

JAAC 62.17

Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössischen
Rekurskommission für das öffentliche
Beschaffungswesen vom 7. November 1997

Marchés publics. Conduite des négociations. Critères d'adjudication.

Les procès-verbaux de négociations établis conformément à l'art. 26 al. 3 et 4 OMP doivent être formulés de manière à ce que le résultat mais aussi le déroulement des négociations et l'évolution des offres puissent être retracés. Les négociations du prix doivent en tout cas correspondre en tous points aux strictes exigences de forme posées par l'art. 26 al. 2 OMP.

Le principe de l'égalité de traitement doit être respecté lors des négociations. Afin de pouvoir comparer les offres, et pour tenir compte des différences de concept de celles-ci, il peut se révéler nécessaire de poser des questions différentes à chaque soumissionnaire.

Lorsque le prix n'est qu'un critère d'adjudication parmi d'autres, il ne revêt pas un caractère obligatoirement déterminant pour l'adjudicateur. Seules l'appréciation et la prise en compte de tous les critères d'adjudication permet au pouvoir adjudicateur de prendre sa décision.

*Öffentliches Beschaffungswesen. Durchführung von Verhandlungen.
Zuschlagskriterien.*

Die gemäss Art. 26 Abs. 3 und 4 VoeB erstellten Verhandlungsprotokolle müssen so ausgestaltet sein, dass das Resultat und der Gang der Verhandlungen sowie die Entwicklung der Angebote nachvollziehbar ist. Allfällige Preisverhandlungen (sogenannte Abgebotsrunden) haben in allen Teilen den strengen Formvorschriften von Art. 26 Abs. 2 VoeB zu entsprechen.

Bei Verhandlungen ist der Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Das Erreichen einer Vergleichbarkeit der Offerten kann unterschiedliche Fragen notwendig machen, um den jeweils unterschiedlichen Konzepten der Submittenten Rechnung tragen zu können.

Ist der Preis nur eines von mehreren zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien, kommt ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zu. Erst die Bewertung und Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien gestattet es der Vergabebehörde, den Zuschlag zu erteilen.

Acquisti pubblici. Trattative. Criteri d'aggiudicazione.

I verbali delle trattative stesi conformemente all'art. 26 cpv. 3 e 4 OAPub debbono essere strutturati in modo da poterne evincere l'esito e lo svolgimento delle stesse nonché l'evoluzione delle offerte. Le eventuali trattative sul prezzo devono soddisfare in ogni loro parte le severe condizioni di forma di cui all'art. 26 cpv. 2 OAPub.

Nelle trattative va osservato il principio della parità di trattamento. Per comparare le offerte, può essere necessario porre domande diverse a ciascun offerente, al fine di tener conto delle differenze esistenti tra i progetti.

Ove rappresenti soltanto uno dei criteri d'aggiudicazione da prendere in considerazione, il prezzo non è necessariamente decisivo ai fini dell'aggiudicazione. Soltanto la valutazione e la presa in considerazione di tutti i criteri d'aggiudicazione consentono all'autorità competente di prendere una decisione in merito.

Zusammenfassung des Sachverhalts:

(Beschwerde gegen den Zuschlag für die Durchführung der Einkommens- und Verbrauchserhebung 1998 [EVE 98], vgl. [VPB 61.24](#), S. 261 ff.)

Mit Zwischenentscheid vom 17. Februar 1997 ([VPB 61.24](#), a. a. O.) wies die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (im folgenden: Rekurskommission) das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Sinne der Erwägungen ab. Das Gesuch um vollständige Akteneinsicht wurde mit Verfügung des Präsidenten der Rekurskommission am 5. März 1997 teilweise gutgeheissen und den Beschwerdeführerinnen Gelegenheit gegeben, sich zu den ihnen zugestellten Akten und zur Vernehmlassung des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 7. Februar 1997 zu äussern.

E. Gestützt auf die gewährte Akteneinsicht reichten die Beschwerdeführerinnen am 27. März 1997 ihre Stellungnahme ein, in der sie - wie bereits in der Beschwerde - geltend machen, bei der ARGE

L./D. hätte niemand die Gesamtverantwortung übernommen und bei der Vergabe sei das BFS befangen bzw. voreingenommen gewesen. Die Offerte der ARGE L./D. sei zu Beginn der Offertverhandlungen teurer gewesen, ihr sei aber im Verlauf der Offertverhandlungen einseitig Gelegenheit gegeben worden, die Kosten zu reduzieren, bis die beiden Konkurrenzofferten letztlich kostenmässig gleichwertig waren. Die Beschwerdeführerinnen stellen neu die Anträge, es sei die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen (Antrag 1), und es sei ihnen Schadenersatz zuzusprechen (Antrag 2).

Aus den Erwägungen:

1. (...)

In der Replik halten die Beschwerdeführerinnen gemäss Antrag 2 an ihrem Begehren um Zusprechung von Schadenersatz fest. Über ein Schadenersatzbegehren ist erst zu befinden, nachdem die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung im Verfahren nach Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) durch die Rekurskommission festgestellt worden ist. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BoeB hat der Anbieter oder die Anbieterin das Schadenersatzbegehren zudem bei der Auftraggeberin einzureichen. Zuständig zur Behandlung des Begehrens sind nicht die Vergabebehörden, sondern die in Art. 64 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) genannten Stellen. Im vorliegenden Fall wäre dies das Eidgenössische Finanzdepartement. Erst gegen eine allfällige Verfügung des Departements ist die Beschwerdemöglichkeit an die Rekurskommission gegeben (Art. 35 Abs. 2 BoeB). Im jetzigen Zeitpunkt kann die Rekurskommission folglich auf das von den Beschwerdeführerinnen gestellte Schadenersatzbegehren von vornherein nicht eintreten.

Damit ist einzig die Frage der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung noch Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens.

2. Die Beschwerdeführerinnen bringen zunächst vor, eine Voraussetzung für den Zuschlag sei die Übernahme der Gesamtverantwortung durch einen Anbieter gewesen. Dies ergebe sich aus Ziff. 5 der Ausschreibung. Die Verantwortlichen seien bei der ARGE L./D. indes nicht klar bezeichnet. Damit fehle es an einer unabdingbaren Voraussetzung für den Zuschlag, weshalb dieser als ungültig zu betrachten sei.

Ziff. 5 der Ausschreibung hält fest, dass Bietergemeinschaften zur Einreichung einer Offerte zugelassen sind, «wenn ein Anbieter gegenüber dem Auftraggeber die Gesamtverantwortung übernimmt». Gemäss Art. 21 Abs. 1 VoeB sind Bietergemeinschaften grundsätzlich zur Angebotseinreichung zugelassen. In begründeten Einzelfällen kann die Auftraggeberin diese Möglichkeit in der Ausschreibung jedoch beschränken oder ausschliessen (Art. 21 Abs. 1 letzter Satz VoeB). Eine bestimmte Rechtsform der Bietergemeinschaft für die Ausführung des Auftrags im Sinne von Art. 21 Abs. 2 VoeB wurde in der Ausschreibung nicht verlangt. In seiner Vernehmlassung vom 7. Februar 1997 führt das BFS aus, die Formulierung der Ausschreibung bedeute nicht, dass im Falle einer Bietergemeinschaft ein

Anbieter allein die Gesamtverantwortung tragen müsse. Die ARGE L./D. habe für die Durchführung des Auftrags eine einfache Gesellschaft gebildet. Damit trage nicht nur ein Partner allein, sondern sogar beide zusammen solidarisch die Haftung für allfällige Entschädigungsansprüche der Auftraggeberin. Bei dieser Argumentationsweise liesse sich fragen, ob es nicht angezeigt gewesen wäre, von den Anbietern und Anbieterinnen eine bestimmte Rechtsform für die Bietergemeinschaft zu verlangen, welche Gewähr dafür bietet, dass die Abwicklung des in Aussicht stehenden Auftrages präzise geregelt ist (*Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Fn. 11 zu Rz. 287). Dem BFS ging es indes offensichtlich nicht darum, solch erhöhte Anforderungen an die Teilnehmer und Teilnehmerinnen zu stellen. Die Auftraggeberin wollte vielmehr lediglich sicherstellen, dass die Verantwortung für die einzelnen Phasen der EVE 98 einem bestimmten Ansprechpartner zugeordnet werden kann. Diesbezüglich ist die Formulierung in der Ausschreibung zwar unglücklich gewählt, da aus einer Übernahme der Gesamtverantwortung noch nicht zwingend auf die personelle Projektorganisation geschlossen werden kann. Tatsache ist aber, dass L. und D. durch ihren Zusammenschluss zur ARGE L./D. die Gesamtverantwortung der ARGE übertrugen und deren Organisation dem BFS offenlegten, wobei sie zudem regelten, wer in welcher Phase für was verantwortlich ist. Bei dieser Sachlage käme der Übernahme der Gesamtverantwortung durch einen Gesellschafter der ARGE rein deklaratorischer Charakter zu und wäre für das BFS von keinem weitergehenden praktischen Nutzen. Aus dem Umstand, dass im Rahmen der Offertgespräche die Frage der personellen Verantwortlichkeit angesprochen wurde, kann im übrigen noch nicht der Schluss gezogen werden, die Gesamtverantwortung sei noch nicht klar bestimmt gewesen, wurde diese Frage doch auch in den Offertgesprächen mit den Beschwerdeführerinnen besprochen. Mit dem von den Beschwerdeführerinnen erhobenen Einwand lässt sich daher die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsverfügung nicht dartun.

3. Die Beschwerdeführerinnen werfen dem BFS ferner Befangenheit bzw. Voreingenommenheit, die unsachgemässe Bevorzugung der ARGE L./D., eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots sowie einen Verstoss gegen Treu und Glauben vor.

a. Gemäss Art. 26 BoeB richtet sich das Verfahren nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

Zur Rüge der Befangenheit des BFS ist vorab festzuhalten, dass die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG auch für das Verfügungsverfahren nach dem 4. Abschnitt des BoeB zu beachten sind. Sie sind indessen nur auf natürliche Personen, die eine Verfügung zu treffen oder vorzubereiten haben, nicht aber auf eine Behörde als solche anwendbar. Das Bundesgericht lehnt es überdies ab, sofern nicht ausserordentliche Umstände vorliegen, eine Behörde als Ganzes für ausstandspflichtig zu erklären, auch wenn Interessenkollisionen möglich sind (**BGE 122 II 477** E. 3b, 105 Ib 130, 97 I 862 E. 4; *André Grisel*, Traité de droit administratif, Bd. II, Neuenburg 1984, S. 835; *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und

Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 104). Da von ausserordentlichen Umständen vorliegend keine Rede sein kann, ist auf den pauschalen Vorwurf der Befangenheit nicht weiter einzugehen.

b. Zu prüfen bleibt, ob die Vergabebehörde eine Anbieterin in unsachgemässer Art und Weise bevorzugt hat. Ein solches Vorgehen würde eine Rechtsverletzung darstellen, welche dem Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB und ebenfalls Art. VII Ziff. 1 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA, SR 0.632.231.422) widersprechen würde.

Die Beschwerdeführerinnen sehen die unsachliche Bevorzugung der ARGE L./D. durch das BFS darin, dass für 1996 ursprünglich eine separate Durchführung der Erhebung «Lebensbedingungen» vorgesehen war. Anfangs 1996 wurde diese Erhebung nach Einholung von Offerten durch die Abteilung Gesellschaft und Bildung des BFS aus Kostengründen abgebrochen. Den Beschwerdeführerinnen, welche sich ebenfalls um diesen Auftrag beworben hatten, wurde mit Schreiben vom 12. Januar 1996 mitgeteilt, dass das Projekt sistiert werde. Sollte es jedoch zu einer Erteilung des Auftrages kommen, so werde dieser an L. erfolgen. Da die Erhebung «Lebensbedingungen» Bestandteil der für das vorliegende Verfahren relevanten Ausschreibung sei, habe das BFS durch seine schriftliche Ankündigung seinen späteren Vergabeentscheid bereits vorweggenommen.

Im vorliegenden Fall wurde die Sektion Kultur und Lebensbedingungen der Abteilung Gesellschaft und Bildung angefragt, zu den eingereichten Offerten der Beschwerdeführerinnen und der ARGE L./D. Stellung zu nehmen. In dieser Stellungnahme wurden sowohl die Stärken und Schwächen der beiden Offerten dargestellt und deren Vor- und Nachteile abgewogen. Zum Thema «Lebensbedingungen» wurde festgehalten, die Offerte der ARGE L./D. sei ausgereifter. Demgegenüber scheinen die Beschwerdeführerinnen den Einbezug des Moduls «Lebensbedingungen» nicht auf Anhieb verstanden zu haben. Auch die Sektion Tourismus der Abteilung Raumwirtschaft nahm zu den Offerten Stellung. Sie stellte fest, dass die Offerte der ARGE L./D. sehr detailliert sei, wogegen die Offerte der Beschwerdeführerinnen viele Fragen offen lasse. Die Stellungnahmen dieser beiden Sektionen fanden in den Vergabeentscheid des BFS vom 4. September 1996 Eingang.

Das BFS stellt sich auf den Standpunkt, bei den ausschreibenden Vergabestellen handle es sich um unterschiedliche Abteilungen. Die Ausschreibung EVE 98 sei durch die eine Equipe der Sektion Preise und Verbrauch erfolgt. Diese Sektion sei ein Teil der Abteilung Volkswirtschaft und Preise des BFS. Die Ausschreibung «Lebensbedingungen» hingegen sei durch die Sektion Kultur und Lebensbedingungen der Abteilung Gesellschaft und Bildung betreut worden. Die für die jeweilige Ausschreibung verantwortlichen Verwaltungseinheiten seien somit organisatorisch voneinander getrennt. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, um so mehr als in der Stellungnahme der Sektion Kultur und Lebensbedingungen nichts darauf hindeutet, sie hätte sich in ihrer Beurteilung der eingereichten Offerten durch das frühere Ausschreibungsverfahren «Lebensbedingungen» beeinflussen lassen. Im Vergabeentscheid wird zur Beurteilung des Annexmoduls «Lebensbereich» durch die Sektion Preise und Verbrauch ausgeführt, die Vertrautheit mit dieser Thematik komme sicherlich daher, dass L. in der Ausschreibung

«Mikrozensus Lebensbedingungen 1996» die mit Abstand beste Offerte eingereicht habe. Diese Äusserung des BFS ist eine Interpretation der Beurteilung der Sektion Preise und Verbrauch, die zu erklären versucht, wieso die Offerte der ARGE L./D. in diesem Bereich möglicherweise ausgereifter erscheint. Dass die Offerte in diesem Punkt ausgereifter ist, weil L. bei der Ausschreibung «Lebensbedingungen» die beste Offerte einreichte, wird damit nicht gesagt. Ganz abgesehen davon, dass die Rekurskommission die Angemessenheit im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht überprüfen kann (Art. 31 BoeB). Sie hat zu überprüfen, ob die ausschreibende Behörde das vorgegebene Verfahren eingehalten hat und ob unter anderem die Auswahl der Anbieter oder des Anbieters nach den in der Ausschreibung publizierten Zuschlagskriterien erfolgte. Bei der Auswahl der Offerten hat die Rekurskommission sicherzustellen, dass sie nicht in Verletzung des der Verwaltung zustehenden Ermessens erfolgte. Eine rechtsverletzende Beurteilung der Offerten der Beschwerdeführerinnen und der ARGE L./D. durch die Sektionen Kultur und Lebensbedingungen sowie Tourismus hat vorliegend nicht stattgefunden, da die beiden Offerten sowohl auf ihre Stärken als auch ihre Schwächen untersucht wurden.

Die Bezugnahme auf die Stellungnahmen der beiden Fachsektionen im Vergabeentscheid des BFS stellt daher noch keine unsachgemässe Bevorzugung der ARGE L./D. dar, zumal die Beurteilung der Fachsektionen für die Vergabe nicht ausschlaggebend war, sondern vor allem damit begründet wurde, die berücksichtigte Anbieterin habe eine überzeugendere Organisation und Qualifikation der Projektleitung und verfüge über einen sehr klaren Ansatz für die Piloterhebung. Allein im Umstand, dass das BFS in der Vergangenheit häufig mit L. zusammengearbeitet hat bzw. nach den Angaben der Beschwerdeführerinnen seit 1994 alle im Submissionsverfahren vergebenen Aufträge an L. erfolgten, kann noch kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip erblickt werden. (...)

4. Die Beschwerdeführerinnen werfen dem BFS weiter vor, dass es die Anbieterinnen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens nicht rechtsgleich behandelt und die ARGE L./D. bevorzugt habe.

a.aa. - dd. (...)

ee. Zusammenfassend lässt sich die Preisentwicklung der Offerten schematisch wie folgt darstellen:

	Offerte	1. Offertzusatz	2. Offertzusatz
Piloterhebung ARGE L./D. Beschwerdeführerin	776127 561500	573127 610412/759201*	keine Veränderung 600402/748446*
Haupterhebung ARGE L./D. Beschwerdeführerin	6202155/7783182* 5189830/7437900*	wie Offerte 5535749/7968671*	5974445/7538161* 5256186/7745021*
Druckkosten ARGE L./D. Beschwerdeführerin	keine Angaben 38100	55985/104135* wie Offerte	keine Veränderung keine Veränderung

*Werden zwei Beträge aufgeführt, so bezeichnen diese den jeweiligen Tiefst- und Höchstpreis.

Auf der Grundlage der Offertbereinigungen wurden durch das BFS die Kosten für beide Offerten als nahe beieinander liegend betrachtet.

ff. - gg. (...)

Im folgenden ist zu prüfen, ob es im Rahmen der Abwicklung dieser Offertgespräche zu einer Verletzung der Vergabevorschriften im Sinne von Art. 49 Bst. a VwVG gekommen ist.

b. Nach Art. 20 Abs. 1 BoeB dürfen Verhandlungen geführt werden, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen worden ist oder kein Angebot als das wirtschaftlich günstigste Abgebot erscheint.

Das BFS hat sich unter Ziff. 19 der im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 24. Mai 1996 (SHAB Nr. 100 S. 3052 f.) publizierten Ausschreibung die Durchführung von Verhandlungen ausdrücklich vorbehalten.

c. Ist eine der Voraussetzungen von Art. 20 Abs. 1 BoeB erfüllt, so kann die Auftraggeberin gemäss Art. 26 Abs. 1 VoeB aufgrund der Zuschlagskriterien unter den Anbietern und Anbieterinnen diejenigen auswählen, mit denen sie verhandeln will. Sie berücksichtigt, wenn möglich, mindestens drei Anbieter oder Anbieterinnen.

Von den vier Offerten erfüllten nur zwei die Eignungskriterien. Das BFS konnte somit einzig mit den zwei Anbieterinnen verhandeln, welche die Eignungsanforderungen erfüllten.

d. Art. 20 BoeB verzichtet darauf, das Ziel von Verhandlungen zu nennen. Das GATT/WTO-Übereinkommen sieht in Art. XIV Ziff. 2 vor, dass Verhandlungen hauptsächlich dazu dienen sollen, die Stärken und Schwächen der Angebote zu erkennen.

In der Botschaft zum BoeB (BBl 1994 IV 1192) wird ausgeführt: «Die EU kennt Verhandlungen in der vom GATT-Übereinkommen vorgesehenen Form nicht, sondern behält sich hier restriktivere Bestimmungen vor. So dürfen Verhandlungen innerhalb des offenen und des selektiven Verfahrens nur geführt werden, wenn diese der Präzisierung oder Vervollständigung des Angebots dienen oder Erläuterungen zu den Anforderungen an das Angebot beinhalten, wobei diese Diskussionen kein diskriminatorisches Element enthalten dürfen. Verhandlungen über die Kernpunkte des Angebots, wie z. B. der Preis, sind nicht gestattet. Im vorliegenden Bundesgesetz wird entgegen der EU-Lösung der volle Handlungsspielraum des GATT-Übereinkommens, welches ja auch die EU akzeptiert hat, ausgenutzt. Es ist nicht einzusehen, warum der Bund nicht die Flexibilität haben soll, über Inhalte des Angebots zu verhandeln. Voraussetzung für solche Verhandlungen muss ein faires und transparentes Verfahren sein.»

Aus der Botschaft wie auch aus den Voten in den Parlamentarischen Beratungen (vgl. Votum Ledergerber, AB 1994 N 2299) geht klar hervor, dass im Rahmen von Verhandlungen über die Inhalte des Angebotes, d. h. auch über den Preis, verhandelt werden kann. Obwohl in der Lehre und in den parlamentarischen Beratungen einhellig auf die Gefahren und Nachteile von Preisverhandlungen hingewiesen wird (*Peter Gauch*, Das

neue Beschaffungsgesetz des Bundes - Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 114/1995, S. 235 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a. a. O., Rz 436 f.; AB 1994 N 2290 ff., S 1173 ff.), ist klar davon auszugehen, dass im Gegensatz zu der Regelung in der EU und im Rahmen der Vorgaben des GATT/WTO-Übereinkommens die Möglichkeit zu Verhandlungen besteht.

Ziel der Verhandlungen des BFS mit den beiden Anbieterinnen war, eine bestmögliche Vergleichbarkeit der beiden Offerten zu erreichen. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Dies verstösst nicht gegen Art. 20 BoeB.

e. Bei Durchführung von Verhandlungen haben sich die beteiligten Parteien an die Vorgaben des geltenden Vergabeerlasses zu halten. Nach Art. 20 Abs. 2 BoeB hat der Bundesrat das Verfahren nach den Grundsätzen der Vertraulichkeit, der Schriftlichkeit und der Gleichbehandlung zu regeln.

aa. In Zusammenhang mit der Vertraulichkeit sieht Abs. 5 von Art. 26 VoeB vor, dass den beteiligten Anbietern und Anbieterinnen bis zum Zuschlag keine Informationen über das Konkurrenzangebot abgegeben werden dürfen.

Es liegen keine Anzeichen dafür vor, und die Beschwerdeführerinnen machen auch keine entsprechenden Einwendungen, dass das BFS den Anbieterinnen Informationen über die Konkurrenzangebote zukommen liess. Die Beschwerdeführerinnen bringen jedoch vor, dass das Know-how aus früher abgewickelten Aufträgen zur EVE 90 verwendet wurde. Dies betrifft aber nicht Informationen über das Konkurrenzangebot im zu beurteilenden Vergabeverfahren über die EVE 98. In diesem Sinne liegt auch keine Verletzung von Art. 26 Abs. 5 VoeB vor.

bb. Art. 26 Abs. 2 VoeB verlangt, dass die jeweils bereinigten Angebote, die Angebotsbestandteile, über die verhandelt werden soll, sowie die Fristen und Modalitäten zur Eingabe des endgültigen schriftlichen Angebotes schriftlich bekannt gegeben werden. Bei mündlichen Verhandlungen sind gemäss Art. 26 Abs. 3 und 4 VoeB mindestens folgende Punkte in einem Protokoll, das von allen anwesenden Personen zu unterzeichnen ist, festzuhalten:

- a) die Namen der anwesenden Personen;
- b) die verhandelten Angebotsbestandteile;
- c) die Ergebnisse der Verhandlungen.

Anhand der Protokolle muss nachgeprüft werden können, ob im Rahmen der Verhandlungen das Gleichbehandlungsgebot berücksichtigt wurde. Sie müssen so detailliert ausgestaltet sein, dass das Resultat und der Gang der Verhandlungen nachvollziehbar ist. Aufgrund der Protokolle muss die Entwicklung der Angebote und nicht nur das Endresultat nachvollziehbar sein.

Es ist unverkennbar, dass die Gefahr von Ungleichbehandlungen der Submittenten gerade in den Verhandlungen über die Angebote gross ist, weshalb das GATT/WTO-Übereinkommen diesen gegenüber Zurückhaltung signalisiert (Art. XIV Ziff. 2 GPA; vgl. E. 4d hiervor). Der Bundesgesetzgeber hat die den Verhandlungen innewohnenden Gefahren für die Korrektheit des Submissionsverfahrens vor allem durch den Grundsatz der Schriftlichkeit

nach Art. 20 Abs. 2 BoeB beschränkt (vgl. BBl 1994 IV 1191 f.). Bei der Umsetzung des Gesetzesrechts auf Verordnungsstufe werden in Abs. 2 von Art. 26 VoeB Positionen aufgeführt, die den Anbietern und Anbieterinnen schriftlich bekanntzugeben sind und solche, welche nach Abs. 3 lediglich im Anschluss an die mündlichen Verhandlungen im Protokoll festzuhalten sind. Im Lichte des GATT/WTO-Übereinkommens und der Absicht des Gesetzgebers, Missbräuche zu verhindern, müssen nach Erstellung der Vergleichbarkeit der Angebote jedenfalls die eventuell noch durchzuführenden Abgebotsrunden in allen Teilen den strengen Formvorschriften von Art. 26 Abs. 2 VoeB entsprechen.

Das BFS lud mit einer sehr detaillierten Einladung zu den Verhandlungen ein. In dieser Einladung wurden die Gegenstände, Ziele und der Ablauf der Verhandlungen ausführlich umschrieben. In den von allen Beteiligten unterzeichneten Protokollen wird im Rahmen der Einleitung detailliert über die Zielsetzung und den Gang der Verhandlungen informiert. Anhand der jeweiligen Fragen können die einzelnen Schritte der Entwicklung der Angebote nachvollzogen werden. Als Ergebnis dient zusätzlich eine Zusammenfassung. Es wird das weitere Vorgehen festgehalten. Alle Kontakte ausserhalb der Verhandlungen wurden schriftlich festgehalten.

Es ist somit festzustellen, dass die formellen Voraussetzungen der Schriftlichkeit gemäss Art. 26 Abs. 3 und 4 VoeB erfüllt wurden.

cc. Aus Art. 20 BoeB wie auch aus Art. 1 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB sowie Art. XIV Ziff. 4 GPA ergibt sich, dass bei den Verhandlungen der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden muss.

Die Beschwerdeführerinnen werfen dem BFS eine Serie von Ungleichbehandlungen vor. So soll durch unterschiedliche Angaben über die Durchführung der Untervarianten eine tiefere Offerte der Beschwerdeführerinnen verhindert worden sein. Ebenso wird aus kleinen sprachlichen Nuancen bei den Angaben zu der Frage der Pauschalisierung und für die Projektleitung sowie die Informatik eine Benachteiligung der Beschwerdeführerinnen abgeleitet, welche die Einreichung einer günstigeren Offerte verhindert habe.

Betrachtet man die Preisentwicklung der Offerten, so fällt insbesondere die Kostensenkung der ARGE L./D. im Rahmen von rund Fr. 200 000.- auf. Sie begründete dies damit, dass bei dieser Erhebung eine geänderte Testvorlage vorgeschlagen wurde, mit der rund 150 Interviews eingespart werden könnten, was eine Kostenminderung von Fr. 111 000.- ergebe. Im Gespräch mit dem BFS habe sich zudem ergeben, dass die Pilotphase nicht mit in allen Details ausprogrammierten Versionen der Erhebungsvarianten durchzuführen sei, sondern lediglich mit lauffähigen Vorversionen. Die ARGE L./D. sei bereit gewesen, gewisse Kosten als allgemeine Entwicklungskosten anzusehen, die auch bei kommenden Projekten von Nutzen sein werden. Daraus resultierten bei der Programmierung und zum Teil auch bei der Projektleitung Einsparungen von Fr. 92 000.-.

Die Kostenreduktion von Fr. 110 000.- ergibt sich aus sachlichen Gründen, da sie auf einer Konkretisierung der Durchführung der Pilotphase beruht. Das gilt mit Bezug auf die Kosteneinsparung von Fr. 92 000.- schon weniger. Es ist klar, dass die bei der Entwicklung von Erhebungsverfahren gewonnenen

Erkenntnisse auch für spätere Erhebungen von Nutzen sein können. Ob die Anbieterin diesen potentiellen Erfahrungsschatz in ihre Kalkulation einbeziehen will oder nicht, steht ihr grundsätzlich frei. Wird eine Preisreduktion allerdings erst im Rahmen von Verhandlungen mit dem Nutzen für künftige Projekte begründet, könnte der Verdacht aufkommen, die Preissenkung sei lediglich auf Druck der Auftraggeberin zustande gekommen und liesse sich somit sachlich nicht mehr begründen. Dies ist aber vorliegend nicht der Fall. Aus den Protokollen zu den Verhandlungen ist ersichtlich, dass es dem BFS vor allem darum ging, den Leistungsumfang und konkreten Ablauf der Piloterhebung - bei der die Parameter für die Durchführung der Haupterhebung ermittelt werden sollten - zu bestimmen. Der Offerte der ARGE L./D. ist zu entnehmen, dass sie der eigentlichen Haupterhebung einen qualitativen Pretest, die Piloterhebung und eine 1:1 Testerhebung voranstellt. Im Rahmen der Verhandlung wurde dieses Konzept weiterentwickelt und optimiert, so dass damit auch eine Preissenkung möglich wurde. Bei den Beschwerdeführerinnen hingegen führte die erste Offertverhandlung zu einer Verteuerung der Offerte um Fr. 40 000.- bis Fr. 100 000.-. Dies, obwohl sie in ihrem ersten Offertzusatz vom 26. Juli 1996 festhalten, um die Kosten zu senken, hielten sie es für angebracht, sich in einer ersten Phase auf die Auswahl der Methode zu konzentrieren und in einer zweiten Phase den Erhebungsablauf als Ganzes zu testen. Dieser Lösungsansatz, der in der Offerte vom 3. Juli 1996 mit keinem Wort erwähnt wird, wurde offenbar in der Verhandlung vom BFS angeregt. Dabei dürfte der von der ARGE L./D. vorgeschlagene Ablauf der Piloterhebung eine nicht geringe Rolle gespielt haben. Mit dem zweiten Offertzusatz erreichten die Beschwerdeführerinnen eine Preissenkung von durchschnittlich Fr. 10 000.-. Die diesbezügliche Offerte der ARGE L./D. blieb gleich. Es ist davon auszugehen, dass deren Offerte für die Piloterhebung beim Preis stark pauschalen Charakter aufweist, wobei sie im Erhebungsablauf innovativer als jene der Beschwerdeführerinnen erscheint.

Auch wenn man die von der ARGE L./D. gewährte Kostenreduktion von Fr. 92 000.- der Offerte hinzurechnen müsste, würde der so ermittelte Betrag von Fr. 665 127.- ungefähr dem Mittelwert der Offerte der Beschwerdeführerinnen entsprechen. Bei der Haupterhebung blieb das Angebot der ARGE L./D. nach der ersten Verhandlung gleich. Bei den Beschwerdeführerinnen betrugen die Kosten rund Fr. 500 000.- mehr. Diese Differenz ist darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerinnen - anders als die ARGE L./D. - die Annexmodule, die Übernahme des Adressenmanagements und den Versand der Ankündigungsschreiben nicht in ihre Offerte einbezogen hatten. Es ist daher davon auszugehen, dass die beiden Offerten bezüglich ihres Leistungsumfanges erst nach der ersten Verhandlung vergleichbar waren. Mit Bezug auf die durchschnittlichen Kosten konnte insbesondere gestützt auf die Verkürzung der Interviewzeit für die Annexmodule bei beiden Anbieterinnen eine Kostensenkung von rund Fr. 200 000.- erreicht werden. Im übrigen sind die offerierten Beträge für die Haupterhebung ohnehin nur Richtwerte, da gemäss der Ausschreibungsunterlage «Projektskizze» des BFS vom Mai 1996 nach abgeschlossener Piloterhebung eine Neukalkulation der Haupterhebung zur Abschätzung des bereinigten Kostenrahmens zu erfolgen hat.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die vom BFS angestrebte Vergleichbarkeit der Offerten in den Verhandlungen erreicht werden konnte. Dies machte aber unterschiedliche Fragen notwendig, um den jeweils unterschiedlichen Konzepten Rechnung tragen zu können. Im Rahmen der Offertgespräche wurde auch eine Senkung der Kosten erreicht. Gegen ein solches Vorgehen ist nichts einzuwenden, sofern beiden Anbieterinnen Gelegenheit gegeben wurde, ihre Kalkulationen in den entsprechenden Bereichen zu überprüfen. Aus den vorliegenden Verhandlungsprotokollen und den diesbezüglichen Offertzusätzen ergibt sich, dass das Konzept der Piloterhebung sowohl mit den Beschwerdeführerinnen als auch mit der ARGE L./D. zu einem guten Teil in den Offertgesprächen erarbeitet wurde. Es wurden beide Anbieterinnen auf die Möglichkeit der Kostensenkung hingewiesen.

Dass die Beschwerdeführerinnen erst anlässlich der zweiten Verhandlungsrunde bei den Kosten für die Piloterhebung eine Preissenkung - aufgrund der neu festgelegten und beiden Anbieterinnen mitgeteilten Interviewzeit von fünfzehn Minuten - vornahmen, die ARGE L./D. aber ihre diesbezügliche Offerte aufrechterhielt, stellt keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Auch bei der Haupterhebung beruhte die Kostensenkung der beiden Anbieterinnen insbesondere auf einer Berücksichtigung der verringerten Interviewzeit.

Eine weitere Einsparung erreichte die ARGE L./D. dadurch, dass sie auf Anfrage des BFS die Tarifansätze der Kategorie «Interviewer, Codeusen, Hilfskräfte» um ca. 3% reduzierte. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, das BFS habe ihnen eine diesbezügliche Frage nicht gestellt. In seiner Duplik vom 22. April 1997 führt das BFS aus, es sei versucht worden, mit beiden Anbieterinnen - wo ein Spielraum bestand - über die Stundenansätze der einzelnen Personalkategorien zu verhandeln. Bei der ARGE L./D. sei dies im Bereich «Interviewer, Codeusen, Hilfskräfte» möglich gewesen. Bei den Beschwerdeführerinnen hätte ein Spielraum bei den Ansätzen auf Stufe «Projektleitung» und «wissenschaftliche Sachbearbeitung» bestanden. Die Beschwerdeführerinnen seien aber nicht bereit gewesen, die entsprechenden Tarife zu reduzieren. Diese Sachverhaltsdarstellung des BFS ergibt sich auch aus den Verhandlungsprotokollen. Es ist somit davon auszugehen, dass beide Anbieterinnen angefragt wurden, ob bei jeweils unterschiedlichen Personalkategorien Kosteneinsparungen möglich seien. Die Ermittlung des Verhandlungsspielraums erfolgte offensichtlich dadurch, dass das BFS die Stundenansätze der Personalkategorien der einzelnen Offerten miteinander verglich. Dabei ergab sich, dass die Ansätze der Beschwerdeführerinnen in den Bereichen «Projektleitung» und «wissenschaftliche Sachbearbeitung» höher waren als die vergleichbaren Ansätze der ARGE L./D. Demgegenüber berechnete die ARGE L./D. im Bereich «Interviewer, Codeusen, Hilfskräfte» höhere Ansätze. Die Überlegung des BFS, dass bei unterschiedlichen Preisansätzen gleichartiger Personalkategorien ein Verhandlungsspielraum besteht, ist grundsätzlich nachvollziehbar. Entscheidend für die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist, dass nicht nur einer Anbieterin Gelegenheit gegeben wird, ihre Preise anzupassen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt hingegen nicht, dass den beiden Anbieterinnen für dieselbe Personalkategorie die Möglichkeit der Preissenkung geboten wird, sondern nur - aber immerhin -, dass gesamthaft gesehen bezüglich der relevanten Kostenkategorie, hier der Personalkosten,

eine Gleichbehandlung erfolgt, d. h. jeder der beiden Anbieterinnen Gelegenheit gegeben werden muss, ihre im Verhältnis zur Konkurrentin höheren Kosten zu rechtfertigen oder gar zu senken.

Des weiteren muss sich die angestrebte Preissenkung auf sachliche Gründe, wie z. B. einen namhaften Unterschied im Stundenansatz der Anbieterinnen für eine vergleichbare Personalfunktion, stützen. Vorliegend hat das BFS beiden Anbieterinnen gestützt auf einen objektiven Vergleich der einzelnen Personalkosten angeboten, die Preiskalkulation derjenigen Positionen zu überdenken, die erhebliche Preisunterschiede beinhalten. Diese Vorgehensweise ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden.

Selbst bei Annahme, dass die unterschiedlichen Fragen im Bereich der Reduktion der Tarifansätze eine Ungleichbehandlung darstellen, welche sich in keiner Weise rechtfertigen lasse, ist vorliegend zu berücksichtigen, dass das Unterlassen dieser Frage zu keiner Benachteiligung der Beschwerdeführerinnen geführt hat. Die allfällige Ungleichbehandlung betraf einzig die Frage der Kosten. Gemäss den Angaben des BFS lagen die Kosten bei den eingereichten Offerten recht nahe beieinander. Durch die Standardisierung wurde die Kostenfrage vernachlässigbar. Hinzu kommt, dass selbst wenn die Beschwerdeführerinnen ebenfalls die Möglichkeit gehabt hätten, durch eine Reduktion der Tarifansätze für die Kostenkategorie «Interviewer, Codeusen, Hilfskräfte» ihr Angebot anzupassen, dies lediglich zu Preisunterschieden geführt hätte, die wohl als vernachlässigbar zu bezeichnen wären. Die Differenzen hätten höchstens einen Betrag von einigen tausend Franken ausmachen können. Es ist nicht anzunehmen, dass bei einer Vergabesumme von 5,8 bis 8 Millionen Franken solche Beträge eine Rolle gespielt hätten.

In diesem Zusammenhang ist zusätzlich auf die Tatsache hinzuweisen, dass das Angebot der ARGE L./D. wegen klarer Vorteile im Bereich der Organisation und der Projektleitung ausgewählt wurde und die Kosten bei der Auswahl keine ausschlaggebende Rolle gespielt hatten.

Unter Berücksichtigung aller dieser Aspekte ist dem BFS zwar der Vorwurf zu machen, sich zu aktiv um eine Bereinigung der Kostenfragen bemüht zu haben. Das Vorgehen ist aber im Hinblick auf die unterschiedlichen Angebote nicht als eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebotes zu beurteilen.

Es steht somit fest, dass dem BFS keine Rechtsverletzung im Zusammenhang mit der Art und Weise der Führung der Offertverhandlungen gemacht werden kann.

5. Die Beschwerdeführerinnen machen ausserdem geltend, es bestehe ein Widerspruch zwischen der am 23. Oktober 1996 publizierten Verfügung vom 4. September 1996, gemäss welcher das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten habe, und der schriftlichen Begründung des BFS gemäss Schreiben vom 13. September 1996. Es sei eindeutig, dass die Offerte der ARGE

L./D. zu Beginn der Offertverhandlungen teurer gewesen war. Damit sei die Offerte der Beschwerdeführerinnen das wirtschaftlich günstigste Angebot gewesen.

a. Art. 21 Abs. 1 BoeB sieht vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert.

In der im SHAB vom 24. Mai 1996 publizierten Ausschreibung werden unter Ziff. 11 folgende Zuschlagskriterien bestimmt:

- a) Eignung;
- b) Preis-/Leistungsverhältnis;
- c) Verständnis des Auftrages;
- d) Organisation und Qualifikation des Projektteams (Leitung, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter);
- e) konzeptionelle und fachliche Inhalte des Projektes (Erhebungsunterlagen, Informatik, Änderungsvorschläge, Varianten);
- f) Erhebungsablauf.

Bereits aus der Ausschreibung ergibt sich daher, dass der Preis nur eines von acht zu berücksichtigenden Zuschlagskriterien darstellt und ihm nicht zwingend vergabeentscheidender Charakter zukommt. Erst die Bewertung und Berücksichtigung aller Zuschlagskriterien gestattet es der Vergabebehörde, den Zuschlag zu erteilen.

Im Schreiben des BFS vom 13. September 1996, mit welchem den Beschwerdeführerinnen mitgeteilt wurde, ihre Offerte könne nicht berücksichtigt werden, hat die Vergabebehörde zu jedem der massgeblichen Zuschlagskriterien Stellung genommen. Es wurde ausgeführt, bezüglich Eignung, Preis-/Leistungsverhältnis und Verständnis des Auftrags seien die Offerten der beiden Anbieterinnen als gleichwertig einzustufen. Die Evaluation der restlichen Kriterien sei zuungunsten der Beschwerdeführerinnen ausgefallen. Insbesondere im Bereich der Organisation des Projektteams und des Erhebungsablaufs sei die Offerte der ARGE L./D. überzeugender. So werde die Projektleitung in den verschiedenen Projektablaufphasen klarer dargestellt und die Piloterhebung habe einen besser strukturierten, klareren und innovativeren Ansatz. Dem Vergabeentscheid des BFS vom 4. September 1996, der noch ausführlicher zu den einzelnen Vergabekriterien Stellung nimmt und der seinerseits die Zusammenfassung eines detaillierten Kriterienkatalogs darstellt, kann nichts Gegenteiliges entnommen werden. Die vorgenommene Beurteilung basiert auf nachvollziehbaren Kriterien. Aus den Akten ist ersichtlich, dass bei beiden Angeboten die Mehrwertsteuer mitberechnet wurde. Ebenso wurden alle eingereichten Optionen und Varianten sowie Vorschläge für Kosteneinsparungen berücksichtigt. Es bestehen ferner keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabebehörde aufgrund nachgeschobener Begründungen zu ihrem Vergabeentscheid gelangt ist. Dies gilt insbesondere auch für die Offertpreise. Denn in Anbetracht der Tatsache, dass die Kosten für die

Haupterhebung lediglich Richtwerte darstellen, die nach Ausführung der Piloterhebung einer Neukalkulation unterworfen sind, lagen die jeweils veranschlagten Preise schon bei der Offerteinreichung nahe beieinander. Die Verhandlungen bewirkten zwar eine weitere Kostenangleichung der beiden Offerten, diese ist aber nicht auf eine reine Kostensenkung der ARGE L./D. zurückzuführen, sondern auf eine Konkretisierung des Vergabeauftrages, welche es dem BFS erlaubte, die Struktur und das Leistungsangebot der Offerten zu vergleichen. In der Beurteilung des BFS, das Preis-/Leistungsverhältnis der Angebote sei ausgeglichen, kann demnach kein Ermessensmissbrauch gesehen werden.

b. Gemäss Art. 21 Abs. 2 BoeB sind die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen. Daraus leiten die Beschwerdeführerinnen ab, die Eignung sei mehr zu gewichten, als die nachfolgend erwähnten Vergabekriterien. Die Vergabebehörde hat die Eignung der beiden Anbieterinnen als gleichwertig beurteilt. Sie hat diese Beurteilung aufgrund objektiver Kriterien vorgenommen. Eine Rechtsverletzung im Sinne von Art. 49 Bst. a und b VwVG ist ihr nicht vorzuwerfen. Selbst wenn im vorliegenden Fall davon auszugehen wäre, die Beschwerdeführerinnen seien die geeigneteren Anbieterinnen, führte dies nicht zwingend zu einer Vergabe des Auftrags an diese. Denn die Auflistung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung schliesst deren Gleichwertigkeit nicht aus.

6. (...)

7. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen, und es ist festzustellen, dass die angefochtene Zuschlagsverfügung kein Bundesrecht verletzt. (...)

JAAC 62.17 - Auszug aus einem Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 7. November 1997

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	1998
Année	
Anno	
Band	62
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 003 824

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.