

JAAC 64.30

Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für
das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. September
1999 i. S. S. [BRK 1999-006]

***Marchés publics. Mandat de perception et de gestion d'une taxe
d'élimination anticipée ainsi que d'utilisation de cet argent pour
l'élimination des piles et accumulateurs usagés.***

***- Compétence de la Commission fédérale de recours en matière de
marchés publics. Le principe de l'adjudication selon l'offre la plus
avantageuse est aussi valable quand l'Etat n'acquiert ni une prestation
de service, ni des marchandises, ni un travail de construction, mais
qu'il délègue une telle activité dans l'accomplissement d'une tâche
publique et qu'il laisse un privé s'en charger pour son compte et à ses
risques sous surveillance étatique (consid. 1b/bb).***

***- Le marché en question doit être qualifié de prestation de service
soumise à la LMP. Certains des numéros de classification des biens cités
à l'annexe 4 de l'appendice I AMP concernent assurément divers aspects
du marché en cause, dans la mesure où le domaine de l'élimination des
déchets constitue le cœur de l'opération litigieuse (consid. 1d).***

***- L'AMP ne prévoit pas que les concessions de service sont exclues de
manière générale de son champ d'application (consid. 1e et f).***

***- Le fait qu'un collaborateur spécialisé de l'Office fédéral de
l'environnement, des forêts et du paysage ait, d'une part, rédigé le
rapport d'évaluation et participe, d'autre part, à l'administration de
la soumissionnaire choisie, en tant que délégué des autorités, viole le
devoir de récusation (consid. 2).***

***- Le principe de la transparence exige que l'autorité d'adjudication
évalue les offres selon les critères qu'elle a rendus publics (consid. 3).***

***- Une décision d'adjudication qui est motivée principalement par les
connaissances insuffisantes de la recourante dans le domaine du
marché des piles et dont l'on se demande si elle n'est pas fondée, d'une***

manière inadmissible, sur un critère de qualification, ne satisfait ni aux exigences de transparence de la procédure d'adjudication ni au principe de traçabilité de la décision d'adjudication (consid. 4).

- En ce qui concerne le rapport prix/prestation, il est clair que la question de savoir si l'offre de la recourante, bien qu'elle soit plus avantageuse, présente des prestations plus restreintes que l'offre de la soumissionnaire choisie, ne peut être résolue que si les offres concernées sont évaluées de manière traçable et transparente selon les critères d'adjudication rendus publics (consid. 5).

- Renvoi à l'instance inférieure et fixation des frais et dépens (consid. 6 et 7).

Öffentliches Beschaffungswesen. Auftrag für die Erhebung und Verwaltung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr sowie der Verwendung dieser Gelder zur Entsorgung gebrauchter Batterien und Akkumulatoren.

- Zuständigkeit der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen. Der Grundsatz der Vergabe nach dem wirtschaftlich günstigsten Angebot gilt auch dann, wenn sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt (E. 1b/bb).

- Das fragliche Beschaffungsgeschäft ist als eine dem BoeB unterstellte Dienstleistung zu qualifizieren. Einzelne der in Annex 4 von Anhang 1 ÜoeB genannten Güterklassifikationsnummern betreffen je verschiedene Teilbereiche des in Frage stehenden Beschaffungsgeschäfts, wobei der Bereich der Abfallbeseitigung und -entsorgung den Kern des strittigen Geschäfts beschlägt (E. 1d).

- Das ÜoeB sieht keinen generellen Ausschluss von Dienstleistungskonzessionen aus seinem Geltungsbereich vor (E. 1e und f).

- Die Tatsache, dass ein Sachbearbeiter des Bundesamtes für Umwelt, Wald und Landschaft einerseits den Evaluationsbericht erstellt hat und andererseits als Delegierter der Behörden in der Verwaltung der berücksichtigten Anbieterin mitwirkt, verletzt die Ausstandspflicht (E. 2).

- Der Grundsatz der Transparenz erfordert, dass die Vergabebehörde die Angebote nach den von ihr bekanntgegebenen Kriterien beurteilt (E. 3).

- Eine Zuschlagsverfügung, die massgeblich mit ungenügenden Kenntnissen der Beschwerdeführerin auf dem Gebiete des Batteriemarktes begründet wird und von der zweifelhaft ist, ob sie sich nicht in unzulässiger Weise auf ein Eignungskriterium abstützt, genügt den Anforderungen an die Transparenz des Vergabeverfahrens und dem Grundsatz der Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheides nicht (E. 4).

- Bezüglich des Preis/Leistungsverhältnisses ist festzuhalten, dass die Frage, ob die Offerte der Beschwerdeführerin trotz ihres günstigeren Angebots den geringeren Leistungsumfang aufweist als diejenige der berücksichtigten Anbieterin, erst beantwortet werden kann, wenn die fraglichen Angebote in nachvollziehbarer und transparenter Art und Weise nach den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ausgewertet werden (E. 5).

- Rückweisung an die Vorinstanz und Regelung der Parteikostenentschädigung (E. 6 und 7).

Acquisti pubblici. Mandato per la riscossione e la gestione di una tassa d'eliminazione anticipata e per l'utilizzazione di questi soldi per l'eliminazione delle batterie e degli accumulatori usati.

- Competenza della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici. Il principio che vuole l'aggiudicazione secondo l'offerta più vantaggiosa vale anche quando lo Stato non acquista una prestazione di servizio, merci o un lavoro di costruzione, ma delega una tale attività quale adempimento di un compito pubblico, lasciando che se ne occupi, sotto controllo statale, un privato che agisce per proprio conto ed assumendosene i rischi (consid. 1b/bb).

- Il mercato in questione deve essere qualificato quale prestazione di servizio sottostante alla LAPub. Alcuni fra i numeri di classificazione dei beni citati all'allegato 4 dell'appendice I AAP concernono rispettivamente diverse parti dell'acquisto in questione, anche se l'ambito dell'eliminazione dei rifiuti costituisce il nocciolo dell'acquisto (consid. 1d).

- L'AAP non prevede un'esclusione generale dal suo campo d'applicazione delle concessioni per prestazioni di servizio (consid. 1e e f).

- Il fatto che un collaboratore specializzato dell'Ufficio federale dell'ambiente, delle foreste e del paesaggio abbia redatto il rapporto di valutazione e partecipi, quale delegato delle autorità, all'amministrazione della società che ha ricevuto l'appalto, viola il dovere di ricusa (consid. 2).

- Il principio della trasparenza esige che l'autorità che aggiudica l'appalto valuti le offerte secondo i criteri che essa ha reso pubblici (consid. 3).

- Una decisione di aggiudicazione che è motivata principalmente sulla base delle conoscenze insufficienti della ricorrente nell'ambito dei mercati delle batterie e su cui grava il dubbio che vi possa essere un'applicazione inaccettabile di un criterio di idoneità, non adempie alle condizioni di trasparenza della procedura di aggiudicazione e non rispetta il principio della ricostruibilità della decisione di aggiudicazione (consid. 4).

- Per quanto riguarda il rapporto prezzo/prestazione, occorre precisare che solamente attraverso una valutazione ricostruibile e trasparente secondo i criteri di aggiudicazione resi pubblici è possibile stabilire se l'offerta della ricorrente, sebbene più vantaggiosa, presenti effettivamente prestazioni più limitate rispetto all'offerta di chi ha ricevuto l'appalto (consid. 5).

- Rinvio all'istanza inferiore e fissazione delle spese ed indennità per spese ripetibili (consid. 6 e 7).

A. Mit Verfügung vom 4. Juni 1999 schlug das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) den Dienstleistungsauftrag betreffend Erhebung, Verwaltung und Verwendung einer vorgezogenen Entsorgungsgebühr (VEG) für Batterien und Akkumulatoren X. bzw. der noch zu gründenden Genossenschaft Y. zu. Zu diesem Dienstleistungsauftrag gehörte gemäss Ausschreibung des BUWAL im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 219 vom 11. November 1998 ausserdem die Erstellung eines flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes, die Beschaffung von Daten über den Kreislauf von Batterien und Akkumulatoren sowie weitere Aufgaben nach Ziff. 65 und 66 von Anhang 4.10 der Verordnung vom 9. Juni 1986 über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung [StoV], SR 814.013). Das vorliegende Beschaffungsgeschäft wurde im selektiven Verfahren durchgeführt.

B. S. verlangt mit Beschwerde vom 28. Juni 1999 bei der Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) die Aufhebung der Zuschlagsverfügung an X./Y. und die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin. Sie stellt ferner zwei Eventualanträge, in denen sie fordert, die Angelegenheit sei an das BUWAL zurückzuweisen mit der verbindlichen Weisung, der Beschwerdeführerin den Zuschlag für den Dienstleistungsauftrag zu erteilen bzw. es sei festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an X. bzw. die zu gründende Y. rechtswidrig erfolgte. Überdies wird die Gewährung der aufschiebenden Wirkung verlangt. In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, sie hätte namentlich in Bezug auf das Entsorgungskonzept, die Kosten und den Werbeaufwand das wirtschaftlich günstigere Angebot eingereicht. Sie verfüge zudem über die notwendigen Kenntnisse des Batteriemarktes und gewährleiste - im Unterschied zur berücksichtigten Anbieterin - die in der Stoffverordnung geforderte Unabhängigkeit.

C. Mit Zwischenentscheid vom 22. Juli 1999 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und dem Gesuch um Akteneinsicht von X. teilweise entsprochen.

D. In seiner Vernehmlassung zur Sache selbst vom 23. August 1999 beantragt das BUWAL die Abweisung der Beschwerde. Es führt aus, es sei zweifelhaft, ob der Auftrag überhaupt einer der im Anhang 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) bzw. im Annex 4 des Anhangs 1 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) aufgelisteten Dienstleistungen zugeordnet werden

könne. In materieller Hinsicht wird ausgeführt, die unter anderem als Grund für die Nichtberücksichtigung angeführte «fehlende Kenntnis des Batteriemarktes» beziehe sich bei genauer Betrachtung nicht auf die Eignung der Beschwerdeführerin, sondern auf ihr wirtschaftlich weniger günstiges Angebot. Bei der Beurteilung der Zuschlagskriterien hätte kein Ermessensmissbrauch stattgefunden. Insbesondere entspreche das Entsorgungskonzept von X. den gesetzlichen Vorgaben und sei im Vergleich mit demjenigen der Beschwerdeführerin wirtschaftlicher, durchdachter und zielorientierter. Die Offerte der Beschwerdeführerin sei zwar kostengünstiger, unterschätze aber den Verwaltungsaufwand; unter anderem seien die für die EDV vorgesehenen Kosten nicht realistisch. Die Kritik am von X. vorgesehenen Werbeetat werde nicht geteilt. Denn die Sensibilisierung der Konsumenten für die Batterieproblematik könne nur durch intensive Werbung erreicht werden. Bezüglich des Faktors Zeit wird ausgeführt, dass X. auf Grund ihrer Erfahrung und der schon vorhandenen Branchenkenntnis schneller operativ sei als die Beschwerdeführerin. Die noch vorzunehmende Gründung der Y. ändere daran nichts, weil diese im Prinzip die Nachfolgeorganisation der X. sein werde. Bezüglich der gerügten Unabhängigkeit der Y. vom Batteriemarkt wird auf Art. 2 des Statutenentwurfes der Y. verwiesen, aus dem klar hervorgehe, dass die Y. keine wirtschaftlichen Interessen im Zusammenhang mit der Herstellung, der Einfuhr oder der Entsorgung der gebührenpflichtigen Batterien wahrnehme.

X. beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 23. August 1999 auf die Beschwerde sei mangels Zuständigkeit der BRK nicht einzutreten. Eventuell sei die Beschwerde abzuweisen. Sie führt aus, der zu vergebende Auftrag bestehe in der Delegation von Vollzugsaufgaben, d. h. von Tätigkeiten mit hoheitlichem Charakter. Mit Blick auf die Regelungen der Europäischen Union und Österreichs handle es sich bei der vorliegenden Vergabe um eine Dienstleistungskonzession, die nicht vom ÜoeB erfasst werde und somit auch nicht dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) unterstehe. In materieller Hinsicht bringt X. im Wesentlichen vor, das BUWAL habe seine Vorbehalte gegen den tieferen Offertpreis der Beschwerdeführerin sachlich begründet. Mithin habe das BUWAL den Vergabeentscheid im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens getroffen.

E. Am 3. September 1999 fand in vorliegender Beschwerdesache eine öffentliche Verhandlung statt, anlässlich derer die Parteien in ihrer mündlichen Replik bzw. Duplik an ihren jeweiligen Anträgen ebenso festhielten wie in ihrem Schlussvortrag nach erfolgter Parteibefragung und Schluss des Instruktionsverfahrens.

Aus den Erwägungen:

1. Die BRK hat aufgrund einer *prima-facie*-Würdigung der Sach- und Rechtslage in ihrem Zwischenentscheid vom 22. Juli 1999 betreffend aufschiebende Wirkung ihre Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Angelegenheit ohne weitere Begründung als gegeben erachtet. Nachdem nun das BUWAL und insbesondere X./Y. in ihren Vernehmlassungen in erster Linie auf Nichteintreten wegen fehlender Zuständigkeit der BRK schliessen und diese ihre Zuständigkeit ausserdem gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. April 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) von

Amtes wegen zu prüfen hat, ist im vorliegenden Sachentscheid näher auf die Eintretensfrage und die von den Parteien in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente einzugehen.

a. Nach Art. 1 bezweckt die Stoffverordnung Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume sowie den Boden vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen durch den Umgang mit umweltgefährdenden Stoffen zu schützen und die Belastung der Umwelt mit umweltgefährdenden Stoffen vorsorglich zu begrenzen. Hersteller, die Batterien, Akkumulatoren oder Gegenstände mit fest eingebauten Batterien oder Akkumulatoren abgeben, müssen für diese Batterien oder Akkumulatoren (gebührenpflichtige Batterien und Akkumulatoren) einer vom Bundesamt beauftragten und beaufsichtigten privaten Organisation (Organisation) eine VEG entrichten. Gestützt auf die Stoffverordnung hat das BUWAL in einem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 27. Januar 1999 die Aufgabe der vorgenannten privaten Organisation näher umschrieben. Danach umfasst diese - zusammenfassend gesagt - namentlich die Erhebung und Verwaltung der VEG bei den pflichtigen Herstellern sowie die Verwendung des Geldes für die Aufgabenerfüllung, welche in einer gesamtschweizerisch flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgung der gebrauchten Batterien und Akkumulatoren besteht. Es geht also beim strittigen Geschäft letztlich um die umweltfreundliche «Verwertung» gebrauchter Batterien und Akkumulatoren.

b.aa. Es fragt sich zunächst, ob hier überhaupt ein Beschaffungsgeschäft vorliegt, zu dessen Beurteilung die BRK zuständig ist. Das Bundesgericht hat sich in [BGE 125 I 212](#) ff. E. 6 zum Begriff des «öffentlichen Beschaffungswesens» geäußert und dabei erkannt, dass die Erteilung einer Konzession für den Plakataushang auf öffentlichem Grund an eine private Firma kein «öffentliches Beschaffungsgeschäft» darstelle und sich daher ein bei der Konzessionsvergabe nicht berücksichtigter Anbieter nicht auf den entsprechenden Rechtsschutz berufen könne. Es gehe beim öffentlichen Beschaffungsgeschäft darum, dass sich der Staat, quasi als «Konsument», für die Erfüllung seiner Aufgaben bei privaten Firmen («Produzent») unter Einsatz finanzieller staatlicher Mittel Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beschaffe. Dies sei bei der Konzessionserteilung für den Plakataushang gerade nicht der Fall, da hier der Staat dem Privaten den öffentlichen Grund für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter bestimmten vertraglichen Bedingungen zur Verfügung stelle und dafür eine Entschädigung vereinnahme; der Staat trete hier also im Grunde dem Privaten nicht als Konsument, sondern als «Verkäufer» einer Leistung gegenüber. Auch gehe es bei der Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes für den Plakataushang nicht um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Vielmehr übe die Konzessionsinhaberin hier- von einigen Nebenabreden in der Vereinbarung mit dem Staat abgesehen - auf eigenes Risiko eine Erwerbstätigkeit aus. Auch habe sie in diesem Fall nicht die Aufgabe, für den Staat Plakataushänge vorzunehmen, sondern tue dies ausschliesslich nach eigenem Ermessen im Rahmen der ihr diesbezüglich vertraglich eingeräumten Befugnisse.

bb. Auch im vorliegenden Fall tritt das BUWAL nicht als «Konsument» von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gegenüber privaten Anbietern auf, die für ihre Leistungserbringung vom Staat eine Entschädigung fordern könnten. Vielmehr wird der auszuwählenden privaten Organisation

die Befugnis eingeräumt, die VEG bei den Pflichtigen zu erheben und damit einen möglichst hohen Rücklauf an gebrauchten Batterien und Akkumulatoren im Rahmen des Entsorgungskonzeptes zu bewerkstelligen sowie dieses Sammelgut alsdann der Verwertung zuzuführen. Im Gegensatz zu dem vom Bundesgericht beurteilten Fall hat aber die private Organisation vorliegend eine staatliche Aufgabe zu erfüllen (vgl. Art. 1 StOV); diese hat sie unter der Aufsicht des Bundes auszuüben.

Eine Begriffsbestimmung für das «öffentliche Beschaffungsgeschäft» fehlt sowohl im Üoeb als auch im Beschaffungsgesetz des Bundes. Von der Zweckbestimmung her soll das Beschaffungsrecht das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regeln und transparent gestalten, den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken und den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern (vgl. Art. 1 Abs. 1 BoeB und den Ingress zum Üoeb). Das Beschaffungsrecht soll aber auch die Gleichbehandlung unter den Anbietern gewährleisten (Art. 1 Abs. 2, Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB und Art. III, Art. VII Ziff. 1, Art. X Ziff. 1 Üoeb). Art. 5 BoeB definiert die Geschäfte, die vom Bundes-Beschaffungsgesetz erfasst werden. Ob dies für den strittigen Fall zutrifft, wird noch anhand jener Regeln zu prüfen sein. Hier kann jedoch festgehalten werden, dass es für die Förderung des Wettbewerbs unter den Anbietern sowie im Dienste des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel sehr wohl auch in Fällen, in denen sich der Staat nicht eine Dienstleistung, eine Lieferung oder eine Bauleistung beschafft, sondern eine solche Leistung in Erfüllung einer Staatsaufgabe auslagert und durch einen Privaten auf dessen Rechnung und Gefahr unter staatlicher Aufsicht erfüllen lässt, massgeblich darauf ankommt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 21 BoeB) ausgewählt wird. Ferner kann auch die Gleichbehandlung der Anbieter und Anbieterinnen nur gewährleistet werden, wenn die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen auf die genannten Fälle Anwendung finden. Schliesslich gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber Fälle wie den vorliegenden vom Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts ausnehmen wollte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vorliegend strittige Geschäft grundsätzlich in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt. Nachfolgend gilt es näher abzuklären, ob die weiteren Eintretensvoraussetzungen des Beschaffungsgesetzes erfüllt sind.

c. Bei der vom BUWAL vorgenommenen Ausschreibung handelt es sich nicht um einen Bau- oder Lieferauftrag. Es fragt sich, ob das strittige Beschaffungsgeschäft als eine dem BoeB unterstellte Dienstleistung zu qualifizieren ist.

Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB bedeutet der Begriff «Dienstleistungsauftrag» ein Vertrag zwischen der Auftraggeberin und einem Anbieter oder einer Anbieterin über die Erbringung einer Dienstleistung nach Anhang 1 Annex 4 Üoeb. Es ist zu prüfen, ob eine Dienstleistung im vorgenannten Sinne vorliegt; nur diesfalls ist auf die Sache einzutreten. Im Übrigen ist schon hier festzuhalten, dass die weiteren Eintretensvoraussetzungen (unter das Gesetz

fallende Vergabestelle [Art. 2 BoeB] und Erreichen des für Dienstleistungen massgebenden Schwellenwertes [Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB]) im vorliegenden Fall offensichtlich erfüllt sind.

d. Die vom BUWAL (Abteilung Abfall) zu beauftragende private Organisation hat eine ganze Reihe von Aufgaben im Zusammenhang mit der Entsorgung bzw. Verwertung der gebrauchten Batterien und Akkumulatoren zu erledigen. Annex 4 von Anhang 1 ÜoEB bezeichnet unter anderem die «Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen (CPC[173]-Referenz-Nr. 94)» als dem Übereinkommen - und damit auch dem BoeB - unterstellt. Weiter fallen etwa die «Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten (CPC-Referenz-Nr. 84)», die «Buchführung, -haltung und -prüfung» (CPC-Referenz-Nr. 862)» sowie die «Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten (CPC-Referenz-Nr. 865, 866)» unter das Übereinkommen bzw. das Gesetz. Zu verweisen ist überdies auf Anhang VI des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, mit welchem als Dienstleistung nicht nur die Abwasser- und Abfallbeseitigung, sondern auch die «sonstige Entsorgung» (BBl 1999 6541) erfasst wird, wobei diese Umschreibung gemäss der Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999 in den Anwendungsbereich des Beschaffungsgesetzes fällt, da die erfassten Dienstleistungen der Verpflichtungsliste der Schweiz im Rahmen des ÜoEB entspreche (BBl 1999 6209). Überdies umfasst die Unterposition 94900 der CPC-Referenz-Nr. 94 ganz generell «andere Umweltschutzdienstleistungen», sofern diese nicht anderweitig klassifiziert sind. Eine spezifischere Güterklassifikationsnummer für den fraglichen Dienstleistungsauftrag existiert, soweit ersichtlich, in der von den Vereinten Nationen herausgegebenen Zentralen Gütersystematik nicht. Gleichwohl ist festzustellen, dass die genannten Anknüpfungsbegriffe je verschiedene Teilbereiche des in Frage stehenden Beschaffungsgeschäfts betreffen, wobei der Bereich der Abfallbeseitigung und -entsorgung den Kern des strittigen Geschäfts beschlägt.

Aus Anhang I Annex 4 ÜoEB ergibt sich daher, dass die vorliegende Vergabe dem Abkommen unterstellt ist und somit die Zuständigkeit der BRK im Lichte von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB grundsätzlich ebenfalls zu bejahen ist.

e. Die Gegenpartei hat im Weiteren geltend gemacht, das strittige Beschaffungsgeschäft sei nicht als Dienstleistungsauftrag, sondern als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren und diese unterstünde dem ÜoEB nicht. Art. I Ziff. 2 ÜoEB bestimmt jedoch ohne weitere Differenzierung, dass das Übereinkommen auf jede «Beschaffung durch vertragliche Methoden» Anwendung findet. Dies ist vorliegend der Fall, auch wenn die vom BUWAL zum Zwecke der umweltgerechten Entsorgung und Verwertung von Batterien und Akkumulatoren auszuwählende private Organisation - wie die Gegenpartei geltend macht - in bestimmten Bereichen das Recht zum Erlass von Verfügungen erhalten soll.

f. X. begründet die Nichtanwendbarkeit des GPA auf die vorliegend strittige Vergabe durch das BUWAL im Übrigen mit Hinweisen auf das Recht der EU und Österreichs.

Die BRK prüft im Rahmen der Eintretensfrage, ob das Bundesrecht, einschliesslich der unmittelbar anwendbaren Normen in Staatsverträgen, die Zuständigkeit des angerufenen Richters begründet (*André Moser*, in: *Moser/Uebersax*, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel / Frankfurt a.M. 1998, Rz. 2.65). Ausländisches (öffentliches) Recht ist grundsätzlich nicht zu prüfen, doch kann etwa bei der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts die Berücksichtigung desselben insofern angezeigt erscheinen, als damit der Sinn bzw. der Inhalt des Staatsvertrages zusätzlich erhellt werden kann (vgl. auch *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1998, Rz. 190a, welche die Pflicht aller rechtsanwendenden Organe zur völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts aus Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [VRK], SR 0.111 ableiten). Kein Staat kann sich demnach auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Staatsvertrags zu rechtfertigen (*BGE 117 Ib 367*, 372 f.).

Nichts für ihren Standpunkt zu gewinnen vermag die Gegenpartei zunächst mit ihrem Hinweis darauf, dass das österreichische Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz [BVergG], Bundesgesetzblatt [BGBl.] I Nr. 56/1997) «Verträge über Dienstleistungskonzessionen» aus seinem Anwendungsbereich ausschliesse. Aus der Regelung von § 3 Abs. 2 BVergG folgt nicht zwingend, dass «Dienstleistungskonzessionen» aus dem Anwendungsbereich des ÜoeB ausgeschlossen wären, zumal auch nicht ansatzweise dargetan wird, ob der Begriff der Dienstleistungskonzession im österreichischen Recht gleich verstanden wird wie im schweizerischen. Mit Bezug auf die Ausführungen der Gegenpartei zum Gemeinschaftsrecht der Europäischen Union ist zunächst festzuhalten, dass bei demselben - im Gegensatz zur Rechtslage in der Schweiz - das ÜoeB, auch soweit es sich um Normen mit self-executing-Charakter handelt, keine unmittelbare Geltung hat (vgl. Abs. 1 des Ingresses der Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge [Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl., Nr. L 328 vom 28. November 1997]; vgl. zur diesbezüglichen Rechtslage in der Schweiz: Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 126 und die dort wiedergegebene bundesgerichtliche Rechtsprechung). Diese unterschiedlichen Umsetzungsregeln für das Beschaffungsübereinkommen in den beiden Rechtssystemen sind beim Anstellen von Vergleichen im Auge zu behalten. Die Kommission der Europäischen Union (EU-Kommission) differenziert in ihrem von der Gegenpartei herangezogenen Entwurf einer Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum öffentlichen Auftragswesen (ABl. Nr. C 94/4 vom 7. April 1999) verschiedene Formen von öffentlich-privaten Partnerschaften sowie ihr Verhältnis zum öffentlichen Beschaffungswesen und erklärt gerade etwa für den Fall, dass «eine Behörde einen Dritten mit der Durchführung von Dienstleistungen unter Teilnahme an der Ausübung der Hoheitsgewalt» betraue (was gemäss Gegenpartei infolge der Einräumung eines Verfügungsrechts an die private Organisation *in casu* der Fall zu sein scheint) «diese Mitteilung zu Auslegungsfragen» für nicht anwendbar. Auf der anderen Seite hält die Mitteilung der EU-Kommission fest, dass auch bei der Einräumung von Konzessionen und analogen Formen der öffentlich-privaten Partnerschaften gestützt auf den Vertrag der Europäischen Gemeinschaft

(EG-Vertrag) ein Rechtsschutz gewährt wird, welcher die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung, der Transparenz, der gegenseitigen Anerkennung sowie der Verhältnismässigkeit umfasst (vgl. auch das Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 27. November 1996 zum öffentlichen Auftragswesen in der Europäischen Union, Ziff. 3.26 S. 20). Die Nichtanwendbarkeit des ÜoeB hätte demgegenüber im Lichte von Art. 5 Abs. 1 Bst. b BoeB zur Folge, dass die Anbieterinnen des strittigen Vergabegeschäfts gänzlich des Rechtsschutzes verlustig gehen würden. Damit wären aber auch die in Art. 1 BoeB erwähnten Zwecke des Vergaberechts nicht mehr gewährleistet (vgl. E. 1.b.bb. hiervor).

Es ergibt sich demnach, dass auf die vorliegende Streitsache grundsätzlich einzutreten ist. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde insoweit, als die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde geltend macht, der Sachverhalt lasse die Vermutung aufkommen, dass das BUWAL unzulässige Kontakte gehabt habe und sie hierzu eine Untersuchung verlange. Ein solches Begehren könnte allenfalls Gegenstand einer Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 Abs. 1 VwVG bilden, welche an das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) als Aufsichtsbehörde gegenüber dem BUWAL zu richten wäre. Die BRK ist dafür jedenfalls nicht zuständig.

2.a. Das Beschaffungsgesetz des Bundes strebt den fairen Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen an (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BoeB). Der Aspekt der Fairness kommt dabei insbesondere im Gleichbehandlungsprinzip der Anbieter und Anbieterinnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB) - das einen der Hauptgrundsätze des Vergabeverfahrens überhaupt darstellt - zum Ausdruck (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1998, veröffentlicht in [VPB 63.42](#) E. 3b S. 425). Insbesondere haben die Submittenten im Vergabeverfahren des Bundes einen Anspruch auf Beurteilung ihrer Offerten durch eine unabhängige und unvoreingenommene Behörde. Art. 10 VwVG, der eine Ausstandspflicht für Personen statuiert, die eine Verfügung zu treffen oder diese vorzubereiten haben, sofern sie in der Sache befangen sein könnten, gilt auch für das öffentliche Beschaffungswesen des Bundes (vgl. Art. 26 BoeB). Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern das Mitwirkungsverbot bezieht sich auf alle Personen, die auf das Zustandekommen des Verwaltungsaktes Einfluss nehmen können; dazu gehören namentlich auch Sachbearbeiter oder Protokollführer mit beratender Funktion (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 16. Juli 1998, veröffentlicht im Schweizerischen Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBL] 100/1999 S. 396 E. 4a; *Merkli/Aeschlimann/Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern, Bern 1997, N. 7 zu Art. 9). Es genügt, dass Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, den Anschein von Befangenheit zu begründen ([BGE 124 I 123](#) E. 3a); eine tatsächlich vorhandene Voreingenommenheit ist nicht erforderlich (Moser, a.a.O., Rz. 3.41).

b. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den dem Gericht vorliegenden Akten und den Aussagen anlässlich der öffentlichen Sitzung vom 3. September 1999 unzweideutig, dass Dr. Z, wissenschaftlicher Adjunkt der Sektion (...) der Abteilung (...) des BUWAL, einerseits den Evaluationsbericht vom 3. Mai 1999 erstellt hat und andererseits als Delegierter der Behörden in der Verwaltung von X. mitwirkt. Diese Konstellation lässt sich mit dem Gebot der Unvoreingenommenheit eines Sachbearbeiters, der massgeblich

an der Beurteilung der Offerten beteiligt ist, nicht vereinbaren. Die Frage, ob Dr. Z. bei der Ausarbeitung des Evaluationsberichtes - im Sinne einer ungerechtfertigten Besserbeurteilung der X.-Offerte - effektiv befangen war, kann offen gelassen werden. Denn schon der Anschein, dass Dr. Z. bei der Erstellung des Evaluationsberichtes unter dem Einfluss seiner Position als Behördenvertreter von X. gestanden hat, genügt zur Annahme der Befangenheit. Durch die massgebliche Mitwirkung von Dr. Z. bei der strittigen Vergabe wurde die Ausstandspflicht verletzt. Bereits aus diesem Grund ist die Beschwerde daher gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben.

3. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie ein wirtschaftlich günstigeres Angebot als X. eingereicht hat, weshalb der Zuschlag ihr und nicht der berücksichtigten Anbieterin hätte erteilt werden müssen.

a. Nach Art. 21 Abs. 1 BoeB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Es wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Die Zuschlagskriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen (Art. 21 Abs. 2 BoeB).

Die für das einzelne Vergabegeschäft massgeblichen Zuschlagskriterien sind von der Vergabebehörde für jedes Beschaffungsgeschäft neu festzulegen sowie obligatorisch und umfassend bekanntzugeben (vgl. [BGE 125 I 101](#)). Dabei ist es Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter mit ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (*Peter Gauch / Hubert Stöckli*, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Rz. 11.2).

Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien und Unterkriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein, wobei trotzdem noch ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt (*Galli/Lehmann/Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 467; Gauch/Stöckli, a.a.O., Rz. 11.4).

b. In der Präqualifikationsverfügung vom 27. Januar 1999 teilte das BUWAL der Beschwerdeführerin mit, dass sie die Eignungskriterien gemäss Ausschreibung erfülle und daher zur Offerteinreichung eingeladen werde. In dieser Verfügung waren in Ziff. 3.5 auch die Zuschlagskriterien aufgeführt, und zwar wie folgt:

«Insbesondere folgende Kriterien entscheiden über den Zuschlag:

a) Wirtschaftlichkeit (Preis-/Leistungsverhältnis).

b) Umsetzungstiefe und Konkretisierung des flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes.

c) Erfahrung im Aufbau und der Führung überregionaler Institutionen, insbesondere im Bereich der Abfallentsorgung.

d) Optimale Erfüllung sämtlicher Aspekte des Dienstleistungsauftrages im Hinblick auf die Ziele des Umweltschutzes.

e) Zeitbedarf zur Einführung der operativen Umsetzung der Finanzierung der Entsorgung gebührenpflichtiger Batterien und Akkumulatoren.»

c. Gemäss den in der öffentlichen Sitzung vom 3. September gemachten Aussagen hat das BUWAL zur Bewertung der Offerten im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien keine eigentliche Beurteilungsmatrix erstellt. Das BUWAL hat diesbezüglich ausgeführt, aufgrund der Verschiedenheit der Angebote hätte man versucht, die Offerten nach gewissen Faktoren zu beurteilen, wobei die im Evaluationsbericht aufgeführten Punkte den einzelnen Zuschlagskriterien zugeordnet worden seien. Der Evaluationsbericht ist in folgende Untertitel gegliedert:

- Rechtsform für die private Unternehmung
- Wirtschaftliche Unabhängigkeit der Organisation
- Gesamteindruck
- Projektorganisation
- Entsorgungskonzept (Allgemeines, Administration Finanzprozess, Sammlungslogistik, Transportlogistik, Recyclingbetriebe, Information/Marketing)
- Vorteile und Nachteile der Offerte
- Bemerkungen

Die Tatsache allein, dass die Vergabebehörde keine Beurteilungsmatrix erstellt hat, schadet der fraglichen Beschaffung nicht. Der Grundsatz der Transparenz erfordert jedoch, dass die Vergabebehörde die Gewichtung der Angebote nach den von ihr bekanntgegebenen Kriterien beurteilt. Werden bekanntgegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzlich Kriterien herangezogen, die nicht bekanntgegeben wurden, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Gauch/Stöckli, a.a.O., Rz. 11.3).

Bezüglich der Unterkriterien führt das BUWAL aus, diese liessen sich ohne Weiteres den einzelnen Zuschlagskriterien zuordnen. Diese Ansicht trifft nicht zu. Zwar lässt sich beispielsweise das «Entsorgungskonzept» in das Zuschlagskriterium der «Umsetzungstiefe und Konkretisierung des flächendeckenden, wirtschaftlichen und sinnvollen Entsorgungskonzeptes» einordnen, die im «Entsorgungskonzept» enthaltenen Sparten «Administration Finanzprozess» und «Logistik» sind aber eher dem Kriterium der «Wirtschaftlichkeit (Preis-/Leistungsverhältnis)» zuzuordnen. Gesamthaft betrachtet ist die Zuordnung der vom BUWAL verwendeten Unterkriterien zu den Zuschlagskriterien nicht ausnahmslos und eindeutig möglich. Weder hält sich der Evaluationsbericht an Reihenfolge und Inhalt der Zuschlagskriterien, noch ergibt sich ein nachvollziehbarer Bezug zu denselben.

Die vorgenommene Bewertung der Offerten durch das BUWAL verletzt den Grundsatz der Transparenz. Die angefochtene Zuschlagsverfügung ist auch aus diesem Grund aufzuheben.

4. Sodann ist zu prüfen, ob es sich bei der vom BUWAL in der angefochtenen Zuschlagsverfügung als Ablehnungsgrund angegebenen fehlenden bzw. ungenügenden Kenntnis des Batteriemarktes um ein Eignungs- oder um ein Zuschlagskriterium handelt.

a. Das BUWAL ist der Auffassung, die Beschwerdeführerin verfüge nicht über die notwendigen «Kenntnisse des Batteriemarktes» und über die für das vorgesehene Entsorgungsprogramm notwendigen «Fachkenntnisse». Diesbezüglich seien gerade die Kenntnisse und Erfahrungen der Hersteller, Importeure und Händler von Batterien unerlässlich. Die Beschwerdeführerin sehe auch nicht vor, diesen Mangel durch den Beizug von Experten zu kompensieren. Zwar verweise die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf Experten, doch gehe aus der Offerte nicht hervor, ob die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Expertengruppe schon bestehe und wer deren Mitglieder seien. Demgegenüber verfüge X., welche bereits das frühere System des freiwilligen vorgezogenen Entsorgungsbeitrages verwaltet habe, über «beste Kenntnisse des Batteriemarktes», denn die Batteriebranche werde hier direkt einbezogen.

Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, es handle sich bei der Frage der Kenntnisse des Batteriemarktes um ein Eignungs- und nicht um ein Zuschlagskriterium. Dieses dürfe im selektiven Verfahren auf der Ebene des Zuschlags keine Rolle mehr spielen.

b. Handelt es sich bei den hier strittigen Kenntnissen des Batteriemarktes um ein Eignungs- und nicht um ein Zuschlagskriterium, so darf dieses beim hier in Frage stehenden Zuschlag nicht mehr berücksichtigt werden. Denn die Eignung der Anbieter ist im Rahmen der Präselektion abschliessend zu beurteilen und darf bei der Zuschlagserteilung nicht erneut ins Gewicht fallen; vielmehr gelten alle präselektierten Anbieter als geeignet und es ist unzulässig, einem präqualifizierten Anbieter den Zuschlag wegen minderer Eignung zu verweigern (Gauch/Stöckli, a.a.O., Rz. 11.7; vgl. Entscheid der BRK vom 4. Februar 1999 mit Anmerkung von Peter Gauch in Baurecht [BR] 1999, S. 53; *Denis Esseiva*, BR 1999, S. 57 N. 6; vgl. auch das in BR 1999, S. 53 erwähnte Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 8. September 1998).

c. Bereits in ihrem Zwischenentscheid vom 22. Juli 1999 hat die BRK ausgeführt, bei der Frage der von der Beschwerdeführerin verlangten Kenntnisse des Batteriemarktes scheine es sich tatsächlich um ein Eignungs- und nicht um ein Zuschlagskriterium zu handeln. Denn die hier strittigen Kenntnisse würden die Beschwerdeführerin selbst und nicht deren Angebot betreffen; es geht hier letztlich um die «technische Leistungsfähigkeit» nach Art. 9 Abs. 1 BoeB. Das BUWAL habe denn auch in seiner Ausschreibung vom 11. November 1998 (Ziff. 10) «Kenntnisse im Bereich des Abfall-Entsorgungswesens» als Eignungskriterium angeführt. Weshalb nun die Kenntnisse der Entsorgung im Batteriemarkt, um den es hier konkret geht, Zuschlags- und nicht Eignungskriterien sein sollen, sei nicht ersichtlich.

Anlässlich der öffentlichen Sitzung vom 3. September 1999 führte das BUWAL aus, dass die Beschwerdeführerin weder als unqualifiziert noch als ungeeignet einzustufen sei; vielmehr würden ihr gute Kenntnisse im Bereich des Abfallentsorgungswesens attestiert. Sodann sei die Begründung des angefochtenen Zuschlages zwar missverständlich, bei genauer Betrachtung beziehe sich der vom BUWAL mitberücksichtigte Ablehnungsgrund jedoch auf die Qualität des Angebotes bzw. die Kriterien der Wirtschaftlichkeit, der Umsetzungstiefe des Entsorgungskonzeptes und der optimalen Erfüllung des Auftrages und nicht auf die fachliche Eignung der Beschwerdeführerin.

Mit dieser Argumentation gelingt es der Vergabestelle jedoch nicht, den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Einwand zu entkräften. Aus den Akten geht hervor, dass die Rücklaufrate von gebrauchten Batterien und Akkumulatoren heute ca. 60% beträgt. Da das BUWAL eine Rücklaufrate von 80% anstrebt, ist davon auszugehen, dass für die Vergebung des vorliegenden Dienstleistungsauftrages aus der Sicht des BUWAL insbesondere die Gewährleistung der Erfassung und Entsorgung eines möglichst hohen Anteils aller verbrauchten Batterien und Akkumulatoren entscheidend ist. Dass der Steigerung der Rücklaufquote entscheidende Bedeutung für die Vergabe des Auftrages zukommt, geht aber weder aus den Ausschreibungsunterlagen noch aus den Zuschlagskriterien in rechtsgenügender Weise hervor. In der Sitzung vom 3. September 1999 hat das BUWAL zudem mit Nachdruck ausgeführt, ein Scheitern der von Vergabebehörde ausgewählten Anbieterin bzw. von deren Entsorgungskonzept könne sich der Bund politisch nicht leisten. Diese Einschätzung seitens der Vergabebehörde ist zwar nachvollziehbar; mit Blick auf das Beschaffungsrecht ist jedoch festzuhalten, dass die Vergabebehörde, wenn sie solchen Argumenten vergabeentscheidende Bedeutung zukommen lassen will, dies in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend darzustellen hat. Eine Zuschlagsverfügung, die massgeblich mit ungenügenden Kenntnissen der Beschwerdeführerin auf dem Gebiete des Batteriemarktes begründet wird und von der zweifelhaft ist, ob sie sich nicht in unzulässiger Weise auf ein Eignungskriterium abstützt, genügt den Anforderungen an die Transparenz des Vergabeverfahrens und dem Grundsatz der Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheides nicht.

5.a. Hinzu kommt, dass in der Liste der Zuschlagskriterien der zu beurteilenden Beschaffung der «Wirtschaftlichkeit (Preis-/Leistungsverhältnis)» die grösste Bedeutung zugemessen wird, da dieses Kriterium an erster Stelle aufgeführt wird (Art. 21 Abs. 2 BoeB). Diesbezüglich ist unbestritten, dass das Angebot der Beschwerdeführerin preislich am tiefsten liegt. Demgegenüber hat das BUWAL geltend gemacht, die Beschwerdeführerin habe auch eine geringere Leistung als X. angeboten. Angesichts der diesbezüglich vom BUWAL erwähnten «Kenntnisse des Batteriemarktes» und der nicht in allen Punkten nachvollziehbaren Bewertung der Offerten anhand der vom BUWAL bekanntgegebenen Zuschlagskriterien vermag der Standpunkt der Vergabebehörde auch bezüglich des Preis/Leistungsverhältnisses nicht zu überzeugen. Denn ob die Offerte der Beschwerdeführerin trotz ihres günstigeren Angebots den geringeren Leistungsumfang aufweist als diejenige der berücksichtigten

Anbieterin, kann erst beurteilt werden, wenn die fraglichen Angebote in nachvollziehbarer und transparenter Art und Weise nach den bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ausgewertet werden.

b. Ist die Beschwerde bereits aus den vorstehend erwähnten Gründen gutzuheissen, erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Unabhängigkeit von X. oder die benötigte Zeit bis zum Beginn der operativen Tätigkeit näher einzugehen.

6. Zu prüfen bleibt, welche Konsequenz die Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung hat. Nach Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die BRK in der Sache selbst oder weist diese mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der Vertrag mit dem Anbieter oder der Anbieterin bereits abgeschlossen worden, so stellt die BRK lediglich fest, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 32 Abs. 2 BoeB).

a. Bei aufzuhebenden Zuschlagsverfügungen kommt ein reformatorischer Entscheid in dem Sinne, dass der Zuschlag direkt der im Beschwerdeverfahren obsiegenden Anbieterin erteilt wird, nur in klaren Ausnahmefällen in Betracht. In der Regel erlässt die BRK statt dessen einen Rückweisungsentscheid (vgl. *Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique*, Diss. Freiburg 1997, S. 557). In teilweiser Gutheissung des Eventualantrages gemäss Ziff. 2 Abs. 2 der Beschwerdeführerin ist auch im vorliegenden Fall auf Rückweisung an die Auftraggeberin zu erkennen.

b. Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung steht in erster Linie der Vergabebehörde zu. Falls das BUWAL am laufenden Submissionsverfahren festhalten sollte und - wohl zu Recht - die Voraussetzungen für einen Abbruch oder eine vollständige Wiederholung des Verfahrens nicht als gegeben erachten sollte, hat es Folgendes zu beachten: Das Beschaffungsgeschäft ist nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung und das Präqualifikationsverfahren. Dabei sind in das nochmals aufzurollende Submissionsverfahren nur die Beschwerdeführerin und X. als ursprünglich berücksichtigte Anbieterin einzubeziehen, da die andere Teilnehmerin der in Frage stehenden Submission den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden hat (vgl. Entscheid der BRK vom 29. April 1998, veröffentlicht in [VPB 62.80](#) E. 3c S. 805). Ferner ist es der Vergabebehörde nicht verwehrt, allfällige Unterkriterien festzulegen, sofern diese der Beschwerdeführerin und der berücksichtigten Anbieterin vor einer neuerlich durchzuführenden Auswertung der Offerten bekanntgegeben werden. Schliesslich ist darauf zu achten, dass Mitarbeiter des BUWAL, welche zu den Anbieterinnen in engem Kontakt stehen, sei es beispielsweise als Behördenvertreter oder sonst irgendwie an der Verwaltung der Anbieterinnen beteiligte oder interessierte Personen, an einer nochmals durchzuführenden Vergabe nicht massgeblich mitwirken. Alsdann ist ein neuer Zuschlag vorzunehmen.

7.a. Für das Verfahren vor der BRK sind bei diesem Verfahrensausgang keine Kosten zu erheben und der geleistete Kostenvorschuss ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Für das BUWAL als Bundesbehörde ergibt sich die Kostenlosigkeit aufgrund von Art. 63 Abs. 2 VwVG. X. könnten als unterliegender (privater) Gegenpartei an sich Kosten auferlegt

werden. Davon ist jedoch vorliegend in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 (letzter Satz) VwVG abzusehen, da eine Auferlegung von Kosten an die Begünstigte des ursprünglichen Zuschlages, der ihr - vorläufig wenigstens - durch die erfolgreiche Beschwerde wieder entzogen wird, als unbillig erschiene, zumal sie sich im Vergabe- und im Beschwerdeverfahren korrekt verhalten hat und dem BUWAL verfahrensmässige Fehler unterlaufen sind (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 542, Fn. 39; Moser, Rz. 4.7, Fn. 17).

b. Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden. Die Parteientschädigung an die obsiegende Beschwerdeführerin ist in Anwendung von Art. 8 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VwKV, SR 172.041.0) in Verbindung mit Art. 6 des Tarifs vom 9. November 1978 über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.119) auf insgesamt Fr. (...) festzusetzen. Aus den gleichen Überlegungen wie im vorstehenden Absatz angeführt, hat das BUWAL und nicht X. die Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu entrichten.

[173] Central Product Classification (Zentrale Güterklassifikation) Version 1.0, United Nations, New York 1998.

JAAC 64.30 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 3. September 1999 i. S. S. [BRK 1999-006]

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2000
Année	
Anno	
Band	64
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 004 703

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.