

JAAC 66.86

Entscheidung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG [BRK 2002-004]

Marché public avec procédure sélective. Champ d'application de l'AMP, respectivement de la LMP. Offre complète ou partielle. Principe de la transparence en relation avec les critères d'adjudication. Modification postérieure de la prestation. Violation des documents de l'appel d'offres. Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) statuant elle-même sur l'affaire.

- *L'acquisition par la Confédération de machines pour un aérodrome militaire est soumise à l'AMP, respectivement la LMP (consid. 1a).*
- *En principe, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer s'il veut ouvrir une procédure d'appel d'offres pour un marché complet ou former des lots. La prestation exigée doit être décrite de manière claire et non équivoque (consid. 2b et c).*
- *Importance des critères d'adjudication. Il y a violation du principe de la transparence, lorsque l'importance relative de critères particuliers d'adjudication (matrice d'évaluation) n'a pas été précisément communiquée et que leur importance a été modifiée en cours de procédure en ce sens que certains critères se voient attribué le même facteur de pondération au lieu de la gradation indiquée dans l'appel d'offres, sans que cela ait été communiqué clairement par écrit (consid. 3 et 4).*
- *L'extension postérieure des prestations mises au concours, considérée comme modification de l'objet du marché, dans le cadre de pourparlers n'est pas soutenable du point de vue du droit des marchés publics (consid. 5).*
- *Il y a violation des documents de l'appel d'offres lorsque l'adjudication porte sur un objet qui n'a pas du tout été testé. Une adjudication ne doit porter que sur une offre qui correspond aux exigences essentielles posées lors de l'appel d'offres ou dans le document d'adjudication (consid. 6).*

- L'annulation d'une décision d'adjudication par la CRM a en principe pour conséquence le renvoi de l'affaire au pouvoir adjudicateur. Cependant, en l'espèce, les conditions sont remplies pour que la CRM statue elle-même (consid. 7b et c).

Öffentliche Beschaffung im selektiven Verfahren. Geltungsbereich des ÜoeB bzw. BoeB. Gesamt- und Teilangebot. Transparenzprinzip in Bezug auf die Zuschlagskriterien. Nachträgliche Leistungsänderung. Verstoß gegen die Ausschreibungsunterlagen. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) in der Sache.

- Die Beschaffung von Arbeitsmaschinen für Militärflugplätze durch den Bund untersteht dem ÜoeB bzw. BoeB (E. 1a).

- Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Teilaufträge bilden will. Die geforderte Leistung muss klar und eindeutig umschrieben sein (E. 2b und c).

- Gewichtung der Zuschlagskriterien. Es verstößt gegen das Transparenzgebot, wenn die relative Wichtigkeit der einzelnen Zuschlagskriterien (Bewertungsmatrix) nicht präzise bekannt gegeben und deren Gewichtung im Verlauf des Verfahrens ohne klare schriftliche Mitteilung geändert wird, indem bestimmten Kriterien abweichend von der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Reihenfolge im Rahmen der Bewertung das gleiche Gewicht zukommt (E. 3 und 4).

- Die nachträgliche Erweiterung der ausgeschriebenen Leistungen als Änderung des Beschaffungsgegenstandes im Rahmen von Verhandlungen erweist sich submissionsrechtlich als nicht haltbar (E. 5).

- Es verstößt gegen die Ausschreibungsunterlagen, wenn der Zuschlag einem Gegenstand erteilt wird, der gar nicht getestet worden ist. Ein Zuschlag ist nur an ein Angebot zu erteilen, das bei der Öffnung den wesentlichen Anforderungen der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen entspricht (E. 6).

- Die Aufhebung einer Zuschlagsverfügung durch die BRK hat in der Regel die Rückweisung der Sache an die Auftraggeberin zur Folge. Hier sind jedoch die Voraussetzungen eines Entscheides in der Sache erfüllt (E. 7b und c).

Acquisti pubblici in una procedura selettiva. Campo d'applicazione dell'AAP rispettivamente della LAPub. Offerta completa e parziale. Principio della trasparenza in relazione ai criteri di aggiudicazione. Modifica successiva della prestazione. Violazione dei documenti della richiesta di offerte. Decisione nel merito della Commissione federale di ricorso in materia di acquisti pubblici (CRM).

- ***L'acquisto da parte della Confederazione di macchine per aerodromi militari soggiace all'AAP rispettivamente alla LAPub (consid. 1a).***
- ***In linea di principio l'ente aggiudicatore ha la facoltà di decidere se aprire una richiesta di offerte unica concernente tutto l'acquisto oppure se suddividerla in varie parti. La prestazione richiesta deve essere descritta in modo chiaro ed inequivocabile (consid. 2b und c).***
- ***Importanza dei criteri di aggiudicazione. Vi è una violazione del principio di trasparenza se l'importanza relativa dei singoli criteri di aggiudicazione (matrice di valutazione) non viene resa nota in modo preciso e la valutazione di tali criteri viene modificata durante la procedura senza una chiara comunicazione scritta. Ciò si verifica ad esempio se, nell'ambito della valutazione, viene attribuito lo stesso peso a determinati criteri che nella graduatoria resa nota nei documenti della richiesta di offerte avevano invece un peso differente (consid. 3 e 4).***
- ***Dal punto di vista del diritto degli appalti, nel quadro di trattative non è sostenibile l'estensione successiva delle prestazioni richieste, considerata quale modifica dell'oggetto dell'acquisto (consid. 5).***
- ***Vi è una violazione dei documenti della richiesta di offerte se l'aggiudicazione avviene a favore di un oggetto che non è nemmeno stato provato. L'aggiudicazione può avvenire solo a favore di un'offerta che corrisponde alle condizioni essenziali poste al momento della richiesta di offerte o nei documenti di aggiudicazione (consid. 6).***
- ***L'annullamento della decisione di aggiudicazione da parte della CRM ha di regola come conseguenza il rinvio dell'incarto all'autorità che ha indetto la richiesta di offerte. Nella fattispecie sono però date le condizioni di una decisione nel merito della CRM (consid. 7b e c).***

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Gruppe Rüstung (nachfolgend Vergabestelle) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 22. Juni 2000 den Auftrag für die Lieferung von 11 Reinigungswagen für Flugplätze und 19 Mehrzweckfahrzeugen mit Anbaugeräten (Kippladebrücken, Schneepflüge, Walzenkehrbürsten und Schneefräsen oder -schleudern) für Flugplätze im selektiven Verfahren öffentlich aus. Aufgrund der Präqualifikation wurden nebst sieben weiteren Bewerbern die B. AG und die A. AG als geeignet beurteilt und mit Offertanfrage vom 4. September 2000 um Zustellung einer Offerte für die ausgeschriebenen Reinigungswagen und Mehrzweckfahrzeuge für Flugplätze bis zum 16. Oktober 2000 gebeten. Die B. AG offerierte mit Angebot vom 9. Oktober 2000 11 Kehrmaschinen B. 2002 und 19 Geräteträger B. T1400. Die A. AG offerierte am 12. Oktober 2000 11 Strassenkehrfahrzeuge des Typs 2500. Mit Schreiben vom 21. Januar 2002 teilte die Gruppe Rüstung der B. AG mit, dass das von ihr offerierte Reinigungsfahrzeug «B.» sich zwar als truppentauglich erwiesen, wegen der im Vergleich zur Konkurrenz höheren

Fullservicekosten den Zuschlag indes nicht erhalten habe. Im SHAB vom 28. Januar 2002 wurde der Zuschlag für die Reinigungswagen an die A. AG veröffentlicht.

B. Mit Eingabe vom 11. Februar 2002 erhebt die B. AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) gegen die Erteilung des Zuschlags für die Lieferung der Reinigungswagen an die A. AG Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK oder Rekurskommission). Die Beschwerdeführerin beantragt, der angefochtene Vergabeentscheid (Zuschlag) sei aufzuheben. Die Gruppe Rüstung sei anzuweisen, den Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen. *Eventualiter* sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Fällung eines neuen Vergabeentscheids an die Gruppe Rüstung zurückzuweisen. *Subeventualiter* sei festzustellen, dass die Vergabe der Reinigungswagen für Flugplätze rechtswidrig sei.

Aus den Erwägungen:

1.a. Die Eintretensvoraussetzungen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) sind bezüglich Art und Umfang des Auftrags bzw. Auftragswerts erfüllt. Bei der Vergabebehörde, der Gruppe Rüstung, handelt es sich um eine Dienststelle der allgemeinen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Bst. a BoeB. Die Gruppe Rüstung ist in der Liste der Vergabestellen des Bundes gemäss Anhang 1 Annex 1 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoEB, SR 0.632.231.422) ausdrücklich aufgeführt. Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen Lieferauftrag (Art. 5 Bst. a BoeB), dessen geschätzter Wert den für die Anwendbarkeit des BoeB massgebenden Schwellenwert von 248'950 Franken bei Lieferungen deutlich überschreitet (Art. 6 Abs. 1 Bst. b BoeB; Art. 1 Bst. a der - zum Zeitpunkt der öffentlichen Ausschreibung des Auftrags geltenden - Verordnung vom 8. Dezember 1999 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2000 [AS 1999 3496]). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang schliesslich die Fussnote 1 zum erwähnten Annex 1; danach wird für die Beschaffungen, die u. a. von der Gruppe Rüstung getätigt werden, auf die Liste über ziviles Material für Verteidigung und Zivilschutz im Anhang verwiesen. Es ergibt sich demnach, dass nicht alle Güter, die von der Gruppe Rüstung beschafft werden, dem ÜoEB unterstehen, sondern nur jene, die (abschliessend) in der genannten Liste (Positivliste) aufgeführt sind. Alle andern Beschaffungen (Waffen, Munition, Kriegsmaterial) durch die Gruppe Rüstung sind von den Anwendungsbereichen des ÜoEB und des BoeB ausgenommen (vgl. Art. XXIII Ziff. 1 ÜoEB; Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB). Vorliegend geht es um die Beschaffung von «Arbeitsmaschinen für Militärflugplätze» (Reinigungswagen und Mehrzweckfahrzeuge für den Unterhalt der Flugplätze). Diese fallen unter die Güter, die auf der Liste gemäss Anhang 1 Annex 1 zum ÜoEB aufgeführt sind. Gemäss Kap. 87 dieser Liste unterstehen Zugmaschinen, Automobile, Fahrräder und andere nicht schienengebundene Landfahrzeuge dem Abkommen; ausgenommen sind einzig gepanzerte Fahrzeuge, schwere Lastwagen, Motorräder und Anhänger. Die Vertreter der Gruppe Rüstung haben im Übrigen an der Verhandlung vom 24. Mai 2002 ausdrücklich bestätigt, dass es sich bei den zu beschaffenden Arbeitsmaschinen um ziviles

Material im Sinne der genannten Positivliste handelt. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. e BoeB bzw. von Art. XXIII Abs. 1 ÜoeB liegt nicht vor.

Gegen Zuschlagsverfügungen der Auftraggeberin ist die Beschwerde an die Rekurskommission, welche endgültig entscheidet, zulässig (vgl. Art. 27 Abs. 1, Art. 29 Bst. a und Art. 36 BoeB sowie Art. 100 Abs. 1 Bst. x des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG], SR 173.110).

Somit ist die Rekurskommission für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Zusammenhang mit der strittigen Vergabe zuständig.

b.-e. (...)

2. Zu prüfen ist zunächst, ob die Gruppe Rüstung berechtigt war, die Lieferung der ausgeschriebenen Fahrzeuge in zwei Teilvergaben zuzuschlagen.

a. Die Beschwerdeführerin hat eine Offerte für 11 Reinigungswagen und 19 Mehrzweckfahrzeuge, also ein Gesamtangebot, eingereicht. Die Gruppe Rüstung hat die Lieferung der Mehrzweckfahrzeuge an die M. AG, die ebenfalls ein Gesamtangebot gemacht hatte, vergeben, und den Zuschlag für die Lieferung der Reinigungswagen der A. AG erteilt, die ein Angebot ausschliesslich für die 11 Reinigungswagen eingereicht hatte.

Die Beschwerdeführerin sieht im Umstand, dass die Vergabebehörde den Zuschlag bzw. die Zuschläge für die gemeinsam ausgeschriebenen Reinigungswagen einerseits und die Mehrzweckfahrzeuge inklusive Zubehör andererseits an zwei verschiedene Anbieterinnen erteilt hat, einen Verstoss gegen die Ausschreibungsbestimmungen. In der Ausschreibung sei keine Teilvergabe des Fahrzeuglieferauftrags für Reinigungswagen und Mehrzweckfahrzeuge vorgesehen gewesen. In Punkt 13 der Ausschreibung seien Teilangebote vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen worden. Allein dieser Rechtsmangel müsse ohne weitere Prüfung und zum vornherein zur Aufhebung des Zuschlags führen.

Demgegenüber hält die Vergabestelle in der Vernehmlassung fest, sie habe von Anfang an beabsichtigt, die beiden unter Ziff. 3 der öffentlichen Ausschreibung vom 22. Juni 2000 getrennt aufgeführten Fahrzeuge getrennt zu beschaffen. Mit dem Ausschluss der Zulässigkeit von Teilangeboten in Ziff. 13 habe sie lediglich vermeiden wollen, dass eine Unternehmung die Fahrzeuge und eine andere Anbieterin die Anbaugeräte liefere. Für jeden Fahrzeugtyp sollte ein Lieferant als Generalunternehmer in Erscheinung treten. Sie sei sich bewusst gewesen, dass nur ein Anbieter in der Lage sei, beide Fahrzeugtypen mit denselben Hauptkomponenten anzubieten. Der Wettbewerb sollte gestärkt und nicht eingeschränkt werden. Spätestens seit der Erprobung der Reinigungs-Fahrzeuge auf dem Flugplatz Interlaken habe der Beschwerdeführerin jedenfalls klar sein müssen, wie Ziff. 13 der Ausschreibung zu verstehen sei. Die Vergabestelle vertritt damit den Standpunkt, bei den beiden ausgeschriebenen Fahrzeugkategorien handle es

sich um zwei verschiedene, von einander letztlich unabhängige Lieferaufträge, und die Einreichung von Teilangeboten sei nur innerhalb der jeweiligen Fahrzeugkategorie für nicht zulässig erklärt worden.

b. Art. 22 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) bestimmt, dass die Auftraggeberin in der Ausschreibung grundsätzlich ein Gesamtangebot für die zu beschaffenden Leistungen verlangt. Hat die Auftraggeberin jedoch ein spezielles Interesse daran, dass Teilangebote eingereicht werden, so kann sie dies in der Ausschreibung kundtun, damit der Markt entsprechend vergrössert wird (Erläuterungen zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, in Schweizerische Rechtserlasse, Öffentliches Beschaffungsrecht, Submissionsrecht, hrsg. von Christian Bock, Basel und Frankfurt a.M. 1996, S. 97). Die Auftraggeberin kann nach Art. 22 Abs. 3 VoeB bei Teilangeboten auf ein Gesamtangebot verzichten. Sie kündigt dies in der Ausschreibung an. Gemäss Art. 27 Abs. 1 VoeB schliesslich kann die Auftraggeberin im Rahmen der Vergabe den Auftrag in Teilaufträge aufteilen oder ihn als Ganzes mehreren Anbietern und Anbieterinnen vergeben. Sie muss diese Absicht allerdings in der Ausschreibung bekannt gegeben haben. Die Anbietenden sind nicht verpflichtet, einen Teilauftrag anzunehmen oder eine Zusammenarbeit einzugehen, wenn sie nur ein Gesamtangebot eingereicht haben (Art. 27 Abs. 2 VoeB).

Grundsätzlich liegt es also im Ermessen der Vergabestelle, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Lose (Teilaufträge) bilden will. Unzulässig wäre die Aufteilung eines Auftrags etwa dann, wenn diese einzig in der Absicht erfolgen würde, mit tieferen Beschaffungswerten die vorgeschriebene Verfahrensart zu umgehen. Unzulässig, weil diskriminierend, wäre die Auftragsaufteilung ferner auch, wenn die Vergabestelle damit bestimmte Anbieter bevorzugen oder benachteiligen will (vgl. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1999, S. 302 ff.; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2001 II Nr. 11 E. 2). Schliesslich kommt eine Aufteilung des Auftrags auch dann nicht in Frage, wenn darauf nicht vorgängig in der Ausschreibung aufmerksam gemacht worden ist (Art. 22 Abs. 3 und Art. 27 Abs. 1 VoeB).

c. Der Argumentation der Vergabestelle, sie habe von Anfang an beabsichtigt, die beiden Fahrzeugkategorien getrennt zu vergeben, ist entgegen zu halten, dass sie diesfalls die beiden Aufträge auch getrennt hätte ausschreiben sollen. Nach Art. 18 Abs. 1 BoeB muss grundsätzlich jeder geplante Auftrag, der im offenen oder selektiven Verfahren vergeben wird, einzeln ausgeschrieben werden. Auf die in Art. 18 Abs. 2 BoeB als Ausnahme für bestimmte Auftraggeberinnen vorgesehene Möglichkeit, Aufträge, die für einen bestimmten Zeitraum geplant sind, gesamthaft in einer einzigen Publikation zu veröffentlichen, kann sich die Gruppe Rüstung jedenfalls nicht stützen. Allein schon der Wortlaut der öffentlichen Ausschreibung lässt im vorliegenden Fall nicht klar auf eine von Anfang an bestehende Absicht schliessen, zwei getrennte Aufträge zu vergeben. Im Gegenteil erscheint die Auffassung der Beschwerdeführerin, es sei ein Gesamtangebot für beide Fahrzeugkategorien verlangt gewesen, nicht von vornherein unbegründet, sondern wird durch den Wortlaut der Ausschreibung vielmehr gestützt. Die öffentliche Ausschreibung der beiden Fahrzeugkategorien in einer gemeinsamen Publikation und vor allem die Umschreibung der verlangten

Leistung im «Produktebescrieb» gemäss Ziff. 3b konnte von den Anbietenden dahingehend verstanden werden, dass die 11 Reinigungswagen und die 19 Mehrzweckfahrzeuge einschliesslich der Ausrüstung als Gesamtangebot für «Arbeitsmaschinen für Militärflugplätze» im Sinne von Art. 22 Abs. 1 VoeB zu offerieren waren. Hinzu kommt die Formulierung von Ziff. 13 der öffentlichen Ausschreibung, die ihrem Wortlaut nach Teilangebote vorbehaltlos, d. h. nicht beschränkt auf die jeweilige Fahrzeugkategorie, für «nicht zulässig» erklärt. In Ziff. 10 wird eine Systemkomponentengleichheit als erwünscht bezeichnet. Der französische Wortlaut betont dies sogar noch («présentation des composants identiques pour les deux types [composants identiques souhaités]»). Auch die Offertanfrage vom 4. September 2000, die den selektionierten Anbietern (zusammen mit verschiedenen Beilagen) zugeschickt wurde, lässt nicht unbedingt auf zwei gesonderte Lieferaufträge schliessen. So ist in Ziff. 7 die Gliederung der Offerte vorgegeben. Danach hat die Offerte u. a. Folgendes zu enthalten:

- Mietpreis für das Erprobungs-Muster gemäss Ziff. 4.1.1 und 4.2.1 der Anfrage
- Preis für 11 Reinigungswagen Ziff. 3.1 und 19 Mehrzweckfahrzeuge Ziff. 3.2 und detaillierte Preise für die Anbaugeräte, gemäss Ziff. 3.3 der Anfrage
- (...)

Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen müssen widerspruchsfrei und unmissverständlich formuliert sein. Insbesondere die geforderte Leistung muss klar und eindeutig umschrieben sein. Nur so sind die Anbietenden in der Lage, ordnungsgemäss zu offerieren. Diesen Anforderungen, die aus dem das Vergabeverfahren beherrschenden Transparenzprinzip (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB) resultieren, entspricht die Formulierung der vorliegenden Ausschreibung nur sehr beschränkt. Der Umstand, dass ein Unternehmer damit rechnen kann, ein ausgeschriebener Auftrag werde ihm als Ganzes und nicht nur zum Teil zugeschlagen, kann für die Kalkulation des Angebots eine erhebliche Rolle spielen. Die Grösse bzw. der Umfang des zu vergebenden Auftrags können diese wesentlich beeinflussen. Hinzu kommt, dass andere potenzielle Anbieter, welche die Ausschreibung dahin verstehen, dass ein Gesamtangebot verlangt wird, auf die Einreichung eines Angebots verzichten könnten, da sie nicht in der Lage sind, sowohl die Reinigungswagen als auch die Mehrzweckfahrzeuge zu liefern. Die Beschränkung des Wettbewerbs, die dies zur Folge hätte, widerspräche den vom BoeB verfolgten Zielen. Im vorliegenden Fall enthielt die Ausschreibung keine Ankündigung einer allfälligen Vergabe von zwei gesonderten Lieferaufträgen. Vielmehr wurde in Ziff. 13 der öffentlichen Ausschreibung sogar ein ausdrückliches Verbot von Teilangeboten statuiert. Dass dieses Verbot nur innerhalb der jeweiligen Fahrzeugkategorien gelten soll, geht aus dem Wortlaut der Ausschreibung jedenfalls nicht hervor.

d. Während das Gebot eines transparenten Verfahrens grundsätzlich dafür spricht, die Vergabestelle beim Wortlaut der Ausschreibung, der Teilangebote generell ausschliesst, zu behaften (vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 23. Juli 1999, in: LGVE 1999 II Nr. 18, S. 218 ff. [in diesem Fall hat das Verwaltungsgericht die getrennte Vergabe von gemeinsam ausgeschriebenen Tischen und Stühlen für unzulässig erklärt]), lassen sich die andern Zielsetzungen des Beschaffungsrechts gegen ein wörtliches Verständnis der öffentlichen Ausschreibung anführen. Es sollen

der Wettbewerb unter den Anbietenden gestärkt und der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel gefördert werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. b und c BoeB). Ein Gesamtangebot kann sich für die Vergabestelle im vorliegenden Fall zwar vorab in Bezug auf den späteren Unterhalt der Fahrzeuge unter Umständen als vorteilhaft erweisen; ein sachlich zwingender Grund dafür, die beiden unterschiedlichen Fahrzeugkategorien nur gemeinsam zu vergeben, ist letztlich aber nicht ersichtlich, während ein Verbot von Teilangeboten für die verschiedenen Zusatzgeräte durchaus nachvollziehbar erscheint. Sinn und Zweck der Zulässigkeit ausschliesslich von Gesamtangeboten erscheinen im vorliegenden Fall damit fraglich.

Die Vergabestelle bringt sinngemäss vor, allein schon das Wissen um den Umstand, dass lediglich ein Anbieter überhaupt in der Lage sei, ein Angebot für beide Fahrzeugkategorien (mit denselben Hauptkomponenten) einzureichen, insoweit praktisch eine Monopolsituation bestehe, spreche gegen die Annahme, es sei zwingend ein Gesamtangebot verlangt worden. Rechtlich ist diese Argumentation - jedenfalls im Rahmen einer GATT/WTO-Ausschreibung, die im Sinne einer Marktöffnung auch Konkurrenten aus dem Ausland ansprechen soll - eher fragwürdig; faktisch wird sie aber durch die Tatsache bestätigt, dass sämtliche Anbieterinnen mit Ausnahme der Beschwerdeführerin offensichtlich ohne weiteres davon ausgingen, dass die Reinigungsfahrzeuge und die Mehrzweckfahrzeuge (auch) getrennt vergeben werden könnten, es also nicht um einen unteilbaren Gesamtauftrag, sondern um zwei gemeinsam ausgeschriebene Einzelaufträge gehe. Es haben einzig die Beschwerdeführerin und die M. AG ein Gesamtangebot eingereicht. Alle übrigen Anbieter haben sich schon auf der Stufe der Präqualifikation lediglich für eine der beiden Fahrzeugkategorien beworben. Das heisst, sie haben die Zulässigkeit von Angeboten für die eine oder andere Fahrzeugkategorie trotz der (zu) absoluten Formulierung in der öffentlichen Ausschreibung im Sinne der Vergabestelle verstanden. Auch die Mitanbieterin M. AG, die ebenfalls ein Gesamtangebot eingereicht hat, macht geltend, für sie sei es stets klar gewesen, dass je nach Testergebnis die Vergabe des Reinigungsfahrzeugs und des Mehrzweckfahrzeugs an zwei verschiedene Anbieter erfolgen könne. Diese Ausführungen werden bestätigt durch die Tatsache, dass die M. AG bereits in ihrer ersten Offerte vom 12. Oktober 2000 einen zusätzlichen Mengenrabatt von 3% bei Erhalt des Gesamtauftrages für Reinigungswagen und Mehrzweckfahrzeuge offerierte.

Anhaltspunkte dafür, dass Angebote für nur eine der beiden Fahrzeugkategorien möglich sein mussten, sind auch die in Ziff. 7 der öffentlichen Ausschreibung vorgesehene Beschränkung auf fünf Bewerber aus Effizienzgründen sowie der in Ziff. 5 statuierte Ausschluss von Bietergemeinschaften. Andernfalls ergäben diese zusätzlichen Einschränkungen für die potentiellen Bewerber angesichts der grundsätzlich unbestritten gebliebenen Tatsache, dass nur sehr wenige Unternehmen beide Fahrzeugkategorien anbieten, wenig Sinn.

Es ist bei dieser Sachlage davon auszugehen, dass die öffentliche Ausschreibung bei vernünftiger und sachgerechter Lesart von den Anbietenden, die über die einschlägigen Markt- und Branchenkenntnisse verfügen, dahingehend verstanden werden durfte und musste, dass es sich bei der Lieferung der Reinigungswagen und der Mehrzweckfahrzeuge

grundsätzlich um zwei verschiedene Aufträge handelte, und Gesamtangebote wohl erwünscht, aber nicht zwingend verlangt waren. Dementsprechend war die Vergabebehörde befugt, die Lieferungen auch ohne eine entsprechende Ankündigung im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VoeB getrennt zu vergeben. Die wie ausgeführt unklare und missverständliche Formulierung der Ausschreibung allein stellt im vorliegenden Fall keinen derart schwerwiegenden Rechtsmangel dar, der notwendigerweise zur Aufhebung der beiden Teilvergaben führen müsste. Die Rekurskommission ruft an dieser Stelle freilich in Erinnerung, dass es Sache der Vergabebehörden ist, die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung einzuhalten. In einer vergleichbaren Situation wie im vorliegenden Fall ist es entsprechend wünschbar, wenn die Vergabebehörde entweder zwei verschiedene Ausschreibungen vornimmt, sofern sie zwei verschiedene Zuschläge vorzunehmen gedenkt (gegebenenfalls mit dem Hinweis, dass die beiden Aufträge auch gesamthaft vergeben werden können), oder aber für zwei verschiedene Aufträge eine einzige Ausschreibung veröffentlicht, indes mit dem klaren und unmissverständlichen Hinweis in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen, dass es sich um zwei verschiedene Aufträge handelt.

3. Art. 21 Abs. 1 BoeB bestimmt, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Dieses wird ermittelt, indem verschiedene Kriterien berücksichtigt werden, insbesondere Termin, Qualität, Preis, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Zweckmässigkeit der Leistung, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, technischer Wert. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend zu verstehen.

a. Die Vergabebehörde hat die für die konkrete Vergabe massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (Art. 21 Abs. 2 BoeB) und unter Bekanntgabe «aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden» (Anhang 5 Ziff. 6 VoeB), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Die Rangfolge der Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen steht sodann für das weitere Submissionsverfahren grundsätzlich fest. Die Wahl der zur Anwendung gelangenden Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien darf dabei nicht in sachwidriger, wettbewerbsverzerrender Weise vorgenommen werden. Unzulässig ist es, durch die Art der Gewichtung der Zuschlagskriterien einen bestimmten Anbieter zu begünstigen. Aus der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst (Entscheid der Rekurskommission vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in [VPB 65.94](#) E. 2a; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. März 1999, veröffentlicht in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 100/1999, S. 382 E. 3b). Der Grundsatz der Transparenz gebietet, dass die Vergabebehörde die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenkt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekannt gibt ([BGE 125 II 101](#); Entscheid der Rekurskommission vom 1. September 2000, veröffentlicht in [VPB 65.11](#) E. 2a). Könnte die Vergabebehörde nämlich die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erst nachträglich, d. h. in Kenntnis des Inhalts der eingegangenen Offerten, festsetzen, bestünde die Gefahr von Missbrauch und Manipulation von Seiten des Auftraggebers (Entscheid der Rekurskommission

vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in [VPB 65.10](#) E. 4a). Dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Bewertungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (Entscheid der Rekurskommission vom 3. September 1999, veröffentlicht in [VPB 64.30](#) E. 3a; *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 (*Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 467; Gauch / Stöckli, a.a.O., Rz. 11.4).

b. Welches das im konkreten Geschäft wirtschaftlich günstigste Angebot gemäss den in der Ausschreibung bzw. den den Anbietern nach der Präqualifikation zugestellten Unterlagen angeführten Zuschlagskriterien ist, entscheidet die Auftraggeberin, nachdem sie die verschiedenen Angebote nach Art. 25 VoeB in technischer und rechnerischer Hinsicht so weit bereinigt hat, dass sie objektiv vergleichbar sind (Galli / Lehmann / Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467). Sodann werden die verschiedenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien geprüft (Art. 25 VoeB), wobei diese Prüfung - entsprechend dem Grundsatz der Transparenz - dokumentiert werden muss und nachvollziehbar sein soll (vgl. den Entscheid der Rekurskommission vom 25. August 2000, veröffentlicht in [VPB 65.9](#) E. 2a sowie die unveröffentlichten Entscheide vom 25. August 1999 in Sachen B.P. [BRK 1999-004], E. 2d, und vom 4. Februar 1999 in Sachen A.B.W. [BRK 1998-012] E. 3b/bb). Durch die Wahl der Reihenfolge der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bringt die Vergabebehörde deren Bedeutung für den Zuschlag definitiv zum Ausdruck (Art. 21 Abs. 2 BoeB und Galli / Lehmann / Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467; vgl. auch [BGE 125 II 101](#) E. 7c; Entscheid der Rekurskommission vom 4. Februar 1999, a.a.O., E. 3b/cc). Dadurch wird das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebots eingeschränkt, wobei trotzdem noch ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt (Entscheide der Rekurskommission vom 3. September 1999 und vom 28. August 2000, veröffentlicht in [VPB 64.30](#) E. 3a bzw. [VPB 65.9](#) E. 2a; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467).

c. Der Grundsatz der Transparenz erfordert überdies, dass die Vergabebehörde die Angebote nach den von ihr bekannt gegebenen Kriterien beurteilt. Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheide der Rekurskommission vom 3. September 1999, a.a.O., E. 3c und vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in [VPB 65.94](#), E. 6a).

4.a. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in Ziff. 10 der Offertanfrage vom 4. September 2000 die Zuschlagskriterien (Reihenfolge nach Wichtigkeit) für die Evaluation wie folgt festgelegt:

1. Erfüllungsgrad der Technischen Anforderung
2. Beschaffungskosten

3. Lebenswegkosten
4. Servicestellen, Kundendienst und Garantiebedingungen
5. Akzeptierung des Vertragsentwurfs
6. Ersatzteilgarantie gemäss Anlage I und II, Ziff. 5.1
7. Vollständigkeit der Offerte
8. Markteinführung der Modelle gemäss Produktebeschrieb erfolgt

Die Vergabebehörde macht geltend, die Beschwerdeführerin habe darauf verzichtet, innert der in der Rechtsmittelbelehrung angegebenen Frist von 20 Tagen seit der Eröffnung der Offertanfrage Beschwerde zu erheben. Damit habe sie ihre Zustimmung zu den Zuschlagskriterien und zum Auswertungssystem erteilt. Die Ausschreibungsunterlagen (Offertanfrage) seien rechtskräftig und für die Evaluation des wirtschaftlich günstigsten Angebots massgebend.

Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission stellen die Ausschreibungsunterlagen indessen keine selbständig anfechtbaren Verfügungen im Sinne von Art. 29 BoeB dar; Mängel in den Ausschreibungsunterlagen sind nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung nach Art. 29 BoeB mündet, anfechtbar (Entscheid vom 16. November 2001 in Sachen P. AG [BRK 2001-011], E. 3c; Entscheid vom 5. Juli 2001, a.a.O., E. 3b). Demnach können auch der Kriterienkatalog bzw. die Zuschlagskriterien als solche und ihre Gewichtung (noch) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein. Daran vermag auch der Umstand, dass die Vergabebehörde die Ausschreibungsunterlagen mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen hat, nichts zu ändern.

b. Gemäss Angaben der Gruppe Rüstung wurden die Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote folgendermassen gewichtet:

Zuschlagskriterien	Zugehörigkeit	Gewicht. 1	Gewicht. 2	Gewicht. 3	Resultat	Rangfolge
Erfüllungsgrad techn. Anford.	Nutzen		Nutzen Technik	98%	36.75%	1
Markteinführung der Modelle	Nutzen		Nutzen Technik	2%	0.75%	8
			Total Nutzen Technik	75%	100%	
Servicestellen, Kundendienst etc.	Nutzen		Nutzen Kommerz	30%	3.75%	4
Aktzeptierung Vertragsbed.	Nutzen		Nutzen Kommerz	30%	3.75%	4
Ersatzteilgarantie	Nutzen		Nutzen Kommerz	25%	3.125%	6
Vollständ. Offerte	Nutzen		Nutzen Kommerz	15%	1.875%	7
			Total Nutzen Kommerz	25%	100%	
	Total Nutzen	50%				
Beschaffungskosten	Kosten		Beschaffung	50%	100%	2
Lebenswegkosten (Betriebskosten)	Kosten		Betrieb		25%	2
	Total Kosten	50%				
					100%	

Die Beschwerdeführerin rügt, es sei zu keinem Zeitpunkt bekannt gewesen, welches - z. B. prozentuale - Gewicht den einzelnen Zuschlagskriterien zugekommen sei. Dies verletze den Grundsatz der Transparenz. Die erst im nachhinein vorgenommene Festsetzung des Gewichtungsmassstabs öffne dagegen Missbrauch durch die Vergabebehörde Tür und Tor.

c. Nach der dargestellten Rechtsprechung der Rekurskommission (E. 3/a vorne) sind die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien sowie die Beurteilungsmatrix, sofern eine solche Verwendung findet, in den Ausschreibungsunterlagen zu publizieren. Andernfalls verletzt die Vergabestelle den Transparenzgrundsatz. Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle vorgängig weder die präzise Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien noch die Bewertungsmatrix, die sie dem Nutzwertvergleich vom 6. November 2001 zugrunde gelegt hat, bekannt gegeben. Die Ausschreibungsunterlagen selbst enthalten ausschliesslich die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung. Angaben bezüglich einer numerischen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien (in Prozenten oder Punkten) fehlen genauso wie Angaben zum Auswertungssystem (mit Ausnahme des Hinweises auf die Nutzwertanalyse in Ziff. 1 der Anlage II zur Offertanfrage). Der Beschwerdeführerin ist daher beizupflichten, wenn sie geltend macht, sie habe aufgrund der Ausschreibungsunterlagen lediglich Kenntnis von den Zuschlagskriterien gehabt, nicht aber vom eigentlichen Auswertungssystem. Folglich habe sie diesem auch nicht zustimmen können. Der Hinweis, die Zuschlagskriterien würden in der Form einer Nutzwertanalyse beurteilt, vermag die Bekanntgabe der Gewichtung der einzelnen Kriterien nicht zu ersetzen.

Die Vergabestelle weist darauf hin, dass bei der von der Beschwerdeführerin schon bei der erstmaligen Bekanntgabe des Leistungsgegenstands verlangten Offenlegung sämtlicher Haupt- und Subkriterien inklusive Gewichtung und Bewertungsschemen eine nachfolgende Anpassung oder - wie im vorliegenden Fall - Präzisierung der Zuschlagskriterien unzulässig würde. Bei acht zur Anwendung gelangenden Kriterien sei der Handlungsspielraum für die Gewichtung klein, zumal bei der Anwendung der Kosten-Nutzen-Analyse, bei welcher Kosten und Nutzen einer Beschaffung einander im Verhältnis 1:1 gegenübergestellt würden, die Kostenelemente zusammen zwingend mit 50% zu gewichten seien. Bezüglich dieser Argumentation ist festzustellen, dass die Gewichtung der Beschaffungskosten und der Betriebskosten (Lebensweg- oder Fullservicekosten) mit je 25% keineswegs zwingend ist. Die identische Gewichtung der beiden Kriterien steht vielmehr im Widerspruch zum ursprünglich in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterienkatalog. Darin rangieren die Beschaffungskosten vor den Lebenswegkosten an zweiter Stelle (vgl. E. 4/a vorne). Die Reihenfolge wurde dabei ausdrücklich *nach Wichtigkeit* festgelegt, was - wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt - erfordert, dass den Beschaffungskosten ein grösseres Gewicht zukommen muss als den Lebenswegkosten. Diesem Erfordernis würde z. B. auch eine Gewichtung der beiden Kriterien im Verhältnis von 30% zu 20% oder sogar von 35% zu 15%

entsprechen, und die Gewichtung der beiden Kostenelemente als Gesamtes mit 50% würde dennoch beibehalten. Der Manipulationsspielraum, über den die Vergabebehörde verfügt, ist offensichtlich.

d. Die nach dem Truppenversuch im Wettbewerb verbliebenen Anbietenden wurden mit Schreiben der Vergabestelle vom 8. Mai 2001 aufgefordert, ihre Offerten zu aktualisieren. Zusätzlich wurden von ihnen verbindliche Angaben über die Fullservicekosten verlangt. Aus der mit «Technische Anforderungen für Mehrzweckfahrzeug (bzw. Reinigungswagen) für Militärflugplätze» betitelten Beilage zum Schreiben konnten sie entnehmen, dass die angebotenen Fullservicekosten verbindlich sein müssten und zu den Fahrzeug-Beschaffungskosten addiert würden. Die so errechneten Gesamtkosten seien massgebend für die Typenwahl. Die Vergabestelle ist offensichtlich der Auffassung, dass die Anbietenden aus dieser Angabe den Schluss hätten ziehen müssen, dass den Fullservicekosten nun das gleiche Gewicht zukomme wie den Beschaffungskosten, d. h. dass sie die Änderung der ursprünglichen Rangfolge der Zuschlagskriterien hätten erkennen müssen. Die Vergabestelle widerspricht sich, wenn sie in der Duplik ausführt, die Wichtigkeit der Lebens- oder der Fullservicekosten sei während der gesamten Beschaffungsdauer gleich geblieben, es handle sich um das drittwichtigste Kriterium. Tatsächlich aber misst sie dem zweiten und dem dritten Zuschlagskriterium im Rahmen des Kriterienkatalogs im von ihr verwendeten Gewichtungssystem mit je 25% das gleiche Gewicht zu. Mithin hat die Vergabestelle die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verlaufe des Verfahrens geändert. Im vorliegenden Fall spielt es für die Zuschlagserteilung eine erhebliche Rolle, ob dem Beschaffungspreis das gleiche oder aber ein höheres Gewicht als den Lebensweg- oder Fullservicekosten zukommt.

e. Aus dem Gesagten folgt, dass die Vergabestelle gleich mehrfach gegen das Transparenzgebot verstossen hat. Zunächst hat sie die relative Wichtigkeit, die sie den einzelnen Zuschlagskriterien beizumessen beabsichtigte, den Anbietenden nicht mit ausreichender Präzisierung bekannt gegeben. Die blosser Angabe der Kriterien in der Reihenfolge ihrer Wichtigkeit genügt nicht, um der Gefahr von Missbrauch und Manipulation seitens des Auftraggebers wirksam zu begegnen. Jedenfalls hätte die Bewertungsmatrix, die von der Vergabestelle verwendet wurde, in den Ausschreibungsunterlagen offen gelegt werden müssen. Ihr hätten die Anbietenden die verbindliche Gewichtung der Zuschlagskriterien entnehmen können. Ein weiterer Verstoss gegen das Transparenzprinzip liegt in der Tatsache, dass die Vergabestelle den Beschaffungskosten und den Lebensweg- bzw. Fullservicekosten abweichend von der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Reihenfolge im Rahmen der Bewertung das gleiche Gewicht beimass. Art. XIV Ziff. 4 Bst. b ÜoEB gestattet zwar das nachträgliche Ändern der Kriterien im Rahmen von Verhandlungen mit den Anbietern, sofern diesen die Änderungen schriftlich mitgeteilt werden (zur Geltung dieser Bestimmung vgl. allerdings E. 5c hiernach). Diese Mitteilung der Kriterienänderung müsste indessen auf jeden Fall genügend klar erfolgen. Aus dem Hinweis der Vergabestelle, dass die Fullservicekosten verbindlich zu offerieren seien und zu den Beschaffungskosten addiert würden, mussten die Anbietenden jedenfalls nicht zwingend schliessen, dass die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Rangfolge aufgehoben war und beiden Kriterien nun die gleiche Bedeutung bzw. das gleiche Gewicht zukam.

Mit ihrem Vorgehen hat die Vergabestelle gegen den Sinn von Art. 21 Abs. 2 BoeB und gegen das Transparenzgebot verstossen und vergaberechtswidrig gehandelt.

5.a. Die Beschwerdeführerin erachtet es des Weiteren als willkürlich, wenn die Vergabestelle die Lebenswegkosten mit den erst im Nachhinein verlangten Fullservicekosten gleichsetze, den Fullservice aber gar nicht vergebe. Insofern stellten die Fullservicekosten ein sachfremdes Kriterium dar. Die Vergabestelle weist demgegenüber darauf hin, dass der Fullservice im mit der A. AG ausgehandelten Vertrag als Option verbindlich festgehalten sei. Die Vergabestelle könne, befristet bis am 31. Mai 2003, jederzeit die Erfüllung des Fullservices verlangen. Es bestehe somit durchaus die Absicht, die Instandhaltung der Fahrzeuge mit dem Fullservice zu gewährleisten.

b. Fest steht, dass die Vergabe der Fullservice-Leistungen anfänglich nicht Gegenstand der vorliegenden Submission war. Sowohl die öffentliche Ausschreibung als auch die Offertanfrage vom 4. September 2000 sahen als Leistungsinhalt ausschliesslich die Lieferung von insgesamt 30 Arbeitsmaschinen für Militärflugplätze vor. In der Offertanfrage vom 4. September 2000 verlangte die Vergabestelle in Ziff. 7 zwar Angaben zu den «Lebenswegkosten (ohne Amortisation und Versicherungen) auf eine Nutzungsdauer von 20 Jahren bei durchschnittlich 60 Betriebsstunden/Jahr». Unterhaltsleistungen als Leistungsinhalt wurden aber nicht erwähnt. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die A. AG machten in ihren Offerten denn auch nähere Angaben zu den Lebenswegkosten, jedoch klarerweise nicht im Sinn eines entsprechenden Angebots, sondern im Hinblick auf das entsprechende Zuschlagskriterium. Mit Schreiben vom 8. Mai 2001 verlangte die Vergabestelle dann verbindliche Angaben bezüglich Fullservicekosten. In den beigelegten Technischen Anforderungen wurde das geforderte Fullserviceangebot in Bezug auf die verlangten Leistungen detailliert umschrieben. Zu offerieren war ein Fullservice für eine geplante Nutzungsdauer von 20 Jahren bei 240 Einsatzstunden/Jahr (Fahrzeug). Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die A. AG unterbreiteten der Vergabestelle zunächst mit Offerten vom 6. bzw. 5. Juni 2001 und dann mit bereinigten Offerten (Nachträgen) vom 22. Oktober 2001 das verlangte Fullserviceangebot. Insofern hat die Vergabestelle die öffentlich ausgeschriebenen Leistungen im Rahmen von Verhandlungen nachträglich um den Fullservice oder jedenfalls die entsprechende Option geändert bzw. erweitert. Es stellt sich die Frage, ob diese Erweiterung des Beschaffungsgegenstands - es geht immerhin um die zusätzliche Vergabe von Dienstleistungen mit einem Auftragswert von mehr als Fr. 500'000.- (gemäss Angebot der A. AG) - zulässig war.

c. Gemäss Art. 20 Abs. 1 Bst. a BoeB darf die Vergabestelle mit den Anbietenden Verhandlungen führen, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wird. In Ziff. 16 der öffentlichen Ausschreibung blieben Verhandlungen vorliegend ausdrücklich vorbehalten. Das BoeB äussert sich zur Frage, was Gegenstand bzw. Inhalt von Verhandlungen sein kann, nicht. Art. 26 VoeB regelt ausschliesslich das zur Anwendung gelangende Verfahren. Hingegen enthält Art. XIV ÜoeB nähere Angaben zum Ziel von Verhandlungen. Diese sollen gemäss Ziff. 2 hauptsächlich dazu dienen, Stärken und Schwächen der Angebote zu erkennen. Art. XIV Ziff. 4 Bst. b

Üoeb bestimmt, dass sämtliche Änderungen der Kriterien und technischen Anforderungen allen verbleibenden Verhandlungsteilnehmern schriftlich mitzuteilen sind.

Die Rekurskommission hatte schon verschiedentlich Gelegenheit, sich zur Frage von Verhandlungen zu äussern, namentlich mit Bezug auf die Formen, die dabei einzuhalten sind, sowie hinsichtlich der Zulässigkeit von Änderungen, welche die Anbieter an ihrem Angebot (Preis oder Leistung) angebracht haben (Entscheide der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in [VPB 62.17](#) E. 4, vom 29. April 1998, veröffentlicht in [VPB 62.80](#) E. 2, vom 29. Juni 1998, veröffentlicht in [VPB 63.15](#) E. 4 und vom 26. April 2000, veröffentlicht in [VPB 64.62](#) E. 3).

Dagegen hatte die BRK sich in ihrer bisherigen Rechtsprechung noch nie mit der Bedeutung und Tragweite von Art. XIV Ziff. 4 Bst. b Üoeb zu befassen. Auch vorliegend ist es nicht erforderlich, dass sich die Rekurskommission zur Frage äussert, ob und in welchem Ausmass eine Änderung von Kriterien und technischen Anforderungen seitens der Vergabebehörde möglich ist. Denn im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle im Rahmen der Verhandlungen nicht nur die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung verändert, indem den Lebensweg- bzw. Fullservicekosten für den Zuschlag neu dasselbe Gewicht wie den Beschaffungskosten zukommen sollte (vgl. E. 4d vorne), sondern sie hat überdies eine nachträgliche Leistungsänderung bzw. -erweiterung verlangt, indem nun zusätzlich auch die Fullservicekosten verbindlich zu offerieren waren und die Vergebung des Fullservices zumindest als Option vorgesehen wurde. Eine solche Änderung des Beschaffungsgegenstandes im Rahmen von Verhandlungen geht so oder so klar über die in Art. XIV Ziff. 4 Bst. b Üoeb für zulässig erklärten Änderungsmöglichkeiten bezüglich Kriterien und technische Anforderungen hinaus. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch Art. IX Ziff. 6 Bst. a Üoeb, wonach die öffentliche Bekanntmachung einer beabsichtigten Beschaffung u. a. Angaben «über Art und Menge der zu liefernden Waren oder Dienstleistungen, einschliesslich Optionen für zusätzliche Mengen, sowie wenn möglich eine Schätzung des Zeitpunktes, zu dem solche Optionen ausgeübt werden», enthalten müssen. Für das Bundesrecht umgesetzt wird diese staatsvertragliche Vorgabe im Anhang 4 zur Voeb, der die Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrags im offenen oder selektiven Verfahren aufführt. In Ziff. 4 Bst. b wird die Angabe von «Gegenstand und Umfang des Auftrags, einschliesslich Optionen für zusätzliche Mengen sowie - wenn möglich - Schätzung des Zeitpunktes, in dem solche Optionen ausgeübt werden» verlangt. Die von der Vergabestelle im vorliegenden Fall vorgenommene nachträgliche Erweiterung der ausgeschriebenen Fahrzeuglieferungen um den Fullservice für 20 Jahre bzw. die entsprechende Option - offensichtlich begründet

durch Veränderungen im Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport - verstösst auch gegen diese Bestimmungen und erweist sich submissionsrechtlich als nicht haltbar.

6. Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, das von der A. AG offerierte Reinigungsfahrzeug hätte bei der Vergabe nicht berücksichtigt werden dürfen, weil es gar nicht den Ausschreibungsbedingungen entsprochen habe.

a. Die Anbietenden hatten pro Kategorie ein Fahrzeug für den Truppenversuch und die technische Erprobung zur Verfügung zu stellen. In den Ausschreibungsunterlagen wurde ein Versuchsfahrzeug «in der selben Konfiguration, wie sie in der Serie geliefert werden», verlangt. Die Erprobung der offerierten Reinigungswagen erfolgte während den Kalenderwochen 47 und 48/2000, d. h. vom 13. bis 24. November 2000 auf dem Flugplatz Interlaken. Von der Beschwerdeführerin wird in diesem Zusammenhang bemängelt, dass die Vergabestelle mit dem A. 2500 einen Fahrzeugtyp gewählt habe, der zum Zeitpunkt des Truppentests der Fahrzeuge noch nicht einmal als Prototyp existiert habe und somit anlässlich des Tests nicht zur Begutachtung und Erprobung zur Verfügung gestanden habe. Getestet worden sei nur der A. 2200. Die Vergabestelle habe damit gegen die Ausschreibungsbedingungen und die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstossen.

b. Die A. AG führt im Begleitschreiben zu ihrer Offerte aus, beim angebotenen Strassenkehrfahrzeug A. 2500 handle es sich um ein weiterentwickeltes Produkt, das ab Mitte 2001 lanciert werde. Das zur Vorführung bestimmte Fahrzeug würde demnach nicht vollumfänglich der angebotenen Maschine entsprechen. Als Vorführmaschine war der Typ A. 2200 vorgesehen. Mit diesem Fahrzeug nahm die A. AG am Truppenversuch teil; es wurde für truppentauglich erklärt mit der Auflage, dass die Kipphöhe des Kehrgutbehälters für Abfallcontainer und Schuttmulden geeignet ist.

Die Vergabestelle vertritt den Standpunkt, beim A. 2500, der den Zuschlag erhalten habe, handle es sich lediglich um eine Weiterentwicklung desselben Fahrzeugs und nicht um ein neues Fahrzeug. Die Unterschiede der Typen 2200 und 2500 würden nicht im Konzept, sondern in den Details liegen. Die für das Reinigungsergebnis relevanten Komponenten wie Besen, Saugsystem inklusive Ventilator und Saugmund seien bei beiden Typen baugleich. Lediglich die Anordnung des Saugmundes sei unterschiedlich. Es sei anzunehmen, dass der neue Motor, welcher die Abgasvorschriften nach EURO III erfülle, weniger Treibstoff verbrauche als der mit dem Modell 2200 getestete. Die Auskipphöhe sei auch beim Modell 2200 als Option erhältlich. Das getestete Fahrzeug habe sich zum Zeitpunkt der Testung in Weiterentwicklung befunden. Die Auswirkungen der Weiterentwicklung seien für die Vergabestelle absehbar und bekannt gewesen.

c. In den Ausschreibungsunterlagen verlangt wurden ein Versuchsfahrzeug «in der selben Konfiguration, wie sie in der Serie geliefert werden» sowie «die Garantie, dass die erprobten Fahrzeuge 2002 noch hergestellt werden, bzw. in der erprobten Konfiguration noch geliefert werden können». Durch diese Bedingungen wurde jedenfalls das Angebot eines als (ausgereiften) «Prototyp» bestehenden Fahrzeugs - wie es die Beschwerdeführerin mit dem «B. 2002» offeriert hat - nicht ausgeschlossen,

da weder die serienmässige Herstellung noch die Markteinführung verlangt werden. Von der A. AG wurde jedoch ein Fahrzeugtyp angeboten, der sich erst im Entwicklungsstadium befand, während als Versuchsfahrzeug ein seit Jahren serienmässig hergestelltes Fahrzeug zur Verfügung gestellt wurde. Getestet und letztlich auch bewertet wurde somit nicht das zu beschaffende Fahrzeug, sondern das Vorgängermodell. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass nach Angaben der Vergabestelle alle während den Tests gemessenen Werte (des Vorgängermodells) in die Evaluation eingeflossen sind, hingegen Evaluationskriterien, welche anhand der technischen Beschreibung (des Typs 2500) beurteilt werden konnten (z. B. Hochentleerung, Fahrverhalten und Beleuchtung), korrigiert und in die Schlussbewertung aufgenommen worden sind. Die A. AG anerkennt in ihrer Offerte selbst, dass das angebotene und das getestete Fahrzeug nicht vollumfänglich übereinstimmen. Der Typ A. 2500 unterscheidet sich vom Vorgängermodell A. 2200 namentlich in Bezug auf den Motor, die Lenkung (Vierradlenkung statt Hinterradlenkung) und die geänderte Anordnung des Saugmundes. Dabei handelt es sich durchaus um konzeptionelle Änderungen. Wären die Fahrzeuge identisch, ergäbe auch die Weiterentwicklung letztlich keinen Sinn. Die Vergabestelle geht davon aus, dass die Weiterentwicklung in jedem Fall eine Verbesserung darstelle und zu einer Nutzwertsteigerung führe. Dies ist indessen lediglich eine Annahme und nicht eine aufgrund durchgeführter Erprobungen gesicherte Erkenntnis. Es kann auch das Gegenteil eintreten.

Durch die Tatsache, dass nicht das zu beschaffende Fahrzeug selbst, sondern das Vorgängermodell im Einsatz erprobt wurde, hat die Vergabestelle klar gegen die in den Ausschreibungsunterlagen statuierte Bedingung, es müsse ein Versuchsfahrzeug «in der selben Konfiguration, wie sie in der Serie geliefert werden», zur Verfügung gestellt werden, verstossen. Überdies entspricht das Vorgehen der Vergabestelle, ein anderes Fahrzeug als das effektiv zu Beschaffende zu testen, auch nicht dem Transparenzgrundsatz. Dies gilt namentlich auch für die (nachträglich korrigierte) Bewertung des Fahrzeuges der A. AG, bei der teilweise das alte, tatsächlich getestete Fahrzeug und teilweise das weiterentwickelte neue Modell (aufgrund der technischen Beschreibung) berücksichtigt wurden.

Die Vergabestelle hat ferner gegen die in Art. XIII Ziff. 4 Bst. a Üoeb enthaltene Verpflichtung verstossen, einen Zuschlag nur an ein Angebot zu erteilen, das bei der Öffnung den wesentlichen Anforderungen der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen entspricht (vgl. Entscheid der BRK vom 22. Januar 2001, veröffentlicht in [VPB 65.78](#) E. 3a mit Hinweisen). Das Vorgehen der Vergabestelle bedeutet zudem eine Ungleichbehandlung der Anbietenden (Art. 8 Abs. 1 Bst. a BoeB). Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass sie im Hinblick auf die stattfindenden Tests der Fahrzeuge bei der Truppe, die Entwicklung des Reinigungsfahrzeugs anderen Produkten extra vorgezogen habe. Sie war dadurch in der Lage, für die Truppenversuche ein Testfahrzeug der Null-Serie zur Verfügung zu stellen. Die A. AG hingegen verfügte zum massgebenden Zeitpunkt nicht über das verlangte Testfahrzeug. Durch den Umstand, dass es ihr entgegen den klaren Vorgaben gestattet wurde, einen vom offerierten Fahrzeug in mehreren Punkten abweichenden «alten» Typ für die Truppenversuche zu stellen, ist sie von der Vergabestelle gegenüber den anderen Anbietern eindeutig in wettbewerbsverfälschender Weise bevorzugt

worden. Richtigerweise hätte ihr Angebot zu dem Zeitpunkt, zu dem feststand, dass sie nicht in der Lage war, das verlangte Testfahrzeug zur Verfügung zu stellen, von der weiteren Vergabe ausgeschlossen werden müssen.

7.a. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die Vergabestelle durch die unzureichende Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien und die nachträgliche Gleichgewichtung der Lebensweg- bzw. Fullservicekosten mit den Beschaffungskosten gegen das Gebot der Transparenz verstossen hat. Sodann ist auch die nachträgliche Erweiterung des Beschaffungsgegenstands um die Option für den Fullservice nicht rechtmässig. Schliesslich hat die Vergabestelle, indem sie einem Fahrzeug den Zuschlag erteilt hat, das von ihr gar nie getestet worden ist, gegen ihre eigenen Ausschreibungsbedingungen verstossen und überdies das Gebot, einen Zuschlag nur an ein Angebot zu erteilen, das bei der Öffnung den wesentlichen Anforderungen der Bekanntmachung oder der Vergabeunterlagen entspricht, missachtet sowie das Gleichbehandlungsgebot verletzt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben.

b. Gemäss Art. 32 Abs. 1 BoeB entscheidet die Rekurskommission im Falle einer Gutheissung der Beschwerde in der Sache selbst oder weist die Sache mit verbindlichen Weisungen an die Auftraggeberin zurück. In Anbetracht des grossen Ermessensspielraums, der der Vergabebehörde zukommt, hat die Aufhebung einer Zuschlagsverfügung durch die Rekurskommission in der Regel die Rückweisung an die Auftraggeberin zur Folge. Ein Entscheid in der Sache selbst erfolgt lediglich dann, wenn der Sachverhalt vollständig erstellt ist und bloss eine Anbieterin für den Zuschlag in Frage kommt (Entscheid der BRK vom 16. August 1999, veröffentlicht in [VPB 64.29](#) E. 6). Hingegen kann es nicht Sache der Rekurskommission sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Bewertung der Angebote vorzunehmen.

c. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen, welche es der Rekurskommission ermöglichen würden, einen Entscheid in der Sache selbst zu treffen, indessen erfüllt, da aufgrund des Umstands, dass der von der A. AG offerierte Reinigungswagen nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht und somit vom Verfahren auszuschliessen gewesen wäre (E. 6 vorne), einzig noch das Angebot der Beschwerdeführerin für den Zuschlag in Frage kommen kann. Die andern Teilnehmerinnen der in Frage stehenden Submission haben den erfolgten Zuschlag nicht angefochten, sondern sich mit ihm abgefunden; sie fallen für die Auftragsvergabe daher ausser Betracht (vgl. Entscheid der Rekurskommission vom 16. August 1999, a.a.O., E. 6). Der Zuschlag für die Lieferung der Reinigungswagen ist mithin der Beschwerdeführerin zu erteilen.

JAAC 66.86 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 26. Juni 2002 in Sachen B. AG [BRK 2002-004]

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 714

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.