

JAAC 64.9

Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für
das öffentliche Beschaffungswesen vom 4. Februar
1999 i. S. Arbeitsgemeinschaft A. [BRK 1998-012]

Marchés publics. Offre non retenue en procédure ouverte. Critères de qualification. Négociations.

- Critères de qualification et d'adjudication. La LMP distingue les critères de qualification et les critères d'adjudication. Pour la qualification, on se pose la question de la capacité de chaque concurrent. Pour l'adjudication, les offres des différents concurrents sont jugées selon des critères économiques. Dans la procédure d'adjudication ouverte, les critères de qualification et d'adjudication sont examinés en même temps et pas dans deux procédures distinctes. Dans chaque procédure d'adjudication, il faut s'assurer qu'en plus de l'examen des critères d'adjudication, il y en a un de la qualification. Il y a violation du principe de transparence si, dans une procédure d'adjudication, la qualification du candidat n'est pas examinée ou n'est pas documentée (consid. 2a/dd, consid. 2d).

- Négociations. La formulation «aucunes négociations ne seront menées» figurant dans l'appel d'offres signifie qu'effectivement aucunes négociations ne seront menées, pas même celles prévues à l'art. 20 al. 1 let. b LMP. En principe, il faut convier aux négociations tous les candidats qui remplissent les conditions de participation et dont les offres satisfont aux critères de qualification (consid. 3a, consid. 3b).

- A travers l'ordre des critères d'adjudication, le pouvoir adjudicateur se prononce définitivement sur leur importance. Si, dans l'appel d'offres, le critère du coût figure en dernière place, les coûts ne peuvent plus se voir attribuer un rôle décisif par la suite (consid. 3b/bb, consid. 3b/cc).

- Effet suspensif. L'effet suspensif ordonné pour la procédure de recours tombe par le prononcé de la décision finale dans la procédure concernée (consid. 4).

Öffentliches Beschaffungswesen. Nichtberücksichtigung einer Offerte im offenen Verfahren. Eignungskriterien. Verhandlungen.

- **Das BoeB unterscheidet Eignungs- und Zuschlagskriterien. Bei der Eignung stellt sich die Frage der Fähigkeit jedes einzelnen Bewerbers. Mit den Zuschlagskriterien werden die Offerten der verschiedenen Bewerber nach wirtschaftlichen Kriterien beurteilt. Im offenen Vergabeverfahren werden die Eignungs- und die Zuschlagskriterien gleichzeitig und nicht in zwei verschiedenen Verfahren geprüft. In jedem Vergabeverfahren muss sichergestellt werden, dass neben einer Prüfung der Zuschlagskriterien auch eine solche der Eignung erfolgt. Es widerspricht dem Transparenzprinzip, wenn in einem Vergabeverfahren die Prüfung der Eignung der Bewerber nicht vorgenommen oder nicht dokumentiert wird (E. 2a/dd, E. 2d).**
- **Die Formulierung in der Ausschreibung «Verhandlungen werden keine geführt» ist dahin zu verstehen, es würden tatsächlich keine Verhandlungen geführt, auch nicht solche nach Art. 20 Abs. 1 Bst. b BoeB. Für Verhandlungen sind grundsätzlich alle Bewerber einzuladen, welche die Teilnahmebedingungen und deren Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen (E. 3a, E. 3b).**
- **Durch die Reihenfolge der Zuschlagskriterien bringt die Vergabebehörde deren Bedeutung für den Zuschlag definitiv zum Ausdruck. Wird in der Ausschreibung das Kriterium der Kosten auf den letzten Platz verwiesen, so darf später den Kosten nicht eine ausschlaggebende Rolle zukommen (E. 3b/bb, E. 3b/cc).**
- **Aufschiebende Wirkung. Mit dem Endentscheid in der Sache selbst fällt die für das Beschwerdeverfahren gewährte aufschiebende Wirkung dahin (E. 4).**

Acquisti pubblici. Non osservanza di un'offerta nella procedura libera. Criteri di idoneità. Trattative.

- **La LAPub distingue tra criteri di idoneità e criteri d'aggiudicazione. Per l'idoneità si pone la questione dell'attitudine di ciascun concorrente. Per l'aggiudicazione vengono valutate le offerte dei diversi concorrenti secondo criteri di profilo economico. Nella procedura libera d'aggiudicazione vengono esaminati contemporaneamente e non in due differenti procedure i criteri di idoneità e quelli d'aggiudicazione. In ciascuna procedura d'aggiudicazione deve essere garantito che, dopo l'esame dei criteri d'aggiudicazione, segua quello dell'idoneità. È violato il principio di trasparenza se, in una procedura d'aggiudicazione, non è esaminata o non è documentata l'idoneità del concorrente (consid. 2a/dd, consid. 2d).**
- **Trattative. La formulazione «non possono essere condotte trattative» figurante nel bando significa che effettivamente non vengono condotte trattative, nemmeno quelle di cui nell'art. 20 cpv. 1 lett. b LAPub.**

Fondamentalmente sono invitati alle trattative tutti i concorrenti che adempiono le condizioni di partecipazione le cui offerte soddisfano i criteri d'aggiudicazione (consid. 3a, consid. 3b).

- Mediante la serie di criteri d'aggiudicazione, l'autorità aggiudicataria si esprime definitivamente sulla loro importanza per l'aggiudicazione. Se nel bando il criterio dei costi figura all'ultimo posto, non può più essere in seguito attribuita ai costi un'importanza determinante (consid. 3b/bb, consid. 3b/cc).

- Effetto sospensivo. Con la decisione finale sulla questione termina l'effetto sospensivo accordato per la procedura di ricorso (consid. 4).

A. Mit Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 2. Dezember 1997 schrieb das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) die «Wirkungskontrolle der Moorlandschaften von nationaler Bedeutung» als Auftrag aus. Grundlage und Anlass dieser Ausschreibung waren die Schutzbestimmungen, die seit Januar 1996 gemäss Moorlandschaftsverordnung vom 1. Mai 1996 (SR 451.35) gelten und unter anderem die Einführung einer Wirkungskontrolle verlangen. Als Vergabeverfahren wurde das offene Verfahren nach Art. 14 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) gewählt. Im Leistungsbeschrieb der Ausschreibung hielt die Vergabebehörde fest, es gehe um eine Beobachtung der Entwicklung der Moorlandschaften in Bezug auf die allgemeinen und speziellen Schutzziele, wie sie in der Moorlandschaftsverordnung festgehalten seien. Den Zuschlag erhalte das wirtschaftlichste Angebot, das die Kriterien

- Sicherstellung der Leistungen gemäss Pflichtenheft
- Disposition der Projektleitung
- Effizienz
- Kosten (Wirtschaftlichkeit)
- Verfügbarkeit von fachlich ausgewiesenen Mitarbeitern für das Projekt

am besten erfülle. Die Ausschreibung präziserte, dass auf das vorliegende Submissionsverfahren das (GATT)/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632.231.422) Anwendung finde. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass keine Verhandlungen geführt würden.

Mit Verfügung vom 3. Juli 1998 erteilte das BUWAL den Zuschlag an die B. mit der Begründung, diese erfülle alle Zuschlagskriterien optimal und habe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht, das den Zielvorstellungen des Auftraggebers am nächsten komme. Die Veröffentlichung des Zuschlags erfolgte im SHAB Nr. 131 vom 10. Juli 1998.

B. Mit Eingabe vom 30. Juli 1998 erhebt die A. (Beschwerdeführerin) Beschwerde an die Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) und beantragt unter anderem, es sei der Zuschlag aufzuheben.

C. Am 17. Dezember 1998 ist bei der BRK die Kopie eines Schreibens des BUWAL vom 16. Dezember 1998 an die Beschwerdeführerin sowie die B. eingegangen, in dem das BUWAL ausführt, zwecks Verhinderung eines unwiderruflichen Datenverlusts sei beabsichtigt, die Erhebung der Daten der Brutvögel für 1999 von C., einer neutralen Person, durchführen zu lassen. Die Beschwerdeführerin und die B. wurden eingeladen, sich zu diesem geplanten Vorgehen zu äussern. Während sich die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 22. Dezember 1998 vorbehaltlos einverstanden erklärt, stimmt die B. mit Eingabe vom 23. Dezember 1998 dem Vorgehen im Interesse des Projekts zwar zu, moniert aber insbesondere den teilweisen Entzug des Zuschlags.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2.a.aa. Wie das BUWAL in seiner Beschwerdeantwort ausführt, wurde zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gemäss Art. 21 Abs. 1 BoeB eine «Checkliste» erstellt.

bb. Neben dieser Checkliste wurde vom BUWAL für dieses Submissionsverfahren ein besonderes «Offertbeurteilungs-Formular» abgefasst, in welchem der wesentliche Inhalt der «Checkliste» ebenfalls vorgegeben ist, zusätzlich aber jeweils Daten der einzelnen Offerten und Beurteilungen derselben anhand der vorgegebenen Kriterien aufgeführt sind. Die Durchsicht dieser «Offertbeurteilungs-Formulare» zeigt, dass sie sich in einem Teil «I. Offertbeurteilung Wirkungskontrolle Moorlandschaften» auf die Zuschlagskriterien (nicht auf die Eignungskriterien) beziehen, wie sie in der Ausschreibung publiziert worden sind. In der Tat sind die einzelnen Überschriften des Formulars im Teil I dem Wortlaut nach im Wesentlichen identisch mit den genannten publizierten Zuschlagskriterien. Für jede Position des publizierten Kataloges der Zuschlagskriterien enthält das Formular «Indikatoren» (Unterkriterien), welche offenbar von Seiten der Vergabebehörde definiert wurden. Von den insgesamt fünf in der Ausschreibung publizierten Zuschlagskriterien wurden deren vier als Prüfabschnitte im Formular aufgeführt. In einem weiteren Teil des Formulars mit der Überschrift «II. Beurteilung der einzelnen Detailfragen» werden Einzelaspekte des Auftrags behandelt, wobei - wiederum als Unterkategorien - das Erfüllen der einzeln aufgeführten «erforderlichen Angaben» geprüft wird.

cc. Das BUWAL verfasste sodann am 16. Februar 1998 über die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens einen Bericht. Dieser Bericht reicht von einer stichwortartigen Beschreibung der «Eckdaten» der Submission bis zu den Kosten des ganzen Vergabegeschäfts; die letzteren stellen umfangmässig einen Schwerpunkt dar. Der Bericht umschreibt ferner in Stichworten auch das Vorgehen der Vergabebehörde vom Eingang der Offerten bis zum Zuschlag.

Unter dem Titel «Formulare zur Evaluation» erwähnt er ein «Beurteilungsblatt Teil I (Eignung) und Teil II (Detailbeurteilung fachliche Aspekte der Offerte)» sowie eine «Kostentabelle über alle Positionen und Anbieter». Bei diesen «Formularen zur Evaluation» handelt es sich offensichtlich um die vorhin in E. 2a/bb genannten «Offertbeurteilungs-Formulare», die sich aber entgegen der diesbezüglichen Erwähnung im Bericht - wie dargestellt - nicht mit der Eignung der Anbieterinnen, sondern mit den Zuschlagskriterien befassen.

dd. Das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen enthält einerseits Eignungskriterien und andererseits Zuschlagskriterien. Bei der Eignung stellt sich die Frage der Fähigkeit jedes Bewerbers. Eignung liegt dann vor, wenn sichergestellt ist, dass die Unternehmen den betreffenden Auftrag in finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Hinsicht erfüllen können (vgl. Art. VIII Bst. b ÜoEB). Mit Hilfe der Zuschlagskriterien dagegen werden die verschiedenen Offerten der geeigneten Bewerber nach wirtschaftlichen Kriterien beurteilt. Anders als im selektiven Verfahren werden im offenen Vergabeverfahren die Eignungs- und die Zuschlagskriterien gleichzeitig und nicht in zwei verschiedenen Verfahren geprüft. In jedem Vergabeverfahren muss dabei sichergestellt sein, dass neben der Prüfung der Zuschlagskriterien auch eine solche der Eignungskriterien erfolgt.

In Ziff. 2 des Dispositivs des Zwischenentscheids vom 28. August 1998 der BRK wurde das BUWAL aufgefordert, sämtliche das Ausschreibungsverfahren betreffenden Akten einzureichen. Aus den vom BUWAL vorgelegten Unterlagen ist jedoch nicht ersichtlich bzw. nicht aktenmässig nachvollziehbar, ob die Eignung der Submittenten anhand der publizierten Eignungskriterien (im Einzelnen) geprüft worden ist. Zwar hat das BUWAL mit der Duplik den Text eines Fragebogens eingereicht, den die Anbieterinnen auszufüllen hatten und der - wenn auch nicht unter ausdrücklicher, so doch immerhin unter sinngemässer Verweisung auf die öffentliche Ausschreibung - auf die in dieser Publikation veröffentlichten Eignungskriterien Bezug nimmt; doch fehlt auch diesbezüglich eine Auswertung bei den Akten. Das fünfte in der Ausschreibung aufgeführte Zuschlagskriterium «Verfügbarkeit von fachlich ausgewiesenen Mitarbeitenden für das Projekt», das ein Eignungs- und nicht ein Zuschlagskriterium darstellt, ist im «Offertbeurteilungs-Formular» nicht enthalten, woraus erhellt, dass die Eignung der Bewerber - entgegen den Ausführungen des BUWAL - in diesem Rahmen zumindest nicht erkennbar geprüft wurde.

b. Mit Bezug auf die Kosten wird im Bericht vom 16. Februar 1998 erörtert, dass sich die Gesamtkosten des Vergabegeschäfts in den vorgelegten Offerten in einer Bandbreite zwischen 2 und 6.5 Mio. Fr. bewegen. Noch extremere Streuungen der von den Submittenten eingegebenen Preise sind nach dem Bericht in einzelnen Detailpositionen festzustellen gewesen; so seien die Angebote etwa bei der Position «Fauna» zwischen Fr. 300 000.- und Fr. 1 600 000.- gelegen. Daraus folgert der Bericht: «Ausschlaggebend für den Zuschlag werden letztlich die Kosten sein». In weiteren Teilen des Berichts werden Möglichkeiten diskutiert, um die Kosten zu senken.

c. Das BUWAL führt in seiner Beschwerdeantwort weiter aus, es seien neben dem Beurteilungsformular und der Checkliste «Ausschluss-Kriterien einer ersten, zweiten und dritten Ordnung» aufgestellt worden. Es verweist dazu

auf seine Beilage 2, bei der es sich um den bereits genannten Bericht vom 16. Februar 1998 über das «Ergebnis der Ausschreibung Wirkungskontrolle Moorlandschaften» handelt.

Über die vom BUWAL in seiner Vernehmlassung umschriebenen «Ausschluss-Kriterien» können diesem Bericht indessen keine erläuternden Ausführungen entnommen werden; immerhin findet sich im Dokument eine Tabelle, welche die fünf publizierten Zuschlagskriterien in derselben Reihenfolge wie anlässlich ihrer Publikation in der Ausschreibung des Submissionsverfahrens aufführt. Ohne besondere Erläuterung wird dabei das in der Auftragsausschreibung erstgenannte Zuschlagskriterium (Sicherstellung der Leistungen [gemäss Pflichtenheft], «fachliche Auseinandersetzung») als «Ausschluss-Kriterium 1. Ordnung (absolut)» bezeichnet. Das zweite Zuschlagskriterium (Disposition der Projektleitung) wird zur Hälfte als Ausschluss-Kriterium 1. Ordnung und zur anderen Hälfte als «Ausschluss-Kriterium 2. Ordnung (erschwerend)» qualifiziert. Die in der Ausschreibung nicht näher definierte «Effizienz» wird als Ausschluss-Kriterium 2. Ordnung und das weitere Zuschlagskriterium, die «Kosten», werden wiederum je zur Hälfte als Ausschluss-Kriterium 2. bzw. «3. Ordnung (gewichtend)» qualifiziert, während das in letzter Position genannte Zuschlagskriterium «Verfügbarkeit von fachlich ausgewiesenen Mitarbeitenden für das Projekt», welches in Wirklichkeit - wie bereits erwähnt - ein Eignungskriterium ist, als «Ausschluss-Kriterium» 3. Ordnung bezeichnet wird. In dieser Tabelle werden alsdann die einzelnen Angebote aufgeführt, wobei negative Beurteilungen der Offerten im Rahmen der einzelnen Zuschlagskriterien bzw. von entsprechenden Unterkriterien mit mehr oder weniger dunkeln Schattierungen sowie einem Kurztext in die Tabelle eingetragen wurden.

Im Bericht des BUWAL vom 16. Februar 1998 wird alsdann die Tabelle mit den Ausschluss-Kriterien in eine weitere Aufstellung «Schlussbewertung mittels Ausschluss-Kriterien 1. bis 3. Ranges» übergeführt, wobei hier die Angebote in dem Sinne geordnet sind, als zunächst die bestplatzierten Submittenten ohne Ausschluss-Kriterium 1. Ordnung, dann die entsprechend schlechter eingestuften Offerten und zuletzt die aus irgendwelchen Gründen ausgeschlossenen Angebote aufgeführt werden.

d. Zusammenfassend ergibt sich aus den Akten, dass sich die Vergabebehörde einlässlich mit der Erfüllung der einzelnen Zuschlagskriterien durch die eingereichten Angebote befasst hat. Nicht erkennbar ist dagegen, inwiefern das BUWAL die Eignung der Anbieter anhand der publizierten Eignungskriterien überprüfte bzw. in welchem Ausmass die einzelnen Anbieterinnen die publizierten Eignungskriterien erfüllten. Trotz der Verpflichtung aus Art. XX Abs. 4 und Abs. 6 Bst. g Üoeb, dem sich aus Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB ergebenden Transparenzgrundsatz sowie der Aufforderung zur Einreichung sämtlicher Akten in Ziff. 2 des Dispositivs des Zwischenentscheids vom 28. August 1998 reichte das BUWAL keine Unterlagen ein, aus denen hervorgehen würde, dass neben einer Prüfung der Zuschlagskriterien auch eine Eignungsprüfung vorgenommen wurde. Es besteht deshalb Grund zur Annahme, dass eine Eignungsprüfung

der verschiedenen Bewerber nicht vorgenommen oder zumindest nicht dokumentiert wurde. Ein solches Vorgehen ist mit dem Grundsatz der Transparenz nicht vereinbar.

3.a. Eine Ziffer des Ausschreibungstextes lautet: «Verhandlungen: werden keine geführt». Das BUWAL hat gleichwohl mit den drei gemäss seiner «Schlussbewertung» bestplatzierten Submittenten (Anbieterinnen Nr. 8, 14, 36) Verhandlungen geführt. Es begründet dieses Vorgehen mit einem Hinweis auf Art. 20 Abs. 1 Bst. b BoeB, welche Bestimmung wie folgt lautet: «Es dürfen Verhandlungen geführt werden, vorausgesetzt (b.) kein Angebot erscheint als das wirtschaftlich günstigste nach Art. 21 Abs. 1.»

Die Formulierung «Verhandlungen werden keine geführt» ist nach allgemeinem Sprachverständnis dahin zu verstehen, dass die Vergabebehörde tatsächlich keine Verhandlungen führen wird, auch nicht solche nach Art. 20 Abs. 1 Bst. b BoeB. Denn ein Ausschluss lediglich von Verhandlungen nach Art. 20 Abs. 1 Bst. a BoeB macht keinen Sinn, dürfen solche Verhandlungen doch gerade nur dann geführt werden, wenn in der Ausschreibung darauf hingewiesen wird. Man kann sich freilich fragen, ob das BUWAL angesichts des Umfangs und der Unbestimmtheit des vorliegenden Auftrages überhaupt wirksam auf Verhandlungen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Bst. b BoeB verzichten konnte. Wie es sich damit verhält, braucht vorliegend nicht weiter untersucht zu werden, da die angefochtene Zuschlagsverfügung - wie in der nachstehenden E. 3b zu zeigen sein wird - wegen des erfolgten Ausschlusses der Beschwerdeführerin von den Verhandlungen ohnehin aufzuheben ist.

b.aa. Die Auftraggeberinnen haben sicherzustellen, dass die Ablehnung von Teilnehmern an den Verhandlungen im Einklang mit den Kriterien der Bekanntmachungen oder der Vergabeunterlagen erfolgt (Art. XIV Ziff. 4 Bst. a ÜoEB). Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich dabei, dass grundsätzlich alle Anbieter, welche die Teilnahmebedingungen und deren Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, für die Verhandlungen zu berücksichtigen sind. Eine zahlenmässige Beschränkung der Anbieter nur um etwa den Aufwand der Vergabebehörde zu minimieren, ist nicht zulässig (*Galli/Lehmann/Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 425). Auch in Art. 26 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB, SR 172.056.11) wird betont, dass die Auswahl der Anbieterinnen und Anbieter, mit denen die Auftraggeberin Verhandlungen zu führen gedenkt, aufgrund der Zuschlagskriterien zu erfolgen hat.

bb. Das BUWAL benotete das Angebot der Beschwerdeführerin in seiner «Schlussbewertung» mit einem «B» (nur ein Ausschluss-Kriterium 1. Ranges). Nach der vom BUWAL erstellten Tabelle über die «Ausschluss-Kriterien» umschreibt die Vergabebehörde die der Beschwerdeführerin angelastete Negativposition mit den Worten «fachliche Auseinandersetzung knapp». Mit Bezug auf die übrigen Ausschluss-Kriterien hat die Beschwerdeführerin nach der Schlussbewertung des BUWAL je ein Ausschluss-Kriterium 2. und 3. Ordnung verwirklicht.

Auch die zu den Verhandlungen beigezogenen Konkurrenzfirmen (Nr. 8, 14 und 36) haben indessen nach dieser «Schlussbewertung» Ausschluss-Kriterien 2. oder 3. Ordnung verwirklicht und zwar - im Gegensatz zur Beschwerdeführerin - teilweise sogar mehrere dieser Ausschluss-Kriterien.

Aus den vom BUWAL eingereichten Vergabegrundlagen wie auch aus dessen Vernehmlassung vom 22. Oktober 1998 ergibt sich, dass das Erfüllen eines (absoluten) Ausschluss-Kriteriums 1. Ordnung ein Angebot definitiv eliminieren soll. Weder aus den Vergabeakten noch aus den Rechtsschriften des BUWAL ist indes nachvollziehbar, weshalb die nach der Beurteilung der Vergabebehörde «knappe fachliche Auseinandersetzung» der Beschwerdeführerin für deren Angebot derart belastend gewesen sein soll, dass es deshalb zum vornherein von der weiteren Prüfung hatte ausgeschlossen werden müssen. Immerhin hat die Vergabebehörde die «fachliche Auseinandersetzung» der Konkurrenzfirmen Nr. 8, 14 und 36, deren Angebote in die Verhandlungen einbezogenen wurden, als «nicht immer überzeugend» bzw. als «suboptimal» qualifiziert, was im Verhältnis zur diesbezüglichen Wertung des Angebots der Beschwerdeführerin sprachlich jedenfalls kaum als die klar bessere Bewertung erscheint. Weshalb dann gleichwohl nur das Angebot der Beschwerdeführerin von der Verhandlungsführung ausgeschlossen wurde, ist nicht nachvollziehbar.

Auch in den Rechtsschriften zum vorliegenden Verfahren hat das BUWAL nichts zur Frage ausgeführt, geschweige denn, dass es belegt hätte, inwiefern die behauptete «knappe fachliche Auseinandersetzung» im Angebot der Beschwerdeführerin derart schwer wog, dass diese Offerte ungeachtet der übrigen Qualitäten, die sie auch nach Auffassung der Vergabebehörde besitzt (vgl. dazu das Begründungsschreiben des BUWAL nach Art. 23 BoeB vom 16. Juli 1998), deswegen von der weiteren Prüfung auszuschliessen war.

Diesen Vorwurf an die Beschwerdeführerin hat die Vergabebehörde nicht so dokumentiert, dass er für die Rechtsmittelbehörde nachvollziehbar wäre. Damit hat sie ihre Entscheidung in Verletzung des Transparenzgrundsatzes ungenügend dokumentiert und begründet.

cc. Das BUWAL betont vor allem den hohen Angebotspreis der Offerte der Beschwerdeführerin, die das zweithöchste Angebot vorgelegt hätte. Es ist grundsätzlich verständlich, dass eine Vergabebehörde den Kosten eines Beschaffungsgeschäfts eine hohe Bedeutung beimisst. Durch die Wahl der Reihenfolge der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bringt die Vergabebehörde deren Bedeutung für den Zuschlag jedoch definitiv zum Ausdruck (Art. 21 Abs. 2 BoeB und Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467; vgl. auch BGE 125 II E. 7c).

Im vorliegenden Submissionsverfahren hat das BUWAL das Zuschlagskriterium der Kosten in der massgebenden Ausschreibung auf den zweitletzten Platz der Zuschlagskriterien gesetzt und damit zum Ausdruck gebracht, dass diesem Kriterium im Verhältnis zu anderen jedenfalls keine überragende Bedeutung zukommen würde. Im Lichte der so gewählten Ausschreibung mutet die Feststellung des BUWAL in seinem Bericht vom 16. Februar 1998, wonach «die Kosten» für den Zuschlag letztlich «ausschlaggebend» seien, problematisch an. Die Vergabebehörde führt denn auch im Begründungsschreiben (nach Art. 23 Abs. 2 BoeB) vom 16. Juli 1998 an die Beschwerdeführerin als wesentlichen Grund für deren Nichtberücksichtigung einzig die (hohen) Kosten an. Aus diesem Grund ist erst recht nicht verständlich, weshalb die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer «knappen fachlichen Auseinandersetzung» von den Verhandlungen ausgeschlossen worden ist. Ausserdem ergibt sich aus den Protokollen

des BUWAL über die geführten Verhandlungen, dass von den dafür berücksichtigten Anbieterinnen Preiskonkzessionen gemacht worden sind; es lässt sich daher nicht ausschliessen, dass auch die Beschwerdeführerin - wären sie in die Verhandlungen einbezogen worden - entsprechende Preiszugeständnisse gemacht hätte. Schliesslich stellt die enorm breite Preisstreuung der Angebote (von 2 bis 6 Mio. Fr. bzw. von Fr. 300 000.- bis Fr. 1 600 000.- bei der Position «Fauna», vgl. oben E. 2b) jedenfalls ein Indiz dafür dar, dass die Ausschreibung bzw. die Ausschreibungsunterlagen und die dort enthaltenen Leistungsumschreibungen im Sinne der Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht genügend präzise waren und demzufolge die Anbieterinnen in ihren Offerten von unterschiedlichen Leistungsprogrammen ausgingen. Zu Recht weist die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass es insbesondere angesichts der unpräzisen Ausschreibung des Auftrages nicht gerechtfertigt war, das Kriterium der Wirtschaftlichkeit ausschliesslich gestützt auf das Kostendach, das sich auf die mutmasslich zu erbringenden Leistungen bezieht, zu beurteilen, statt (auch) auf den Stundenansatz für den effektiven Leistungsumfang abzustellen.

dd. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die vom BUWAL vorgenommene Auswahl der zu den Verhandlungen zugelassenen Submittenten nicht entsprechend den in der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen erwähnten Kriterien erfolgt ist und im Ausschluss der Beschwerdeführerin von den Verhandlungen ein Verstoss gegen Art. XIV Ziff. 4 Bst. a ÜoeB, Art. 20 Abs. 2 BoeB und Art. 26 Abs. 1 VoeB liegt.

Der angefochtene Zuschlag vom 3. Juli 1998 ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Abgesehen von der oben in E. 3a genannten und für den hier zur Diskussion stehenden Fall nicht abschliessend zu beurteilenden Problematik geht auch die BRK davon aus, dass eine Verhandlungsführung nach Art. 20 Abs. 1 Bst. b BoeB vorliegend geboten und ausreichend ist zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Das Vergabeverfahren ist ab dem Stadium der Verhandlungsaufnahme mit der Inhaberin des ursprünglichen Zuschlages (B.) und der Beschwerdeführerin daher zu wiederholen. Die übrigen Teilnehmer an der in Frage stehenden Submission, inklusive die beiden anderen Firmen, mit denen seinerzeit Verhandlungen geführt wurden, sind in die neue Verhandlungsrunde nicht einzubeziehen, da sie den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben (vgl. unveröffentlichte Entscheide der BRK vom 13. Juni 1997 i.S. E. und R., E. 1b, sowie vom 29. April 1998 i.S. Z. AG, E. 3c).

4. Mit dem Entscheid der BRK in der Sache selbst fällt die für das Beschwerdeverfahren gewährte aufschiebende Wirkung dahin (*André Moser*, in: *Moser/Uebersax*, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt am Main 1998, Rz. 3.15).

Die Vergabebehörde hat die Beschwerdeführerin und die B. allerdings noch während der Geltungsdauer des Suspensiveffektes mit Schreiben vom 16. Dezember 1998 angefragt, ob sie mit einer Interimslösung in dem Sinne einverstanden seien, dass ein Dritter einen (vom BUWAL näher umschriebenen) Teil des vorliegend in Frage stehenden Auftrags bis zur Klärung der Rechtslage in Angriff nehme. Sie begründete diese Anfrage mit Nachteilen, die infolge der zeitlichen Verzögerung durch das vorliegende

Beschwerdeverfahren - welche das BUWAL übrigens mit seinem einmonatigen Fristerstreckungsgesuch zur Einreichung der Vernehmlassung weitgehend selber zu vertreten hat - einzutreten drohten.

Das Vorgehen der Vergabebehörde tangierte an sich die von der BRK für die Dauer des Beschwerdeverfahrens gewährte aufschiebende Wirkung. Nachdem sowohl die Beschwerdeführerin als auch die B. der interimswisei Einsetzung des Dritten jedoch zugestimmt hatten, bestand für die BRK kein unmittelbarer Handlungsbedarf, vor Erlass des Endentscheides in der Sache gegen das Vorgehen der Vergabebehörde einzuschreiten.

JAAC 64.9 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 4. Februar 1999 i. S. Arbeitsgemeinschaft A. [BRK 1998-012]

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	150 004 931

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.