

JAAC 68.47

Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission
für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11.
November 2003 in Sachen X AG [BRK 2003-022]

Marchés publics. Absence de prise en considération dans le cadre de la procédure ouverte. Effet suspensif du recours. Principe de la bonne foi.

- *La demande d'accorder l'effet suspensif au recours doit être déposée concomitamment à la demande au fond (consid. 2a).*
- *Les particuliers sont également liés par le principe de la bonne foi dans le cadre des relations juridiques nouées avec les autorités étatiques; un comportement contradictoire n'est pas protégé. En l'espèce, la recourante a émis expressément une réserve quant aux délais de paiement dans son offre, qu'elle aurait dû rétracter également expressément dans son offre au rabais (consid. 3c).*

Öffentliches Beschaffungswesen. Nichtberücksichtigung im offenen Verfahren. Aufschiebende Wirkung der Beschwerde. Grundsatz von Treu und Glauben.

- *Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde muss zusätzlich zu den materiellen Begehren gestellt werden (E. 2a).*
- *Auch Private sind im Rechtsverkehr mit den staatlichen Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden; widersprüchliches Verhalten findet keinen Rechtsschutz. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot ausdrücklich einen Vorbehalt in Bezug auf die Zahlungsbedingungen angebracht, den sie in ihrem Angebot mit Rabatt ebenso ausdrücklich hätte widerrufen müssen (E. 3c).*

Acquisti pubblici. Mancata considerazione nella procedura aperta. Effetto sospensivo del ricorso. Principio della buona fede.

- La richiesta di attribuzione dell'effetto sospensivo al ricorso deve essere presentata in aggiunta alle richieste materiali (consid. 2a).

- Anche i privati sono legati al principio della buona fede nelle procedure con le autorità statali; il comportamento contraddittorio non è protetto giuridicamente. Nella fattispecie, nella sua offerta la ricorrente ha esplicitamente formulato una riserva in relazione alle condizioni di pagamento, che avrebbe pure dovuto esplicitamente ritirare nell'offerta che comprendeva una riduzione (consid. 3c).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Das Paul Scherrer Institut Villigen und Würenlingen, vertreten durch Bauten Forschungsanstalten, veröffentlichte im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) einen Bauauftrag betreffend die Teilsanierung eines Laborgebäudes. Unter BKP 272 wurden die Metallbauarbeiten ausgeschrieben.

Die X AG reichte für die erwähnten Metallbauarbeiten am 6. Juni 2003 eine Offerte ein mit einem Nettobetrag von Fr. 42'574.65. Nach entsprechender Aufforderung der Vergabestelle vom 4. Juli 2003 legte auch die X AG am 7. Juli 2003 ein Abgebot in Höhe von Fr. 39'329.15 (inklusive Skontoabzug von Fr. 1'923.75) ein. Am 24. Juli 2003 erteilte die Vergabestelle den Zuschlag für die Metallbauarbeiten gemäss BKP 272 an die Y AG. Der Zuschlag wurde im SHAB veröffentlicht unter Angabe einer Preisspanne von Fr. 40'163.- bis Fr. 49'928.-.

B. Gegen diese Zuschlagsverfügung erhebt die X AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. August 2003 (Poststempel: 11. August 2003) bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK; Rekurskommission) Beschwerde.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 4. September 2003 beantragt die Vergabestelle, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Mit Eingabe vom 9. September 2003 teilt sie der BRK zudem u. a. mit, dass der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin (für den BKP 272) geschlossen worden sei.

D. Am 11. September 2003 reicht die Beschwerdeführerin ihre Replik ein und beantragt u. a. die «aufschiebende Wirkung der Bestellung».

Mit Duplik vom 24. September 2003 hält die Vergabestelle am Antrag gemäss Vernehmlassung vom 4. September 2003 fest.

Aus den Erwägungen:

1.a.-e. (...)

2.a. Nachdem die Beschwerdeführerin in der Beschwerde vom 9. August 2003 entgegen ihren Ausführungen in der Eingabe vom 11. September 2003 weder explizit noch implizit ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hatte - das Beschwerdebegehren «Vergabe der obigen Arbeiten an unsere Firma, X AG» umfasst kein solches Gesuch; dieses muss

vielmehr zusätzlich zu den materiellen Begehren gestellt werden (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB], SR 172.056.1) - und auch die zwanzigtägige Beschwerdefrist abgelaufen war, stand dem Vertragsschluss zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsempfängerin nichts im Wege (vgl. Entscheid der BRK vom 26. April 2000, veröffentlicht in [VPB 64.62](#) E. 1d). Der Vertrag ist denn auch gemäss Eingabe der Vergabestelle vom 9. September 2003 abgeschlossen worden (vgl. Art. 22 Abs. 2 BoeB). Insofern ist das Gesuch des Beschwerdeführers vom 11. September 2003 betreffend aufschiebende Wirkung wirkungslos (vgl. dazu: *Galli/Moser/Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 628 mit Hinweisen).

b. Wurde einer Beschwerde - wie vorliegend - nicht in Anwendung von Art. 28 Abs. 2 BoeB auf Gesuch hin die aufschiebende Wirkung erteilt, so kann die Rekurskommission gemäss Art. 32 Abs. 2 BoeB lediglich feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, wenn der Vertrag mit der Anbieterin bereits geschlossen ist und sich die Beschwerde als begründet erweist. Eine Aufhebung des Zuschlags ist diesfalls ausgeschlossen. Bei Gutheissung der Beschwerde käme vorliegend somit nur die erwähnte Feststellung der Bundesrechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung in Frage. Gestützt auf eine solche Feststellung könnte die Beschwerdeführerin alsdann in einem besonderen Verfahren ein Schadenersatzbegehren einreichen (Art. 34 f. BoeB und Art. 64 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB], SR 172.056.11).

3.a. Mit Bezug auf das ausschlaggebende Kriterium des Preises, über welches nach dem Schreiben der Vergabestelle vom 4. Juli 2003 zulässigerweise schriftlich verhandelt worden ist, nachdem in der öffentlichen Ausschreibung vom 21. Februar 2003 Verhandlungen vorbehalten worden waren (vgl. Art. 20 BoeB in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 und 2 VoeB), führt die Beschwerdeführerin aus, sie habe das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht, sei jedoch nicht nach Art. 21 BoeB berücksichtigt worden; der Vergabeentscheid sei damit rechtswidrig. Die Vergabestelle habe zudem die Richtigkeit des Angebots wie des Abgebots der Beschwerdeführerin anerkannt, was auch für den Umstand gelte, dass das Abgebot der Beschwerdeführerin um Fr. 834.- günstiger sei als jenes der Zuschlagsempfängerin. Das Abgebot basiere auf der Anerkennung der ausdrücklich angeführten Vergabepunkte: «Allgemeine Bedingungen», «Regiearbeiten», «Ausmassreduktionen», «Sicherstellung». Dem Abgebot sei ein Schreiben beigelegt gewesen, welches keine Einschränkung der Zahlungsfrist beinhaltet habe, sondern die vorgegebenen Bedingungen, mithin die Zahlungsfrist von 60 Tagen, vorbehaltlos anerkannt habe. Es sei nicht zulässig, dieses Schreiben mit jenem des ersten Angebots zu vertauschen. Die Zahlungsfrist von 60 Tagen für den berechtigten Skontoabzug von 5% sei als integrierender Bestandteil des Abgebots anerkannt und bestätigt worden.

b. Die Anbieter hatten in der Angebotsübersicht (A1) den Angebotspreis brutto, gegebenenfalls einen Rabatt und ein Skonto, die Mehrwertsteuer sowie den Angebotspreis netto inklusive Mehrwertsteuer anzugeben. Im endgültigen Angebot, mithin dem Abgebot, waren dieselben Angaben zu nennen. Zusätzlich fanden sich in dem entsprechenden, den Anbietern abgegebenen Angebotsformular Hinweise auf «B Allgemeine Bedingungen des ETH-Bereichs für die Ausschreibung, Vergabe und Ausführung von

Bauarbeiten und Lieferungen», «Regiearbeiten [...]», «Ausmassreduktionen [...]» und «Sicherstellungen [...]». Diese Hinweise seien integrierender Bestandteil der Offerte. Nach Art. 155 Abs. 1 und Art. 190 Abs. 1 der allgemeinen Bedingungen ist die fällige Schlussrechnung innert 60 Tagen zu bezahlen, ansonsten die Auftraggeberin, mithin die Vergabestelle, in Verzug gerät. Die Beschwerdeführerin hatte ihrem ersten Angebot ein Schreiben beigelegt, wonach sie ausdrücklich auf ihre Liefer-, Offert- und Verkaufsunterlagen verwies. Sämtliche Rechnungen und Akontozahlungen seien innert 20 Tagen zahlbar. Für allfällige Fragen stehe eine Kontaktperson zur Verfügung. Dieser letzte Satz steht auch im Begleitschreiben zum Abgebot der Beschwerdeführerin, worin sie im Übrigen lediglich auf ihr beigelegtes Abgebot verweist.

c. Wenn die Vergabestelle bei diesem Stand der Dinge beim Angebotsvergleich den von der Beschwerdeführerin offerierten Skontoabzug von Fr. 1'923.75, mithin einen Preisnachlass bei Zahlung vor Fälligkeit, und letztlich deren Angebot nicht berücksichtigte, weil dieses mit Fr. 41'399.10 (inklusive Abzug von 5% Rabatt, zuzüglich 7,6% Mehrwertsteuer, ohne Skontoabzug) über demjenigen der Zuschlagsempfängerin in Höhe von Fr. 40'163.25 lag, so hat dies die Beschwerdeführerin ihrem eigenen Verhalten zuzuschreiben.

aa. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Auch die Privaten sind im Rechtsverkehr mit den staatlichen Behörden an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden. Widersprüchliches Verhalten der Privaten findet keinen Rechtsschutz (vgl. *Häfelin/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 622 ff., insbesondere Rz. 712).

bb. Vorliegend war es die Beschwerdeführerin, die zusammen mit ihrem Angebot vom 6. Juni 2003 zuerst gegenüber der Vergabestelle einen Vorbehalt gegenüber deren allgemeine Bedingungen in Bezug auf die Zahlungsfristen angebracht hat, wonach sämtliche Zahlungen zu ihren Gunsten innert 20 Tagen zu erfolgen hätten. Zwar hat die Beschwerdeführerin im Abgebot vom 7. Juli 2003 die allgemeinen Bedingungen der Vergabestelle mit ihrer Unterschrift vordergründig akzeptiert, diese Bedingungen waren aber bereits Bestandteil des ersten Angebots, in welchem die Beschwerdeführerin ausdrücklich einen Vorbehalt in Bezug auf die Zahlungsbedingungen angebracht hat. In dieser Situation wäre es von ihr unter dem Blickwinkel von Treu und Glauben zu erwarten gewesen, dass sie diesen Vorbehalt ebenso ausdrücklich widerrufen hätte. Wenn die Vergabestelle in der Folge davon ausgegangen ist, dass der Vorbehalt auch für das Abgebot noch gilt, so ist dies aufgrund der hier gegebenen Umstände nicht zu beanstanden.

Es ist auch dafürzuhalten, dass für die Vergabestelle keine Anhaltspunkte für Zweifel vorgelegen haben, allenfalls bei der Beschwerdeführerin rückfragen zu müssen, wäre dies doch unter dem Aspekt des Grundsatzes der Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 1 Bst. a BoeB) und insbesondere des Gleichbehandlungsgebots gegenüber den anderen Anbietern ein heikles Vorgehen gewesen. Der Vergabestelle kann insofern ihrerseits kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden. Im Übrigen haben Anzeigen und Abmahnungen durch den Anbieter an die Vergabestelle gemäss

deren allgemeinen Bedingungen (vgl. Art. 25) schriftlich zu erfolgen, weshalb auch insoweit ein ausdrücklicher schriftlicher Widerruf des fraglichen Vorbehalts durch die Beschwerdeführerin notwendig gewesen wäre.

4. (...)

JAAC 68.47 - Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. November 2003 in Sachen X AG [BRK 2003-022]

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2004
Année	
Anno	
Band	68
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 006 545

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.