauakustikkonzept erstellt, das die akustischen Anforderungen an die einzelnen Wände festgelegt habe. Die Ergebnisse des Bauakustikkonzeptes seien in die Ausschreibung eingegangen. Der Bauakustiker habe darauf hingewiesen, dass bei einer 125 mm-Wand im Vergleich zu einer 100 mm-Wand deutlich besserer Schalldämmwerte im hohen Frequenzbereich, beispielsweise bei Telefongesprächen, aufträten. Demgegenüber verzeichne eine 100 mm-Wand im hohen Frequenzbereich einen deutlichen Einbruch des Schalldämmwertes. Deshalb seien in der Pos. 1.3 explizit 125 mm-Elementwände vorgeschrieben worden. Die Vergabestelle beantragt diesbezüglich eine Befragung ihres Bereichsleiters Bauphysik und Akustik.

**3.1** Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, wenn die noch im Raum stehenden Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung abgeht oder umgekehrt die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist, oder wenn die entscheidende Behörde ihre Überzeugung auf Grund der bereits abgenommenen Beweise bereits gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 141 I 60 E. 3.3 m.H.).

**3.2** Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, inwiefern die Frage, ob die Zuschlagsempfängerin ihre Leistungen auch mit einer Stossfuge von

2-3 mm erbringen könnte, entscheidend relevant sein sollte, solange gar nicht behauptet wird, dass die Angebote der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin sich diesbezüglich unterscheiden. Auf eine Befragung der Zuschlagsempfängerin zu dieser Frage ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

**3.3** Eine Befragung des Bauakustikers zur Frage, aus welchen Gründen die Vergabestelle in Position 1.3 des Leistungsverzeichnisses eine Wandstärke von 125 mm verlangt hat, verspricht keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Entscheidend für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens ist nicht, ob die Vergabestelle mit dieser technischen Anforderung ihr Ermessen rechtskonform ausgeübt hat oder nicht, sondern vielmehr, dass sie unter Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung der Anbieter von zwei Angeboten, welche beide die Verwendung eines Systems mit einer Wandstärke von lediglich 100 mm vorsehen, das eine Angebot ausgeschlossen und das andere berücksichtigt hat (vgl. E. 2.9 hievor). Auch auf eine Befragung des Bereichsleiters Bauphysik und Akustik ist daher in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten.

#### **4.**

Die Beschwerde erweist sich daher insoweit als begründet, als damit die Aufhebung des Zuschlags vom 29. August 2021 beantragt wird.

Die Beschwerdeführerin beantragt in ihrem Hauptbegehren indessen nicht nur die Aufhebung des angefochtenen Zuschlags, sondern auch eine Rückweisung zum direkten Zuschlag an sie selbst.

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle lediglich das Angebot der Zuschlagsempfängerin, nicht aber dasjenige der Beschwerdeführerin evaluiert. Ob das Angebot der Beschwerdeführerin das wirtschaftlich Günstigste wäre, wenn es nicht auszuschliessen wäre, ist daher nicht erstellt. Vor allem aber steht der Vergabestelle, wie dargelegt, ein gewisses Ermessen zu, ob sie Angebote, die Abweichungen von den technischen Vorgaben aufweisen, ausschliessen oder in die Evaluation einbeziehen will. Erfüllen die beiden einzigen Anbieterinnen die gleiche Vorgabe nicht, und handelt es sich dabei nicht um eine derart wesentliche Vorgabe, dass anzunehmen ist, ein Verzicht darauf hätte den Kreis der potentiellen Anbieter erweitert, so steht es der Vergabestelle daher frei, entweder auf diese Anforderung zu verzichten und beide Angebote zu evaluieren oder von beiden Anbieterinnen überarbeitete Offerten unter Einhaltung der Anforderung zu verlangen oder aber das Verfahren abubrechen, allenfalls im Hinblick auf eine

neue Ausschreibung. Zwingend ist dabei einzig, dass sie bei dem von ihr gewählten Vorgehen das Gebot der Gleichbehandlung der Anbieterinnen beachtet.

Angesichts dieser Umstände ist ein Rechtsanspruch der Beschwerdeführerin auf den Zuschlag nicht erstellt, weshalb ihrem Hauptbegehren insofern nicht stattgegeben werden kann. Die Beschwerde ist lediglich insofern teilweise gutzuheissen, als der Zuschlag aufzuheben und die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen ist, damit sie das ihr zustehende Ermessen unter Beachtung des Gebots der Gleichbehandlung beider Anbieterinnen wahrnimmt.

#### **5.**

Eine Rückweisung mit offenem Ausgang wird praxisgemäss im Kostenpunkt wie ein Obsiegen des Beschwerdeführers behandelt. Der Beschwerdeführerin sind daher keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Vergabestellen haben, auch wenn sie unterliegen, keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **6.**

Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Parteikosten sind dann als notwendig zu betrachten, wenn sie zur sachgerechten und wirksamen Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung unerlässlich erscheinen (vgl. BGE 131 II 200 E. 7.2). Die obsiegende Beschwerdeführerin ist im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten, weshalb ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen ist. Sie hat indessen keine Kostennote eingereicht, weshalb die ihr zuzusprechende Parteientschädigung nach Ermessen und aufgrund der Akten festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen.

Der Zuschlag vom 27. August 2021 wird aufgehoben und die Sache wird zum weiteren Vorgehen im Sinne der Erwägungen an die Vergabestelle zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

**3.**

Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vergabestelle eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zugesprochen

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vergabestelle und die Zuschlagsempfängerin.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG), soweit sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 Bst. f Ziff. 1 und 2 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 1. April 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vergabestelle (Ref-Nr. SIMAP-Projekt-ID 223624;  
Gerichtsurkunde)
- die Zuschlagsempfängerin (Einschreiben)